

Introducción al derecho penal

Elba Cruz y Cruz

Colección textos jurídicos





Introducción al derecho penal



Copyright © 2017. IURE Editores. All rights reserved.

Introducción al derecho penal

Elba Cruz y Cruz

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



Copyright © 2017 por **IURE editores**, S.A. de C.V. y
Elba Cruz y Cruz, respecto a la primera edición electrónica de la obra

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL, e-Book

Ninguna parte de esta obra podrá reproducirse, almacenarse o transmitirse en sistemas de recuperación alguno, ni por algún medio sin el previo permiso por escrito de

IURE editores, S.A. de C.V.

Para cualquier consulta al respecto, favor de dirigirse a nuestro domicilio ubicado en Antonio Caso núm. 142, Piso 3, Col. San Rafael, Deleg. Cuauhtémoc, C.P. 06470, Ciudad de México. Tel. 5280.0358, fax 5280.5997. www.iureeditores.com
Miembro de la Cámara Nacional de la Industria Editorial Mexicana, registro núm. 3329.

ISBN 978-607-616-086-2 (libro electrónico, realizado con base en el libro impreso, © 2003, **ISBN 968-5409-22-6**)

Hecho en México - Made in Mexico

Dirección editorial:
Olga Arvizu Bonnelles
Gustavo Arvizu Bonnelles
Jaime Arvizu Bonnelles

*A mis hijos,
Raúl y Clarita.*

Contenido

Prólogo xiii

Unidad 1. **Concepto y contenido del derecho penal** 1

- 1.1 Concepto de derecho penal 1
- 1.2 Derecho penal objetivo (*ius penale*) 5
- 1.3 Clasificaciones y relaciones del derecho penal con otras ramas del derecho 7
 - 1.3.1 Derecho penal y derecho internacional 7
 - 1.3.2 Derecho penal y derecho político 8
 - 1.3.3 Derecho penal y derecho procesal 8
 - 1.3.4 Derecho penal y derecho administrativo 9
 - 1.3.5 Derecho penal y derecho civil 10
 - 1.3.6 Derecho penal y derecho mercantil 10
 - 1.3.7 Derecho penal y derecho constitucional 10
 - 1.3.8 Derecho penal y derecho comparado 11
 - 1.3.9 Derecho penal financiero 12

- 1.3.10 Derecho penal económico 12
- 1.3.11 Derecho penal fiscal 12
- 1.3.12 Derecho penal laboral 12
- 1.3.13 Derecho penal corporativo 13
- 1.4 Derecho penal subjetivo (*ius puniendi*) 13
- 1.5 Estado de derecho y derecho a castigar.
Límites del *ius puniendi* 15
 - 1.5.1 Principio de la necesidad de intervención 16
 - 1.5.2 Principio de la protección de bienes jurídicos 17
 - 1.5.3 Principio de la dignidad de la persona 17

Unidad 2. **Ciencia del derecho penal 21**

- 2.1 Concepto de ciencia del derecho penal 21
- 2.2 Método de estudio de la ciencia del derecho penal 23
- 2.3 Relación de la ciencia del derecho penal con otras ciencias 25
- 2.4 Ciencias penales fundamentales 26
 - 2.4.1 Criminología 26
 - 2.4.1.1 Nivel de interpretación conductual 27
 - 2.4.1.2 Nivel de interpretación personal 27
 - 2.4.1.3 Nivel de interpretación general 28
 - 2.4.2 Sociología criminal 28
 - 2.4.3 Antropología criminal 30
 - 2.4.4 Biología criminal 32
 - 2.4.5 Endocrinología criminal 33
 - 2.4.6 Psicología criminal 34
 - 2.4.7 Estadística criminal 36
- 2.5 Ciencias penales auxiliares 38
 - 2.5.1 Criminalística 38
 - 2.5.2 Medicina forense 40
 - 2.5.3 Psiquiatría forense 41
 - 2.5.4 Psicología judicial 42
- 2.6 Dogmática jurídico-penal 42
- 2.7 Política criminal 46

Unidad 3. **Evolución histórica de las ideas penales 53**

- 3.1 Panorama general 53
- 3.2 Periodo de la venganza privada 54
- 3.3 Periodo de la venganza divina 58
- 3.4 Periodo de la venganza pública 60

- 3.5 Periodo humanitario 62
- 3.6 Periodo científico 64

Unidad 4. **Principales momentos del desarrollo histórico del derecho penal en el mundo 67**

- 4.1 Escuela clásica 67
- 4.2 Escuela positivista 71
- 4.3 Tercera escuela o *terza scuola* 77
- 4.4 Otras tendencias y escuelas del derecho penal 78
 - 4.4.1 Escuelas eclécticas 78
 - 4.4.1.1 Escuela sociológica 79
 - 4.4.1.2 Escuela técnico-jurídica 80
 - 4.4.1.3 Escuela correccionalista 81
- 4.5 Derecho penal actual 82

Unidad 5. **Desarrollo del derecho penal en México 85**

- 5.1 Época prehispánica 85
 - 5.1.1 Aztecas 86
 - 5.1.2 Mayas 89
 - 5.1.3 Purépechas 89
- 5.2 Época colonial 93
- 5.3 Época independiente 101
- 5.4 Época contemporánea 104

Unidad 6. **Teoría de la norma penal 111**

- 6.1 Concepto de norma 111
- 6.2 Clasificación de las normas 118
 - 6.2.1 Normas en blanco 120
 - 6.2.1.1 Concepción amplia 123
 - 6.2.1.2 Concepción restringida 123
 - 6.2.2 Normas completas 124
 - 6.2.3 Normas incompletas 125
 - 6.2.4 Normas primarias 127
 - 6.2.5 Normas secundarias 128

Unidad 7. **Interpretación de la norma penal 131**

- 7.1 Concepto de interpretación 131
- 7.2 Clases de interpretación 137

x CONTENIDO

- 7.3 Interpretación de acuerdo con el sujeto 139
- 7.4 Interpretación de acuerdo con la fuente 142
 - 7.4.1 Fuentes reales 142
 - 7.4.1.1 Fuentes históricas 142
 - 7.4.2 Fuentes de producción 143
 - 7.4.3 Fuentes de cognición 143
- 7.5 Interpretación de acuerdo con los medios 143
 - 7.5.1 Interpretación gramatical 144
 - 7.5.2 Interpretación lógica o teleológica 145
 - 7.5.2.1 Elementos de la interpretación teleológica 146
 - 7.5.3 Interpretación histórica 147
 - 7.5.3.1 Métodos de interpretación 149
- 7.6 Interpretación de acuerdo con los resultados 150
- 7.7 Interpretación por analogía 152
- 7.8 Interpretación por mayoría y minoría de razón 157
 - 7.8.1 Requisitos de existencia de la mayoría de razón 158
- 7.9 Interpretación a *contrario sensu* 160
- 7.10 Interpretación real 160
 - 7.10.1 Garantía de la exacta aplicación de la ley 162

Unidad 8. Ámbitos de validez de la ley penal 167

- 8.1 Validez de la norma penal 167
 - 7.10.1 Garantía de la exacta aplicación de la ley 162
 - 8.1.1 Validez espacial 167
 - 8.1.2 Validez temporal 168
 - 8.1.3 Validez personal 168
 - 8.1.4 Validez material 169
 - 8.1.5 Validez de la ley penal desde el punto de vista de los órganos jurisdiccionales 169
- 8.2 Ámbito espacial de validez 169
- 8.3 Extradición 174
 - 8.3.1 Antecedentes de la extradición 174
 - 8.3.2 Clases de extradición 175
 - 8.3.3 Reextradición 176
 - 8.3.4 Tratados de extradición 176
 - 8.3.5 Leyes nacionales 176
 - 8.3.6 Expulsión 176
 - 8.3.7 Asilo 177

| | | |
|----------|--|-----|
| 8.3.7.1 | Convención Interamericana sobre Extradición | 177 |
| 8.4 | Ámbito de validez temporal | 187 |
| 8.4.1 | Vigencia ordinaria | 187 |
| 8.4.2 | Momento de comisión del delito | 188 |
| 8.4.3 | Nacimiento y derogación de la ley penal | 188 |
| 8.4.4 | Teoría acerca de la retroactividad e irretroactividad de las leyes penales | 189 |
| 8.4.5 | Retroactividad y supervivencia | 189 |
| 8.4.6 | Retroactividad de la ley penal adjetiva o procesal | 190 |
| 8.4.7 | Retroactividad de las normas procesales | 191 |
| 8.4.8 | Retroactividad de la ley sustantiva | 191 |
| 8.4.9 | Hipótesis que pueden originar la sucesión de leyes | 192 |
| 8.4.10 | Concepto de la ley más benigna | 193 |
| 8.4.11 | Procedimiento legal | 194 |
| 8.4.12 | Validez temporal respecto a las especies de leyes penales | 195 |
| 8.4.12.1 | Leyes interpretativas y fe de erratas | 195 |
| 8.4.12.2 | Cosa juzgada | 195 |
| 8.5 | Ámbito personal de validez y excepciones | 196 |
| 8.5.1 | Excepciones al principio de igualdad ante la ley penal | 197 |
| 8.5.2 | Inmunidad diplomática | 199 |
| 8.5.3 | Fuero | 199 |
| 8.5.3.1 | Privilegio de los ministros, embajadores y cónsules extranjeros | 201 |
| 8.5.3.2 | Privilegio de las opiniones parlamentarias | 202 |
| 8.5.4 | Inmunidades diplomáticas y consulares | 203 |
| | Bibliografía | 205 |
| | Índice de materias | 209 |

Prólogo

El estudio del derecho penal es fundamental para la formación del abogado.

Al igual que el derecho civil, el derecho punitivo constituye la columna vertebral del plan de estudios de la formación de un jurista; iniciar al alumno en el campo del derecho penal es una preocupación de la docencia jurídica, de ahí que los maestros consideren que se debe iniciar al alumno de manera clara y amena en los principales aspectos del derecho penal.

En esta obra procuramos familiarizar al estudiante y, en general, a los lectores interesados en los ámbitos jurídicos con los principales conceptos, teorías y estructuras del también llamado derecho criminal.

La sencillez no está reñida con la seriedad académica y la respetabilidad doctrinaria; por el contrario, constituye un instinto adecuado para interesar al estudioso en los recónditos ámbitos del derecho penal, así en esta obra tratamos de utilizar un lenguaje directo y claro, carente de toda petulancia, el cual en muchas ocasiones solamente confunde y causa repulsa hacia cualquier ámbito del conocimiento.

Deseamos que tanto maestros como alumnos encuentren en esta obra la plena satisfacción, que le permita conocer una de las más importantes ramas del derecho, como es la del derecho punitivo. A esos alumnos y maestros dedicamos esta obra y les dejamos constancia de nuestro agradecimiento no sólo por su preferencia sino también por su comprensión para cualquier omisión que pudiere haber en nuestro trabajo. De igual manera, IURE Editores, cuenta con nuestra solidaridad y congratulación por el esfuerzo en la difusión de obras jurídicas de particular importancia.

ELBA CRUZ Y CRUZ

Introducción al derecho penal

UNIDAD 1

Concepto y contenido del derecho penal

Objetivo particular: *Al concluir esta parte del curso, el alumno:*

Conocerá las diversas posturas en cuanto a los conceptos, denominaciones y fines del derecho penal, entendido desde su forma subjetiva y objetiva. Advertirá y explicará las causas que justifican a la ley penal en un estado de derecho y sus fines, así como sus consecuencias del abuso en la aplicación de la ley.

1.1 Concepto de derecho penal

Para desenvolverse socialmente, el hombre requiere un entorno que le ofrezca seguridad y que le permita tener relaciones sociales pacíficas; para ello, se organiza socialmente dando origen al Estado y otorgándole las facultades y poderes necesarios para crear y desarrollar los elementos

que le ofrezcan tanto paz como seguridad. Así surge, creado por el Estado, el derecho en general y como parte integrante de él el *derecho penal*.

Al respecto **Carrancá y Trujillo** señala que “el derecho penal es tan viejo como la humanidad, nació con ella, debido a que los humanos tenían que controlar su instinto animal”, y agrega que no fue quizá la primera rama del derecho que existió, pero sí la que evolucionó más rápido.¹

El derecho penal surge entonces como una necesidad de la sociedad de impedir al hombre rebasar los límites concedidos a sus libertades y derechos, es el arma que esgrime el Estado para ofrecer a sus integrantes la posibilidad de convivir bajo un estatus de paz y orden social.

Según **Ignacio Villalobos**, el derecho penal “es una rama del derecho público que tiene por objetivo específico mantener el orden político y social de una comunidad por medio de penas y medidas preventivas que ayuden a mantener el bienestar de la misma”.²

A lo largo del tiempo, el derecho penal ha tenido varias denominaciones, como derecho criminal, derecho de defensa social y derecho protector de los criminales, como lo enuncia el doctor **Eduardo López Betancourt** al citar al penalista **Celestino Porte Petit**.³ Este último autor dice que: “por derecho penal debe entenderse el conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas acciones, bajo la amenaza de una sanción”.⁴

A su vez, **Eugenio Cuello Calón** define al derecho penal como “el conjunto de normas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece para la prevención de la criminalidad”.⁵

Asimismo, **Pavón Vasconcelos** lo define como “el conjunto de normas jurídicas, de derecho público interno que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social”.⁶

¹ **Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas**, *Derecho penal mexicano*, 20a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 16.

² **Ignacio Villalobos**, *Derecho penal mexicano*, parte general, 5a ed, Editorial Porrúa, México, 1993, pág 14.

³ **Eduardo López Betancourt**, *Introducción al derecho penal*, 9a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 47.

⁴ **Celestino Porte Petit**, *Programa de derecho penal*, 2a ed, Trillas, México, 1990, pág 20.

⁵ **Eugenio Cuello Calón**, *Derecho penal*, parte general, 4a ed, t I, Editorial Bosch, Barcelona, 1937, pág 8.

⁶ **Francisco Pavón Vasconcelos**, *Manual de derecho penal mexicano*, parte general, 8a ed, Editorial Porrúa, México, 1990, pág 17.

Por su parte, **Jiménez de Asúa** señala que “derecho penal es un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”.⁷

De **Jiménez de Asúa** entendemos que el derecho penal regula y aplica las penas para los infractores, a la vez que establece los delitos y las penas que merecen. Ciertamente, afirmamos que el derecho penal es una rama del derecho toda vez que se integra por un conjunto de normas; que proviene del derecho público interno pues rige las relaciones del Estado como ente soberano con los particulares; que su objetivo primordial consiste en crear y conservar el orden social, elementos que el Estado como ente regulador de una sociedad está obligado a crear y ofrecer a todos sus integrantes para lograr relaciones sociales pacíficas que permitan a aquéllos lograr sus fines propios o de grupo; que los hechos analizados son los delitos, las penas y las medidas de seguridad, que a la vez se convierten en las armas hechas valer por el Estado para regir la conducta de sus integrantes, con el fin de conminarlos a que no rebasen las limitantes que deben observar en la práctica de su convivencia y relaciones sociales.

Enrique Bacigalupo comenta lo siguiente:

El derecho penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social; en este sentido, el derecho penal comparte su tarea con la ética y la moral aunque no puede identificarse con ésta, exteriormente considerado [...] Las sanciones éticas se manifiestan de una manera casi informal y espontánea, las del derecho penal, por el contrario, se ajustan a un procedimiento determinado para su aplicación y están preestablecidas de un modo específico en lo referente a sus alcances, duración y derechos que afecta.⁸

Para referirnos al derecho penal es indispensable enunciar que éste consta de dos partes primordiales, las cuales serán objeto de estudio en breve. La historia de las leyes penales constituye hoy la base para el estudio de los orígenes de esta rama del derecho.

⁷ **Luis Jiménez de Asúa**, *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, 3a ed, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pág 18.

⁸ **Enrique Bacigalupo**, *Manual de derecho penal*, parte general, 2a ed, Editorial Temis, Bogotá, 1989, pág 1.

Aunque muchas leyes y disposiciones emanadas de la autoridad real y otras potestades del Estado fueron letra muerta, constituyendo sólo colecciones eruditas para uso de los estudiosos, nunca llegaron a ser derecho vivo aplicado o lo que llamamos vigente. Es importante, pues, tener en cuenta que en muchos casos del derecho penal aplicado en los tiempos antiguos fueron las costumbres del lugar, lo que llamamos *derecho consuetudinario* o lo establecido por las sentencias de los tribunales.

No se puede concebir a una sociedad sin un orden jurídico, de ahí que todas las sociedades hayan establecido en su civilización un ordenamiento jurídico en virtud de perpetuar el bienestar de los individuos que la conformaban. Este ordenamiento se consideraba adecuado para lograr sus fines y objetivos y dicho orden se traduce en leyes, que permitirán conocer a sus destinatarios, sus derechos y obligaciones, ya sean los encargados de aplicarlas o se trate de aquellos que deban cumplirlas.

Al crearse los estados, éstas pueden mediante sus órganos, imponer el orden jurídico violado por un particular. En la violación de la ley se encuentra una reacción del Estado. Las medidas que se aplican para restablecer el orden jurídico deben ser las adecuadas y proporcionadas a la lesión del bien jurídico afectado por el incumplimiento de la ley.

La ley es y debe ser la razón de existir en la protección de los bienes, de aquellos valores que la sociedad considera que deben preservarse.

Toda ley, para que sea perfecta, debe contar con un precepto y una sanción, es decir, señalar cuál es la conducta que el Estado prescribe o prohíbe y cuáles son las medidas coercitivas que la propia ley determina en caso de incumplimiento.

En el derecho penal, al ser un mecanismo que sirve para imponer y garantizar un orden social, es necesario que un poder humano haga cumplir determinadas normas de conducta. Este poder lo representa el Estado, que no sólo crea el derecho, sino también lo aplica y lo impondrá por la fuerza si fuere necesario, ya que está investido de un poder sancionador.

Según **Orellana Wiarco** el derecho penal “es el conjunto de normas de derecho público que estudia los delitos, las penas y las medidas de seguridad aplicables a quienes realicen las conductas previstas como delitos, con el fin de proteger los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad y de los individuos”.⁹

⁹ **Octavio Alberto Orellana Wiarco**, *Curso de derecho penal*, parte general, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1999, pág 5.

A su vez, **Sebastián Soler** llama al derecho penal “la parte del derecho que se refiere al delito y a las consecuencias que éste acarrea, ello es, generalmente a la pena”.¹⁰ Por su parte, **von Liszt** dice que “el derecho penal es un conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia”.¹¹ Por otro lado, **Welzen** concibe al derecho penal como “aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad”.¹²

A manera de resumen, recordemos los puntos siguientes:

- El derecho penal protege el bien jurídico de la sociedad y del Estado.
- Es una rama del derecho público interno.
- Es *normativo*, pues consiste en el conjunto de normas que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad.
- Mantiene un orden político y social .
- Es *valorativo*, pues atiende a los valores esenciales humanos.

1.2 Derecho penal objetivo (*ius penale*)

Suele considerarse que el derecho penal está conformado por dos grandes partes: *derecho penal objetivo* y *derecho penal subjetivo*. El primero suele comprenderse como un *mandato* y el segundo como la *facultad que surge de ese mandato*. Ambas manifestaciones del derecho penal se complementan una a otra; como señala **García Máynez**, “no hay derecho objetivo que no conceda facultades ni derechos subjetivos que no dependan de una norma”.¹³

Lo anterior implica que no puede haber castigo, sin que surja de una norma de carácter coercitivo, en la cual se estipule el precepto y una sanción; de la misma manera, una norma de carácter penal necesita que el Estado y sus instituciones aseguren su cumplimiento y correcto funcionamiento.

¹⁰ **Sebastián Soler**, *Derecho penal argentino*, 2a ed, t I, Editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1985, pág 21.

¹¹ **Franz Von Liszt**, *Tratado de derecho penal*, 3a ed, t I, traducido del alemán por **Quintiliano Saldaña**, Editorial Reus, Madrid, 1914, pág 1.

¹² **Hans Welzel**, *Derecho penal alemán*, parte general, 11a ed, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pág 11.

¹³ **Eduardo García Máynez**, *Introducción al estudio del derecho*, 53a ed, Editorial Porrúa, México, 2002, págs 36 y 37.

La mayoría de los tratadistas coinciden en señalar que, en su sentido objetivo, el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas, su individualización, las medidas de seguridad y los procedimientos para aplicarlas.

El derecho penal objetivo es tanto de carácter sistemático como la ley penal, que da desarrollo y explicación coherente y racional a las reglas jurídicas penales.

Por su parte, **Enrique Bacigalupo** define al derecho penal objetivo como “la manifestación concreta del derecho penal subjetivo, del derecho de sancionar del Estado, contenido en las leyes penales. El derecho penal objetivo expresa el uso concreto del poder sancionador que hace el Estado dentro del marco que le fija la Constitución del Estado, es decir, conforme con los principios legitimantes del derecho penal”.¹⁴

A su vez, **Jiménez de Asúa** resume que “el derecho objetivo es la ley, regla o norma que nos manda, que nos permite o que nos prohíbe”.¹⁵ Asimismo, **García Máynez** habla del derecho objetivo como “un conjunto de normas que imponen deberes, así como imponen también la posibilidad de conceder facultades”.¹⁶ Y cabe añadir a ello lo que señala **Juan Bustos Ramírez** cuando afirma que el derecho penal objetivo es “de carácter sistemático, es decir, da desarrollo y explicación coherente y racional a estas reglas jurídicas referidas al delito y a las penas y medidas de seguridad”.¹⁷

De la definición de derecho penal objetivo podemos concluir que el *objeto* del derecho penal se refiere simplemente al conjunto de normas penales. Y respecto a los fines del derecho penal, señalamos que su fin primordial es *la protección de bienes jurídicos*. Cabe agregar que bien jurídico es *todo valor que la ley contempla como derecho, pues ha sido recogido por ésta, y se le da la suficiente importancia para tutelarlos o protegerlos por medio de una norma penal*.

Carrancá y Trujillo hace mención de ello al afirmar:

El fin del derecho penal en general es la protección de los intereses de la persona humana, o sea, de los bienes jurídicos. Pero no corresponde al derecho penal tutelarlos todos sino sólo aquellos intereses especialmente mercedores y necesitados de protección, dada su jerarquía, la que se otorga

¹⁴ **Enrique Bacigalupo**, *Derecho penal*, parte general, 2a ed, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pág 38.

¹⁵ **Luis Jiménez de Asúa**, ob cit, pág 21.

¹⁶ **Eduardo García Máynez**, ob cit, pág 36.

¹⁷ **Juan Bustos Ramírez**, *Introducción al derecho penal*, 2a ed, Editorial Temis, Bogotá, 1994, pág 28.

por medio de la amenaza y la ejecución de la pena, es decir aquellos intereses que requieren una defensa más enérgica.¹⁸

Entre esos intereses se cuentan la vida, la integridad corporal, la libertad, el patrimonio, la incorruptibilidad de la función pública, la seguridad estatal interna y externa, etcétera.

Cabe añadir lo siguiente:

El delito representa generalmente un ataque directo a los derechos del individuo, pero atenta siempre, en forma mediata o inmediata, contra los derechos del cuerpo social. Por eso es que la aplicación de las leyes penales no se deja librada a la iniciativa o a la potestad de los particulares, salvo contadísimas excepciones: aunque la víctima de un delito perdone a su ofensor, corresponde al poder público perseguir y juzgar al delincuente. De ahí que el derecho penal sea considerado, a justo título, como una de las ramas del derecho político, ya que son públicos, en definitiva, los intereses tutelados y es pública la sanción (pena o medida de seguridad), impuesta a quien los ataca.¹⁹

1.3 Clasificaciones y relaciones del derecho penal con otras ramas del derecho

El derecho penal es público, a la vez que tiene su autonomía y normatividad específica, pero se vincula también con otras ramas del derecho, por ser general. En este sentido, se relaciona íntimamente con ramas del derecho ligadas al Estado (como el derecho administrativo, el internacional público, el laboral, el procesal y el constitucional), así como con las de carácter privado (como el derecho civil y el mercantil).

1.3.1 Derecho penal y derecho internacional

La vinculación del derecho internacional con esta otra rama del derecho tiene lugar al surgir los problemas de la ley penal en los diferentes lugares del globo terráqueo, es decir, la ley en el espacio, hasta el punto de que algunos autores han denominado derecho penal internacional a esta parte del derecho punitivo.

¹⁸ Raúl Carrancá y Trujillo, *Derecho penal*, parte general, 10a ed, t I, Editorial Porrúa, México, 1972, pág 17.

¹⁹ Enrique Olano Aftalión y García, *Introducción al derecho*, 3a ed, Editorial Bosch, Barcelona, 1970, pág 324.

Carrancá y Trujillo apunta que: “la humanidad cada día va ligando más sus destinos, que los hombres y los pueblos están cada día más cerca material y espiritualmente, que las vías de comunicación son cada vez más rápidas, frecuentes y fáciles, que los intereses económicos van tejiendo fuerte urdimbre común a todos los pueblos de la Tierra”.²⁰

El derecho internacional regula las relaciones entre estados, en tanto que las relaciones que participan entre el derecho penal y el derecho internacional son numerosas y afectan a diferentes aspectos de diversa índole y alcance.

La existencia de hechos delictivos cuya persecución interesa por diversos motivos a cada Estado y el ordenamiento jurídico-penal estatal causan problemas de persecución de un delincuente fuera del territorio nacional donde delinquiró.

El interés común de los estados en la lucha contra la criminalidad ha dado lugar a la firma de diversos tratados internacionales que más tarde se reflejan en la normativa interna de cada país, como ha ocurrido con el genocidio y la extradición.

1.3.2 Derecho penal y derecho político

Debido a que el Estado tiene la facultad de sancionar, hay una correlación jurídica entre el infractor, el ofendido y el Estado. Así, se instauran leyes penales contra los delitos que cometen funcionarios públicos.

Ambas ramas del derecho comparten la idea de protección y defensa de la convivencia humana. No olvidemos también que el contenido de muchos delitos está condicionado a la realidad política dominante en cada momento histórico.

1.3.3 Derecho penal y derecho procesal

Existe una especial conexión entre ambas materias, pues las dos tienen por objeto estudiar los tratamientos penitenciarios. La mayoría de los autores analizan la parte sustancial del derecho procesal en conjunto con la teoría de la pena. Los dos se avocan al castigo, al *ius puniendi*.

En sus arts 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, la Constitución contiene 73 ejemplos de leyes de contenido procesal penal.

²⁰ **Raúl Carrancá y Trujillo**, *Derecho penal mexicano*, parte general, 18a ed, Editorial Porrúa, México, 1995, pág 31.

El derecho procesal sirve de vehículo para la aplicación jurídica de los preceptos del derecho penal y como instrumento para determinar las sanciones penales que corresponden a la acción delictiva descrita en una norma penal.

Gustavo Malo Camacho comenta que el derecho procesal está integrado por “un conjunto de disposiciones que habrán de permitir la aplicación, al caso concreto, de las normas vinculadas con el derecho penal”.²¹ A su vez, para **Polaino Navarrete**, “el derecho penal describe y conmina determinadas acciones humanas, y el derecho procesal regula la aplicación de aquellas normas sancionadoras de estas conductas”.²²

De ese modo, la legalidad de los delitos y de las penas integra una de las garantías esenciales del derecho penal y del derecho constitucional, y ésta contribuye a delimitar de manera estricta dichos sectores respecto a otros ámbitos jurídicos.

El derecho penal lo integran normas que describen y castigan determinadas acciones humanas, mientras que el derecho procesal regula la aplicación de las normas sancionadoras de estas conductas.

1.3.4 Derecho penal y derecho administrativo

Polaino Navarrete afirma que “la conexión existente entre el derecho penal y el derecho administrativo es tan intensa que se ha llegado a apreciar la categoría científica de *un derecho penal administrativo o de policía frente al genuino derecho penal criminal*”.²³

Para **Malo Camacho**, “el derecho administrativo se conforma con las normas que previenen conductas y sanciones para los integrantes de un cierto grupo administrativo o corporación y cuyo objetivo es el buen funcionamiento interno del mismo”;²⁴ por ello, las sanciones, como sabemos, tienen un carácter más reparador que preventivo.

Acerca de lo anterior se creó el llamado derecho penal administrativo, el cual consiste en “el conjunto de aquellos preceptos en los cuales la administración, en tanto tiene confiado el fomento del bienestar público,

²¹ **Gustavo Malo Camacho**, *Derecho penal mexicano*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1998, pág 49.

²² **Miguel Polaino Navarrete**, *Derecho penal*, parte general, 2a ed, t I, Editorial Bosch, Barcelona, 1990, pág 30.

²³ *Ibíden*, pág 337.

²⁴ **Gustavo Malo Camacho**, *ob cit*, pág 51.

enlaza, bajo la forma de preceptos jurídicos y dentro del marco de una autorización jurídico-política, a la contravención de una disposición administrativa como tipo, una pena como consecuencia sancionadora administrativa”.²⁵

Por su parte, **Pagaza Ramírez** afirma: “el derecho administrativo cuenta con un poderoso sistema de amenazas y coacciones tendientes a asegurar el buen funcionamiento de la administración pública no sólo respecto a sus propios funcionarios, sino también respecto a todos los ciudadanos”.²⁶ Esto provoca que en algunas ocasiones surjan problemas para delimitar si un asunto es penal o administrativo; para ello, hay que saber que la legislación administrativa se refiere a infracciones de sus normas o a la pena cuando exista intención de cometer un delito o fraude y, en dado caso, imprudencia, pero sin intención.

1.3.5 Derecho penal y derecho civil

Como sabemos, el derecho civil considera al delito una fuente de obligaciones jurídico-privadas y se avoca principalmente a analizar la responsabilidad civil derivada de la comisión de actos delictivos, es decir, las relaciones que existen entre el delincuente y las personas perjudicadas por el delito. Observamos también que el derecho civil determina ciertas obligaciones a las personas, que en caso de incumplirse conllevan un castigo penal, por ejemplo: la tutela y las obligaciones económicas de los padres con los hijos.

1.3.6 Derecho penal y derecho mercantil

Es necesaria la existencia de una regulación entre asuntos mercantiles, para que cuando no se cumpla con alguna regla intervenga el derecho penal como sancionador de las conductas ilegales.

1.3.7 Derecho penal y derecho constitucional

El derecho penal tiene importantes relaciones con el derecho constitucional. **Fernando Castellanos** comenta que este derecho “tiene por obje-

²⁵ **Miguel Polaino Navarrete**, ob cit, pág 338.

²⁶ **Armando Pagaza Ramírez**, *Introducción al estudio del derecho*, Escuela Superior de Turismo, México, 1989, pág 31.

to establecer la forma y organización del Estado y la fijación de los límites a la actividad del poder público frente a los particulares”,²⁷ en otras palabras la estructura del Estado y sus funciones y este reconoce las garantías individuales y sociales de las personas.

Más que nada, el derecho constitucional regula las relaciones que existen entre el Estado y el particular y reconoce, como ya se mencionó, las garantías de cada persona, fungiendo el Estado como soberano.

La Constitución es el fundamento de todo orden jurídico y se halla conformada por principios jurídicos que por su naturaleza recubren un carácter básico de permanencia y estabilidad en el contexto del ordenamiento jurídico-conjunto.

El orden jurídico penal incorporado en el código sustantivo y en las leyes penales especiales existentes se desarrolla a partir de los principios que sobre el particular refiere la Constitución. Incuestionablemente, el derecho constitucional señala al penal su órbita de acción, ya que reparte competencias y establece barreras a las autoridades frente a los individuos; por ello, las orientaciones constitucionales marcan la vertiente del derecho penal.

1.3.8 Derecho penal y derecho comparado

El derecho penal se relaciona con el derecho comparado, según dice **Carrancá y Trujillo** “por cuanto éste contempla el panorama total del derecho, dando lugar así a un cambio de instituciones jurídicas, o sea, a influencias mutuas”.²⁸

La utilidad del derecho comparado en el derecho penal es incuestionable, ya que ha permitido el enriquecimiento constante de las instituciones penales. El método comparativo se desarrolla mediante el análisis de las diversas soluciones legislativas en vigor, precisando su alcance exacto y su orientación filosófica, más las experiencias que ha permitido fijar, continúa con la comparación entre todas y finaliza con la elaboración de la fórmula legal que se estime más perfecta y adecuada.

A manera de síntesis podemos señalar que el derecho penal interviene en otras ramas del derecho, como medida de seguridad o sancionador de delitos, al no cumplirse la reglamentación específica de cada

²⁷ **Fernando Castellanos Tena**, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 20a ed, Editorial Porrúa, México, 1978, pág 23.

²⁸ **Raúl Carrancá y Trujillo**, *Derecho penal mexicano*, parte general 14a ed, Editorial Porrúa, México, 1982, pág 18.

derecho. Al respecto, algunos autores suelen clasificar el derecho penal según la rama del derecho con la cual se relaciona, por ejemplo: derecho penal administrativo, derecho penal agrario, derecho penal laboral o derecho penal ecológico.

El derecho penal tiene varias diversificaciones. En este sentido, **Jiménez de Asúa** dice que es un derecho público, porque sólo el Estado puede imponerlo, crearlo y sancionarlo.

Algunos tratadistas, como **Cuello Calón**, mencionan que el derecho penal ha ido creciendo y han surgido diversas ramificaciones, entre las cuales las más importantes son las siguientes:

1.3.9 Derecho penal financiero

Castiga las infracciones en materia de operaciones de la bolsa y de la banca, entre otras, es decir, toda la materia relacionada con la economía. A esta rama pertenece la ley fiscal.

1.3.10 Derecho penal económico

Está integrado por las disposiciones legales que sancionan las infracciones contra el Estado. A este derecho le interesa resolver asuntos no de particulares, sino del Estado en general, en referencia a la parte económica.

1.3.11 Derecho penal fiscal

Reprime las infracciones contra Hacienda. En México, la Secretaría de Hacienda se encarga de recaudar ciertos dineros; cuando alguien no cumpla con esto o no pague, se aplicará el derecho fiscal.

1.3.12 Derecho penal laboral

Este derecho se encarga de las normas laborales que regulan el poder de imponer penas al Estado cuando el delito laboral es un presupuesto. Este derecho se encarga esencialmente de las normas laborales; en México se encuentra regulado por la *Ley Federal del Trabajo*, que establece los derechos de un trabajador, así como las sanciones que recibirá si llega a incurrir en alguna falta.

1.3.13 Derecho penal corporativo

Se dedica a sancionar las infracciones de un individuo respecto a la profesión.²⁹ Este derecho se refiere a delitos concernientes al ejercicio de una profesión cometidos por personas letradas o estudiadas (como un médico, un abogado o un arquitecto).

1.4 Derecho penal subjetivo (*ius puniendi*)

El término subjetivo se refiere a la persona o ente encargado de aplicar el derecho, específicamente el Estado por medio de los órganos jurisdiccionales, porque, como bien sabemos, el papel principal del Estado reside en asegurar un orden que permita una convivencia sana, castigando todos los comportamientos antijurídicos.

El derecho penal subjetivo es simplemente, la facultad que posee el Estado de imponer y ejecutar un castigo (es decir, determinar, imponer y ejecutar la pena) al individuo que cometa o exteriorice una conducta considerada delictiva.

El derecho subjetivo consiste en la facultad proveniente de la norma jurídica y que reside en un sujeto activo (quien tiene la potestad para exigir) y un sujeto pasivo (quien tiene la obligación de cumplir). Entre estos dos sujetos hay un vínculo llamado *correlación jurídica*. Es erróneo creer que el derecho subjetivo es sólo una faceta del objetivo; mucho se ha cuestionado si el derecho objetivo precede al subjetivo o viceversa; empero, consideramos más adecuado señalar que ambos se implican recíprocamente, pues el Estado, al tener el poder coercitivo otorgado por la sociedad para preservar los bienes jurídicos, crea el derecho (en este caso las leyes penales) y es su obligación garantizar su cumplimiento.

Mir Puig señala que el derecho penal “en sentido subjetivo apunta a la facultad de imponer penas —al derecho a castigar— que corresponde a un determinado sujeto, en la actualidad al Estado”.³⁰ Ello porque, como ya hemos visto, entre las funciones primordiales del Estado se encuentra la administración de justicia, la resolución de controversias que se susci-

²⁹ **Eugenio Cuello Calón**, ob cit, pág 14.

³⁰ **Santiago Mir Puig**, *Derecho penal*, parte general, 2a ed, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1985, pág 2.

ten entre los particulares que no logren un entendimiento pacífico, o la imposición de cierta pena al autor de un acto ilícito.

Vives Antón señala al respecto: “el derecho penal es público por tener la facultad de imponer penas —el derecho a castigar— que corresponde a un determinado sujeto, en la actualidad al Estado (*ius puniendi*), que resulta limitado por las propias leyes que los estados dictan”.³¹

Según **Pavón Vasconcelos**, el derecho penal subjetivo es “la facultad del Estado para crear los delitos, las penas y las medidas de seguridad a quienes lo cometan o a los sujetos peligrosos que puedan delinquir”.³²

A su vez, **Cuello Calón** afirma que el derecho subjetivo es “el derecho de castigar (*ius puniendi*), el derecho del Estado a conminar la ejecución”.³³

Por otro lado, **Orellana Wiarco** establece que el derecho subjetivo es “la facultad o derecho del Estado para sancionar, para castigar, es el *ius puniendi*. El Estado, como ente soberano y dentro del marco que la propia ley le concede, determina qué conductas son delictivas y qué penas o medidas de seguridad deben aplicarse al delincuente”.³⁴

Por su parte, **Villalobos** declara que: “el derecho penal, en sentido subjetivo, es el atributo de la sociedad por el cual a todo Estado corresponde reprimir los delitos por medio de las penas”.³⁵

Podemos citar también a numerosos tratadistas, como **Manzini**, quienes han señalado que, en sentido estricto, no existe tal derecho subjetivo del Estado a castigar, sino que la facultad de hacerlo es un atributo de soberanía. Así, se habla de que no hay derechos subjetivos, sino pretensiones del sujeto activo, por ejemplo: el Estado tiene la pretensión punitiva que se extingue por numerosas causas —las cuales en este libro no tomaremos en cuenta—; tampoco el individuo es capaz de poseerla, aun en nuestro ámbito jurídico, pues hay delitos que sólo se persiguen a instancia de parte.

Otros autores, como **Duguit** y sus discípulos, han combatido vehementemente los supuestos derechos subjetivos; a su vez, **Kelsen** ha hecho del deber jurídico base de su doctrina. Sin embargo, aquí no pretendemos adentrarnos en ese debate respecto a la esencia del derecho penal

³¹ **Tomás Vives Antón** y otros, *Derecho penal*, 2a ed, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág 10.

³² **Francisco Pavón Vasconcelos**, ob cit, pág. 17.

³³ **Eugenio Cuello Calón**, ob cit, pág 8.

³⁴ **Octavio Alberto Orellana Wiarco**, ob cit, pág 9.

³⁵ **Ignacio Villalobos**, ob cit, pág 19.

subjetivo, tan cargada de problemas, y aspecto filosófico fundamental de la penalidad.

Conservemos entonces la definición dada de *ius puniendi* como una facultad del Estado para imponer la norma; como señala **Recaséns Siches**: “el derecho subjetivo implica la autorización o facultamiento de cierta conducta positiva o negativa, del titular. Los derechos implican la existencia de un deber impuesto a otras personas, el titular está autorizado no sólo para comportarse de cierto modo, sino también para exigir de los sujetos pasivos el cumplimiento de sus obligaciones”.³⁶

1.5 Estado de derecho y derecho a castigar. Límites del *ius puniendi*

Entendemos por estado de derecho el conjunto de normas y disposiciones jurídicas de orden civil, administrativo, constitucional, etc., que permiten a los seres humanos convivir en la sociedad. En el estado de derecho del grupo social posee importancia fundamental el derecho penal, porque la autoridad gubernamental se establece con base en el acto punitivo que emana de la norma, como acto de poder.

Carbonell Mateu señala al respecto que el Estado es poseedor de “la potestad penal, en virtud de la cual puede declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad”.³⁷

El Estado puede imponer sanciones que se dividen en penas y medidas de seguridad; las primeras son castigos que se aplican a quienes han cometido delitos, mientras que las segundas son también castigos, pero a sujetos peligrosos con el propósito de evitar que vuelvan a delinquir.

El *ius puniendi* es expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima; a su vez, la violencia penal no es sino un aspecto de aquélla. Ello implica un orden jurídico positivo, o sea, el Estado es una organización surgida de los hombres y para los hombres; por tanto, cuando se plantea el problema del derecho penal subjetivo, no se trata de situar la discusión en el plano metajurídico o en el del derecho natural, aunque haya autores que así lo hagan o periodos de la historia en que esto fue preponderante.

³⁶ **Luis Recaséns Siches**, *Introducción al estudio del derecho*, 5a ed, Editorial Porrúa, México, 1979, pág 142.

³⁷ **Juan Carlos Carbonell Mateu**, *Derecho penal: concepto y principios*, 2a ed, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág 26.

El derecho de penar ha de consistir en la defensa social, como señala **Mir Puig**, quien afirma que aquél “tiene una función social, lo que entonces legitima su intervención sobre el individuo”.³⁸ Con ello, el *ius puniendi* deja el plano jurídico y se traslada al nivel sociológico. Este planteamiento también ha tenido repercusión hasta nuestros días. **Mir** agrega que “la pena tiene que regular activamente la vida social, para lo cual son necesarios la prevención como función de aquélla, y el establecimiento de límites garantizadores y de control de ésta”.³⁹

En otras palabras, el Estado social y democrático de derecho plantea el *ius puniendi* desde dos vertientes: desde el punto de vista socioestatal general, que en una perspectiva político-criminal aparece emparentado con la defensa social, y desde el punto de vista jurídico estatal, fundamentado en los principios consagrados en el orden jurídico penal.⁴⁰

En virtud de la consagración de la dignidad del hombre y sus libertades, el *ius puniendi* debe estimarse dentro de ciertos límites, desde una consideración social del Estado. Ese carácter social y democrático establece una serie de límites jurídicos fundamentales al *ius puniendi*. Ello, como ha sido recalcado por muchos autores, reside en el hecho de que de ahí surgen límites y condicionamientos sin los cuales el derecho penal objetivo resultaría incomprensible o desligado de tiempo, espacio y circunstancias concretas.

El *ius puniendi* tiene limitaciones fundamentales de dos clases: la primera en tenor formal, es decir, las referidas a los aspectos exteriores, la segunda, los materiales, concernientes a su contenido.

Desde el punto de vista material, se distinguen tres principios fundamentales:

1.5.1 Principio de la necesidad de intervención

Tiene su origen en los albores del Estado moderno, con la idea de que la intervención de la violencia penal del Estado sólo está justificada en la medida en que resulte necesaria para mantener el estado de derecho y el orden social.

³⁸ **Santiago Mir Puig**, *Derecho...*, 4a ed, 1996, pág 68.

³⁹ **Santiago Mir Puig**, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático del derecho*, Editorial Bosh, Barcelona, 1979, págs 9-31.

⁴⁰ **Antonio García Pablos**, *Derecho penal, introducción*, Universidad Complutense, Madrid, 1994, pág 84.

Este límite de la necesidad de intervenir se divide en tres subprincipios, referentes a: *a)* el carácter *extrema ratio* del derecho penal; *b)* su carácter fragmentario, y *c)* el principio de proporcionalidad.

El *carácter de extrema ratio* se refiere a que sólo debe recurrirse al derecho penal cuando han fallado los demás controles, sean formales o informales. es decir, el Estado debe involucrarse sólo cuando resulte absolutamente necesario. La gravedad del control penal, es decir, el modo directo y personal del ejercicio de la violencia estatal que significa, impone que sólo se le considere en última instancia.

El *carácter fragmentario* apunta al hecho de que, dada la gravedad del control penal, no es posible utilizarlo siempre, sino sólo frente a hechos específicos y de cierta significación en la vida social. Si así no fuera, el Estado se convertiría en un Estado simplemente policial y se correría el riesgo de paralizar la actividad social por medio de la violencia penal.

Como señala **Mir Puig**, “los ciudadanos, dentro de un estado de derecho, no pueden vivir bajo la amenaza constante de violencia; tampoco de la que ejerce el Estado, pues ello significaría la negación de ese propio estado de derecho”.⁴¹

Por tanto, se establece que el derecho penal sólo podrá intervenir cuando la conducta a perseguir sea un delito, es decir, esté tipificada y se establezca una sanción a aquélla en las leyes penales, según se menciona en el art 14 constitucional.

En ese sentido, si no hay ley que lo señale, no habrá delito ni pena (*nullum crimen nullum poena sine lege*).

El *principio de proporcionalidad* se refiere a que la dureza de la pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho delictivo.

1.5.2 Principio de la protección de bienes jurídicos

Este principio consiste en que el Estado sólo puede castigar una conducta cuando afecta un bien jurídicamente tutelado (*nulla poena sine injuria*).

1.5.3 Principio de la dignidad de la persona

El art 22 de la Carta Magna señala que quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, las marcas, los azotes, los palos, el tormento

⁴¹ Santiago Mir Puig, *Derecho...*, pág 72.

de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

El Estado no puede afectar físicamente a ninguna persona (*incolumidad de la persona*). Por ende, están prohibidos también aquellos castigos que atenten contra la dignidad de la persona, considerada un valor sujeto de protección. Esta idea surge de la escuela iluminista y del *ius naturalismo*. Asimismo, tal principio establece que debe respetarse la autonomía ética de toda persona, es decir, la libertad de conducirse de acuerdo con su moral, siempre que no se cometan ilícitos.

Algunos otros autores reordenan los límites de la facultad punitiva del Estado en 11 principios más específicos, pero que mantienen la misma esencia, a saber:

1. *Principio de estado de derecho*: referente a la estructura del Estado, el imperio de la ley, la división de poderes, la legalidad de la actualidad administrativa, y los derechos y libertades fundamentales.

2. *Principio de legalidad*: tanto el delito como la pena deben estar previstos con anterioridad en la ley penal.

3. *Principio de reserva de la ley o concentración legislativa*: la materia penal puede surgir exclusivamente de un acto de voluntad del poder del Estado, por medio del Poder legislativo.

4. *Principio de la intervención mínima*: el Estado debe hacer uso del derecho penal, sólo para la defensa y protección de los bienes jurídicos más importantes, contra los ataques más insoportables o intolerables. El derecho penal es la última *ratio legis*, o razón legal del Estado, para mantener el equilibrio social. Su abuso traería como consecuencia el llamado *terror penal*.

5. *Principio de determinación del tipo y las penas o medidas de seguridad*: tanto el precepto como la sanción deberán ser precisos y certeros.

6. *Principio de irretroactividad*: principio contenido en el art 14 constitucional, párr primero, el cual establece que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

7. *Principio de prohibición de interpretación analógica*: contenido también en el art 14 constitucional, párr tercero, dispone: “en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. Esto significa estricto apego a la ley; así, lo que no contenga un tipo penal como delito no debe crearse apoyado en su similitud con otro; es decir, no debe pensarse que un

hecho no contenido en un tipo penal es semejante a otro, o no debe buscarse otro que se le parezca cuando no se integre el tipo.

8. *Principio del hecho*: para que el Estado intervenga, debe cometerse un hecho (acto u omisión) por parte de un sujeto, y quedan excluidos del ámbito penal los actos internos; por ende, *cogitationis poenam nemo patitur* (el pensamiento no delinque).

9. *Principio de culpabilidad*: no hay pena sin culpabilidad. No se puede penar por la conducción de vida o carácter del agente.

10. *Principio de retribución*: como respeto a la dignidad de la persona humana, sólo se aplicará una pena a todo acto culpable. Toda pena deberá ser proporcional al grado de culpabilidad.

11. *Principio de humanidad*: en virtud de éste, el Estado debe apoyar a sus gobernados a su realización como personas; readaptación social, libre disposición hacia la ayuda y decidida voluntad de recuperar a los condenados, son los más importantes límites del derecho a castigar.⁴²

⁴² Eduardo López Betancourt, ob cit, págs 69-72.

UNIDAD 2

Ciencia del derecho penal

Objetivo particular: *Al concluir esta parte del curso, el alumno:*
Distinguirá entre derecho penal y la ciencia del derecho penal, sus objetos de estudio, características y finalidades.

2.1 Concepto de ciencia del derecho penal

La ciencia del derecho penal, dice **López Betancourt**, “es un conjunto de principios referentes al delito, delincuente y medidas de seguridad. Se conoce con el nombre de dogmática jurídico-penal y su objeto es el derecho penal punitivo vigente”.¹

A su vez, **Pavón Vasconcelos** la define como un “conjunto sistemático de conocimientos extraídos del ordenamiento jurídico positivo refe-

¹ **Eduardo López Betancourt**, *Introducción al derecho penal*, 9a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 77.

rentes al delito, al delincuente, a las penas y medidas de seguridad y su objeto constituye el derecho penal”.²

Por su parte, **Porte Petit** establece que: “ciencia penal y ciencia del derecho penal son conceptos totalmente diferentes. La primera es el conjunto de principios que se refieren al delito, al delincuente, a las penas y a las medidas de seguridad, y la segunda es el estudio de las normas jurídico-penales, o sea, la dogmática jurídico-penal”.³

Con apoyo en lo que señala **Porte Petit**, establecemos también una diferencia entre *ciencia penal* y *ciencia del derecho penal*; la primera es un conjunto de axiomas o principios referentes al delincuente, la pena y las medidas de seguridad; y la segunda se define como *el estudio de las normas jurídico-penales o la dogmática jurídico-penal*, que analizaremos más adelante.

El maestro español **Miguel Polaino Navarrete** comenta que “el derecho penal no es en sentido estricto una ciencia, sino un objeto de conocimiento (un conjunto de normas)” y agrega posteriormente “es una ciencia (la ciencia penal) el método que estudia ese objeto de conocimiento llamado derecho penal”.⁴

La ciencia del derecho penal tiene un objeto y un método: el primero está constituido por las normas jurídicas penales, mientras que el segundo sirve para descubrir la verdad y enfocar los conocimientos adquiridos anteriormente.

El objeto de estudio son las normas jurídicas, los delitos, las penas y las medidas de seguridad. Como toda ciencia, el derecho penal tiene un método, el jurídico, que consta de los medios con los que se busca la verdad.

Es importante hablar también de la sistemática del derecho penal, integrada por determinados pasos ordenados para llegar a la solución de un problema. **Porte Petit** señala que “la sistemática debe referirse no únicamente al derecho penal, sino también a la ciencia del derecho penal”.⁵

Pavón Vasconcelos comenta que en la sistemática de la ciencia del derecho penal hay tres partes que deben estudiarse con lujo de detalle: introducción, la parte general y la parte especial.⁶

² **Francisco Pavón Vasconcelos**, *Derecho penal mexicano*, 14a ed, Editorial Porrúa, México, 1999, pág 33.

³ **Celestino Porte Petit**, *Apuntamientos de la parte general del derecho penal*, 11a ed, Editorial Porrúa, México, 1987, pág 26.

⁴ **Miguel Polaino Navarrete**, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, 1a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 60.

⁵ **Celestino Porte Petit**, ob cit, pág 3.

⁶ **Francisco Pavón Vasconcelos**, ob cit, pág 59.

La introducción se refiere a los conceptos de derecho penal, su historia y la filosofía del derecho penal. En la parte general encontramos la teoría del delito y la teoría del delincuente. La parte especial estudia el análisis de los tipos, entendiendo por tipo la descripción que se hace del delito, de las penas y de las medidas de seguridad.

La ciencia del derecho penal “ha llegado a formar un sistema de principios que fijan la naturaleza del delito, las bases, la naturaleza y los alcances de la responsabilidad y de la peligrosidad, así como la naturaleza y la adecuación”.⁷

2.2 Método de estudio de la ciencia del derecho penal

La palabra *método* proviene etimológicamente del griego *methodos*, definido como la *persecución de un fin*. Generalmente, el método consiste en *proceder conforme a un plan, a determinado orden, para llegar a una meta específica*.

Todo procedimiento metódico requiere de antemano, como primordial exigencia, definir hacia qué objeto o fin va a encaminarse. En el caso de la ciencia del derecho penal, el objeto es el estudio de las normas jurídico-penales.

En ese sentido, **Porte Petit** dice que “el método jurídico consiste en los medios debidamente ordenados, que nos llevan a conocer en toda su plenitud las normas jurídico-penales”.⁸

A su vez, **Grispigni** lo define como “la serie ordenada de los medios por los cuales se llega al conocimiento profundo del contenido de las normas”.⁹

En la ciencia del derecho penal, el método jurídico adopta tres formas principales para solucionar el problema: inventivo, ordenador o constructivo y explicativo.

a) *Inventivo*: es aplicable cuando con la investigación jurídica se descubren nuevos hechos.

⁷ **Ignacio Villalobos**, *Derecho penal mexicano*, parte general, 5a ed, Editorial Porrúa, México, 1993, pág 19.

⁸ **Celestino Porte Petit**, ob cit, pág 28.

⁹ **José María Rodríguez Devesa**, *Derecho penal español*, parte general, 9a ed, Editorial Artes Gráficas, Madrid, 1983, pág 11.

- b) *Ordenador o constructivo*: opera cuando los hechos descubiertos son ordenados y sistematizados científicamente.
- c) *Explicativo*: es aplicable porque examina y manifiesta la ciencia.

Por su parte, **Jiménez de Asúa** dice que el derecho penal, por su carácter finalista, requiere un método teleológico, porque “averigua la función para la cual fue creada la ley, explora la forma teleológica de los conceptos, esclarece el bien jurídico, desentraña el tipo legal y se vale del método sistemático, logrando con ello una correcta interpretación de la ley y desentrañando su voluntad”.¹⁰

El método jurídico se sirve indistintamente de procedimientos lógico-abstractos: en primer lugar, de análisis, síntesis, inducción y deducción, y en segundo, de interpretación, construcción y sistematización.

Por su parte, **Ranieri** afirma que el método jurídico “tiene el carácter analítico cuando se dirige a la investigación propiamente de cuál es el contenido de las normas, realizando una conexión con base en los elementos; es sintético y deductivo cuando se dirige a deducir la construcción de los institutos jurídicos y las ulteriores determinaciones que los caracterizan”.¹¹

El procedimiento analítico consiste en descomponer un hecho o fenómeno en cuantas partes sea posible; en cambio, su contraparte, el método sintético, se basa en reunir o conjuntar todos los elementos en un todo único.

En el método deductivo, el investigador debe partir de la norma o de un conjunto de normas de carácter general, para deducir, mediante el razonamiento abstracto, las consecuencias y la aplicación de éstas a un caso particular. A su vez, el método inductivo sigue un orden inverso y estudia el derecho de lo particular o específico hasta lo más general.

La construcción e interpretación jurídicas tienen como finalidad realizar un análisis de la realidad social y sus exigencias, a partir de la cual deben crearse modelos para las instituciones jurídicas, meta a la que ha de aspirar el dogmático.

La sistematización es la formación de sistemas, como el penitenciario de un país, organizando diversos elementos de tal forma que surja entre ellos una relación de covarianza y codependencia.

Como es evidente, además de la aplicación del método estrictamente jurídico, el dogmático debe servirse también de otras ciencias y disci-

¹⁰ **Luis Jiménez de Asúa**, *La ley y el delito*, 2a ed, Editorial Hermes, México, 1954, pág 78.

¹¹ **Silvio Ranieri**, *Diritto Penale*, 1a ed, CEA, Milán, 1975, pág 11.

plinas auxiliares para conocer con plenitud el fenómeno que es motivo de su estudio.

2.3 Relación de la ciencia del derecho penal con otras ciencias

Como se vio con anterioridad, el derecho penal mantiene una relación muy estrecha con otras ramas del derecho; de igual forma, la ciencia del derecho penal se vincula íntimamente con otras ciencias. **Carrancá y Trujillo** menciona al respecto que “el derecho tiene ciertas ciencias que son auxiliares del derecho penal y ayudan a un juez a resolver ciertos conflictos”.¹²

De esas relaciones con otras materias del conocimiento científico, surge el concepto de las llamadas *ciencias penales*, definidas por **Pavón Vasconcelos** como “un conjunto de disciplinas científicas, tanto de naturaleza filosófica como jurídica y causal explicativa, que hacen objeto de su estudio al delito, al delincuente, a las penas y medidas de seguridad”.¹³

Para **Porte Petit**, las ciencias penales son “el conjunto de disciplinas o ciencias referentes al delito, al delincuente, a las penas y medidas de seguridad”.¹⁴

Las ciencias penales suelen dividirse en dos grandes grupos: normativas o jurídicas y causales explicativas. Las primeras estudian el delito y la pena como fenómenos jurídicos, y las segundas se ocupan de ellos en cuanto son hechos en la vida del hombre y de la sociedad.

Asimismo, se señalan dos grandes ramas de las ciencias penales; en el primer grupo están las ciencias penales conocidas como *fundamentales*, ligadas principalmente a la *criminología*, entre las que destacan la sociología, la antropología, la biología y la psicología criminales.

El segundo grupo consta de las ciencias penales *auxiliares*, vinculadas con la *criminalística* y que sirven como apoyo al derecho penal para resolver los problemas que surgen de su aplicación, como la medicina legal, la psiquiatría, la toxicología, la química, la patología, la tanatología y la hematología forenses.

¹² **Raúl Carrancá y Trujillo, y Raúl Carrancá y Rivas**, *Derecho penal mexicano*, 20a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 52.

¹³ **Francisco Pavón Vasconcelos**, ob cit, pág 37.

¹⁴ **Celestino Porte Petit**, ob cit, pág 30.

2.4 Ciencias penales fundamentales

De acuerdo con **Francisco Pavón Vasconcelos**, las ciencias penales fundamentales se dividen en dos ramas: las que se ocupan del delito (sociología criminal) y las que se refieren al delincuente (antropología criminal, biología criminal y psicología criminal). Sin embargo, antes de analizar cada una de ellas es primordial hablar de la criminología, disciplina que conjunta elementos de todas las ciencias penales fundamentales.

2.4.1 Criminología

La criminología se dedica al *estudio de los factores endógenos y exógenos que producen el delito, es decir, las causas o agentes que originan la criminalidad*.

La significación etimológica de la criminología deriva de los vocablos *crimen-criminis*, que equivale a conducta antisocial, y *logos*, que significa tratado.

La criminología “es una ciencia que busca una explicación causal del delito como la obra de un autor determinado”.¹⁵ A su vez, **Polaino Navarrete** comenta que, para el derecho penal, el delito es considerado “una acción jurídicamente relevante”, mientras que la criminología lo ve “como hecho de una persona en cuanto tal persona”,¹⁶ es decir, como un sujeto visualizado en su personalidad.

Otros autores afirman que la criminología no es una ciencia en sentido estricto, sino una síntesis de otras ciencias penales, que se interesa del delito como un fenómeno. En este sentido, es oportuno citar lo siguiente: “la criminología es una ciencia sintética, causal explicativa, natural y cultural de las conductas antisociales”.¹⁷

Cualquiera que sea la definición, hay coincidencia en mencionar que la criminología busca explicar todo lo referente al delito y al delincuente, considerando tanto los aspectos personales del individuo como los referidos al ambiente en que se desarrolla y que influyen en la comisión del delito.

La criminología tradicional se ocupa de estudiar la personalidad del delincuente, de sus peculiaridades físicas y psíquicas, de su desarrollo y

¹⁵ **Enrique Bacigalupo**, *Manual de derecho penal*, parte general, Editorial Temis, Bogotá, 1989, pág 20.

¹⁶ **Miguel Polaino Navarrete**, *Derecho penal*, 2a ed, t I, Editorial Bosch, Barcelona, 1990, pág 63.

¹⁷ **Luis Rodríguez Manzanera**, *Penología*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 2000, pág 16.

educación, así como de las formas de surgimiento del delito, de sus causas y su significado, tanto en la sociedad como en la vida particular; y en último lugar de la realización de los medios jurídico-criminales de reacción.

En la actualidad, la criminología atraviesa una transformación significativa. La criminología nueva, crítica o radical ha abandonado el punto de partida causal-explicativo y ha puesto en el centro de su extensión la “reacción social y jurídico-penal contra el hecho”. Por ende, el objeto primario de la investigación criminológica no es el comportamiento del autor, sino el de los órganos de control social.¹⁸

Algunas corrientes criminológicas afirman que el modelo de investigación criminal debe ser completamente social, pues aunque se pudiera suponer de manera primordial la intervención de factores extrasociales y biopsicológicos, ambos estarían profundamente modificados por el contexto social particular en el que se manifiestan.

La criminología es una ciencia necesariamente interdisciplinaria que tiene por objeto conocer las conductas antisociales y sus factores contribuyentes para evitarlos y combatirlos, de modo que su finalidad primordial es la prevención. Por ello, debemos tener en cuenta que esta ciencia tiene diferentes niveles de interpretación, por lo cual existen los niveles siguientes:

2.4.1.1 Nivel de interpretación conductual

Este nivel hace referencia al estudio de un delito específico como conducta antisocial realizada en un momento y lugar determinados y de forma delictiva particular. El hecho tiene principio, desarrollo y fin y va en contra del bien común, es decir, atenta contra la estructura básica de la sociedad.

Para dar una explicación completa de esa conducta, es imprescindible incluir en el estudio a la víctima y el papel que ésta desempeña en el hecho, lo cual hace que este nivel de interpretación adquiera importancia en el proceso.

2.4.1.2 Nivel de interpretación personal

El centro del estudio es el delincuente como sujeto individual y se hace referencia al autor del delito. El análisis del individuo busca generar un

¹⁸ **Enrique Bacigalupo**, *Derecho penal*, parte general, 2a ed, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pág 65.

diagnóstico, un pronóstico y una propuesta de tratamiento; es importante aclarar que para el criminólogo es esencial tener en cuenta que el estudio debe centrarse más en lo que el sujeto es y no en lo hecho por él; sin embargo, no han de desconocerse sus acciones como parte significativa del estudio de su personalidad. Este nivel es importante en la ejecución de sanciones.

2.4.1.3 Nivel de interpretación general

Enfoca su atención en el análisis de la criminalidad, entendida como el conjunto de conductas antisociales que se producen en un tiempo y lugar determinados. El estudio global del fenómeno criminal es de gran relevancia para la política criminal y a la hora de legislar. De los tres niveles de interpretación, el análisis general de la criminalidad alcanza gran importancia en cuanto permite conocer la evolución de determinado delito con el transcurso del tiempo, cuáles han sido sus variaciones en ejecución, frecuencia, autores y víctimas, en todo lo cual han de tenerse en cuenta las características socioeconómicas y culturales de una época determinada.

2.4.2 Sociología criminal

Esta disciplina se ocupa concretamente del delito. La sociología es la ciencia que se encarga de estudiar el comportamiento y las relaciones del ser humano con la sociedad. A su vez, la sociología criminal estudia el comportamiento del delincuente y sus vínculos con la colectividad y la manera como ésta influye en su conducta, es decir, en la realización de actos que van contra su querer, quizá presionando al actor o influyendo en él.

Para **Fernando Castellanos**, la sociología criminal “estudia la delincuencia desde el punto de vista social y pretende hallar sus causas, más que en el factor personal, en el medio ambiente”.¹⁹ Por su lado, **Porte Petit** otorga a la sociología criminal categoría científica y señala que estudia los factores de índole social productores de la criminalidad.²⁰

Dicha ciencia estudia el acontecer criminal como fenómeno que ocurre en la colectividad, tanto en sus causas y factores como en sus formas, desarrollo, efectos y relaciones con otros hechos y conductas dentro del

¹⁹ **Fernando Castellanos Tena**, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 20a ed, Editorial Porrúa, México, 1978, pág 26.

²⁰ **Celestino Porte Petit**, ob cit, pág 28.

núcleo social. Se define también como “la disciplina que se ocupa del delito como fenómeno social y estudia las causas sociales de la criminalidad”.²¹

La sociología criminal ve al delincuente como un producto del medio ambiente que lo rodea. Ello lo señala **Torres López**, quien menciona que la sociología criminal “se apoya en el criterio que ve en el medio social, el factor preponderante en la producción del crimen”.²²

El impulso inicial a la *sociología criminal* se debe acreditar a **Enrico Ferri** (maestro italiano considerado el padre de la sociología criminal), quien la cataloga como la ciencia de los delitos y de las penas, renovados por el método experimental, siguiendo las aportaciones de la antropología y de la estadística criminal.

Por medio de la antropología criminal, la sociología criminal estudia las causas individuales del delito, y con ayuda de la estadística criminal las del ambiente (físicas y sociales). Además, con la contribución de la bio-sociología, se enfoca a las características individuales del delincuente y su grado de temor social.

En su rama jurídica, esta ciencia estudia la legislación preventiva y represiva de la delincuencia, es decir, cómo prevenir el delito y reprimir la delincuencia teniendo como medio la ley.

Las causas sociales de la criminalidad son las palabras clave para definir a la sociología criminal, junto con los temas de mayor atención para los especialistas de esta materia, entre los cuales están los siguientes:

- a) El *ambiente cósmico-geográfico*, o las condiciones naturales que surgen alrededor del mundo, como el clima, las estaciones del año, los días de la semana, el lugar donde se llevó a cabo el delito, etcétera.
- b) Los *factores naturales de influjo sociológico*, como la raza, el sexo, la edad, las variables demográficas y los grupos étnicos.
- c) Los *factores sociológicos propiamente dichos*, como la profesión, la política, la religión, la cultura, etc, y el punto más importante de estos factores: las relaciones económicas.
- d) El *medio escolar y cultural*, la situación de marginalidad o desviación, la influencia de la delincuencia urbana y la rural, el espacio social (barrio y habitación), las clases sociales, la existencia de una

²¹ **Francisco Pavón Vasconcelos**, *Manual de derecho penal mexicano*, parte general, 14a ed, Editorial Porrúa, México, 1999, pág 44.

²² **Mario Alberto Torres López**, *Las leyes penales*, 4a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 78.

pareja delincuente, el grupo primario (banda o pandilla), el grupo secundario (las organizaciones criminales), el grupo terciario (religioso-político) y el grupo cuaternario (la muchedumbre y el Estado).

Actualmente, la sociología criminal estudia los problemas de delincuencia y trata de dar explicaciones más completas a las conductas antisociales, encontrando temas que son verdaderos modelos e hipótesis de investigación.

2.4.3 Antropología criminal

La antropología criminal estudia al delincuente, en sus aspectos psíquicos, anatómicos y patológicos. Etimológicamente, el término *antropología* se deriva del griego *antropos*: hombre, y *logos*: tratado, o sea, es la ciencia del conocimiento del hombre. La antropología tiene dos divisiones:

- a) La antropología física o antropobiología, que estudia la evolución y la variabilidad del género humano y su relación con el medio ambiente.
- b) La antropología cultural que se subdivide en:
 - Arqueología, que estudia los restos de la cultura.
 - Etnología, que se ocupa de sus manifestaciones.
 - Lingüística, que estudia la lengua.

La antropología criminal se define como “el estudio de las características físicas y mentales particulares a los autores de crímenes y delitos”.²³ Esta ciencia nació con **César Lombroso**, quien en 1876 publicó un libro especializado llamado *El hombre delincuente*, en el cual aseveraba que el criminal congénito o nato es un ser atávico con regresión al salvaje. Esto se relaciona con sus anormalidades somáticas y psíquicas, generalizando sus índices cefálicos en cuanto a las especies delictuosas. Y se dice que el delincuente es un ser atávico, retrógrado, esto es, un efecto que da la causa de la epilepsia, como aullar, comer carne humana, etcétera.

En su obra, **César Lombroso** hace una clasificación de los delincuentes, quedando la estructura definitiva del modo siguiente:

²³ Luis Rodríguez Manzanera, *Criminología*, 16a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 61.

- Delincuente nato (atavismo).
- Delincuente loco moral (morbo).
- Delincuente epiléptico (epilepsia).
- Delincuente loco (alineado, alcohólico o histérico).
- Delincuente ocasional (pseudo-criminal).

Cuello Calón señala al respecto que el origen de la criminalidad puede encontrarse en que “el criminal es un ser atávico, con fondo epiléptico e idéntico al loco moral. Estos delincuentes natos son los que representan el tan discutido tipo criminal, tipo que recuerda al hombre primitivo y que, según la doctrina lombrosiana, constituiría el indicio de una tendencia o predisposición al delito”.²⁴

En virtud de la antropología criminal, se distinguen tres aspectos importantes de estudio:

- El de los caracteres orgánicos (morfología).
- El de los factores químico-hormonales (endocrinología).
- El de los factores psíquicos (psicología criminal).

A esos aspectos se añaden las influencias externas (ambiente), lo cual trae como consecuencia que debemos considerar al delito el resultado de un triple orden de factores:

- Personalidad biopsíquica.
- Ambiente físico.
- Entorno social.

La antropología criminal es una ciencia todavía poco explorada, pero su estudio puede aportar notables conocimientos; así, las costumbres, la influencia de tatuajes, las supersticiones, la moral, el lenguaje, las experiencias artísticas del criminal, las diferencias entre diversos grupos criminales (según edad, religión, hábitat, etc) y el *modus operandi* en ciertos crímenes son aportaciones de gran valor que requiere la antropología criminal para el estudio del delito, del delincuente y de la delincuencia.

²⁴ **Eugenio Cuello Calón**, *Derecho penal*, parte general, 4a ed, t I, Editorial Bosch, Barcelona, 1937, pág 19.

2.4.4 Biología criminal

La biología criminológica “estudia al hombre de conductas antisociales como un ser vivo, desde sus antecedentes genéticos hasta sus procesos anatomo-fisiológicos, la influencia de los fenómenos biológicos en la criminalidad y la participación de los factores biológicos en el crimen”.²⁵

Para **Rafael Márquez**, la biología criminal “tiene por objeto el estudio del hombre delincuente y de los factores biológicos de la criminalidad”.²⁶

A su vez, **Cuello Calón** menciona que la biología criminal “investiga la personalidad física del delincuente, su constitución orgánica, sus caracteres somáticos, anatómicos, fisiológicos, etcétera”.²⁷

Muchos autores no establecen una diferencia precisa entre la biología criminal y la antropología criminal, e incluso algunos consideran a la primera una rama de la segunda. Ello en gran medida porque son muy reducidos los estudios existentes sobre biología criminal, la cual no es una materia que llame la atención de muchos investigadores. A final de cuentas, cabe señalar que esta ciencia tiene como fin ocuparse de la vida de los delincuentes, estudiando de modo preferente el fenómeno de la herencia, con la trasmisión de enfermedades, tendencias y predisposiciones.

En lo que respecta a la historia de dicha asignatura, lo más destacable es la fundación en 1927 en Viena de la Sociedad de Biología Criminal, entre cuyos miembros destacados estaban **Adolfo Lenz**, **Mario Rojas Ribeiro**, **Vervaeck**, **Laude**, etcétera.

Al preguntarnos cuáles son los problemas criminológicos que resuelve tal ciencia, debemos decir que van desde el funcionamiento del organismo y la relación de éste con el medio físico, los efectos de la alimentación, la disfunción glandular, etc, hasta la herencia criminal y sus respectivas relaciones con la criminalidad.

Los temas básicos para un mejor estudio de la biología criminal son:

- El criminal como ser vivo.
- El problema genético (genética criminológica).
- Las aberraciones cromosomáticas y la criminalidad.
- La gestación, la fecundación, el embarazo y el parto.
- Las etapas evolutivas del ser humano: niñez, adolescencia, adultez y senectud.

²⁵ **Luis Rodríguez Manzanera**, *Criminología...*, pág 63.

²⁶ **Rafael Márquez Piñero**, *Derecho penal*, parte general, 4a ed, Trillas, México, 1997, pág 81.

²⁷ **Eugenio Cuello Calón**, ob cit, pág 22.

- Los sistemas nervioso y endocrino (endocrinología criminal).
- El sexo y su importancia criminológica.
- La patología.

Desde el punto de vista genético, la biología criminal se enfoca al estudio del hombre, especificando las tendencias que tiene en su actuar, transmitidas por herencia. En el estudio de la herencia, se interesa en la transmisión de enfermedades, tendencias y predisposiciones, así como en las características raciales, anatómicas, fisiológicas, patológicas, etcétera.

2.4.5 Endocrinología criminal

Es considerada una de las ramas primordiales en la biología criminal, pues le aporta un sinnúmero de conocimientos, al intentar descubrir el origen de la delincuencia en el funcionamiento de las glándulas de secreción interna, tratando de demostrar la decisiva influencia de las hormonas en la etiología y aparición del delito.

La endocrinología criminal, ciencia médico-biológica, estudia “los efectos del defectuoso funcionamiento de las glándulas de secreción interna, como son las tiroides, hipófisis, suprarrenales, paratiroides, genitales, timo, pineal, etc, y las anormalidades fisiopsicológicas que son su consecuencia”.²⁸ Es decir, dicha ciencia se encarga de analizar lo referente al sistema endocrino. Los principales estudios sobre la materia fueron realizados en el siglo xx por **Nicolás Pende** y su discípulo **Giuseppe Vidoni**.

La endocrinología en medicina es el estudio de los órganos de secreción interna o glándulas endocrinas, entre las cuales son elaboradas las hormonas. Estas glándulas vierten en la sangre una o varias hormonas que afectan la química del organismo, regulan el metabolismo celular y el funcionamiento de otros órganos, estimulan e inhiben el crecimiento, la reproducción, la asimilación de alimentos, etcétera.

Para comprender mejor dicha disciplina, debemos precisar que las glándulas del cuerpo humano pueden dividirse en dos partes: *glándulas endocrinas* (o de secreción interna) y *glándulas exocrinas* (o de secreción externa). Las primeras secretan hormonas directamente al torrente sanguíneo y las segundas secretan su contenido por medio de un canal secretor (salivales, gástricas, sudoríparas y lagrimales).

²⁸ Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, ob cit, pág 44.

Los diferentes rasgos de la personalidad dependen directamente del funcionamiento glandular, y la personalidad cambiará si las glándulas endocrinas son hiper (más) o hipo (menos) estimuladas o si su función es inconstante.

Las glándulas endocrinas o de secreción interna que suele considerarse tienen influencia en la conducta criminal son las siguientes:

- Hipófisis.
- Suprarrenales.
- Tiroides.
- Paratiroides.
- Testículos.
- Ovarios.

La endocrinología criminal propone que entre las glándulas endocrinas, la constitución física y el temperamento humano existe una relación estrecha, lo cual influye en el delincuente, porque hay un desajuste en las glándulas de secreción interna (tiroides, pituitaria, pineal, timo y sexuales), que provocará graves trastornos de carácter y de comportamiento, que puede ser la causa de determinados delitos.

De acuerdo con varios estudios practicados a delincuentes en los últimos años, se llegó a la conclusión de que los asesinos cínicos y sanguinarios padecen una hiperfunción de la hipófisis, en los homicidas pasionales se encontró hipertiroidismo, en los ladrones hipofunción de la hipófisis, y entre los delincuentes sexuales disfunción gonádica.

2.4.6 Psicología criminal

La psicología criminal estudia concretamente “los caracteres psicológicos del delincuente para fijar las causas de su actividad criminal”.²⁹ Así, se convierte en un instrumento básico y eficaz de la antropología criminal.

Esta ciencia estudia el psique (alma) del hombre que delinque, lo cual determina el por qué del desarrollo y proceso del delito desde el punto de vista psicológico, verificados y basados en la mente.

Cabe resaltar que en la actualidad la psicología criminal ha rebasado con mucho el límite de la observación individual del sujeto antisocial, ex-

²⁹ Ibídem, pág 46.

tendiéndose hacia estudios de la conducta criminal y de los factores psicológicos que influyen en la criminalidad, ya sean individuales o colectivos.

La psicología criminal se encarga de estudiar las aptitudes, los procesos mentales, la personalidad, la motivación (consciente o subconsciente) del criminal y de su crimen y llega a abordar lo más pertinente de la psicología del individuo, pasando por la psicología de los grupos sociales o antisociales.

Los contemporáneos **Freud, Adler, Alexander, Staub** y **From** dieron al psicoanálisis una dirección que intenta construir una nueva concepción etiológica-moral del delito. Según estos autores, el delito es producto de “la inadaptación social a causa de los complejos”,³⁰ como el de Edipo, de Caín, de Diana, etc, y los efectos sobre el yo, el súper yo y el ello.

Sigmund Freud (1856-1939) fue un psiquiatra que explicó cómo el delito es resultado del ello (es decir, del instinto), que triunfa sobre el súper yo (o sea, la conciencia moral), pues a veces los delincuentes tienen problemas morales y éticos y no pueden con ellos.

Para **Freud**, tanto el delito como todos los fenómenos humanos tienen una fuente de producción de tipo sexual, lo cual indica que la doctrina freudiana es eminentemente pansexualista.

Según **Carrancá y Trujillo**, “el súper yo es la parte socialmente adaptada de la personalidad anímica, su fracaso es el delito, el yo es lo natural y el ello lo ancestral”.³¹

Los sueños, los delirios, los actos fallidos, los chistes, las distracciones y las equivocaciones en la vida cotidiana son motivo de un estudio psicológico o de psicoanálisis.

Otros autores se especializaron en este tema, como **Enrico Ferri**, quien reconocía cuatro ramas científicas para la observación psicológica de la personalidad o clasificación correcta de la psicología:

- La psicología criminal, que estudia al delincuente como el autor del delito.
- La psicología judicial, que estudia el comportamiento en cuanto es imputado el delito.
- La psicología carcelaria, que estudia al delincuente mientras está encarcelado.

³⁰ Ídem.

³¹ **Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas**, *Derecho penal mexicano*, parte general, 14a ed, Editorial Porrúa, México, 1982, pág 38.

- La psicología legal, que coordina las nociones psicológicas y psicopatológicas.³²

Otro autor destacable es **Hilda Marchiori**, quien opinaba que la psicología criminal trata de averiguar o conocer qué induce a un sujeto a delinquir y qué significado tiene esa conducta para él, porque la idea de castigo no lo atemoriza y le hace renunciar a sus conductas criminales.

Los principales renglones de investigación que corresponden al ámbito de la psicología criminal son:

- La teoría de la personalidad.
- El crimen como un proceso psicológico.
- Las emociones y pasiones criminógenas.
- Los temperamentos.
- La caracterología criminológica.
- Las motivaciones psicológicas del crimen.
- El desarrollo de la personalidad.
- Los factores psicológicos de algunas conductas antisociales o parasociales: homicidio, robo, fraude, violación, vagabundez, suicidio, prostitución, etcétera.

2.4.7 Estadística criminal

La estadística es una ciencia matemática que se basa en la recopilación sistemática de datos numéricos relativos a fenómenos económicos, científicos, culturales, etc, para analizarlos y llegar a conclusiones que permitan tomar decisiones. El primer paso es la obtención de datos de diversas fuentes: censos, encuestas, sondeos, etc; viene luego su clasificación, evaluación y depuración; en seguida la presentación de los datos en tablas y cuadros, así como su interpretación y descripción. Finalmente, se hacen generalizaciones, predicciones y cálculos, se comprueban las hipótesis y se toman decisiones.

Muchos consideran que el fundador de la ciencia estadística fue **Gottfried Achenwall**, quien le dio el nombre actual (1748). Los estudios de población que se iniciaron en esa época se complementaron luego al desarrollarse la teoría matemática de las probabilidades, que se aplicó al actuariado y a otros aspectos de las ciencias sociales (natalidad, mortalidad, enfermedades, criminalidad, educación, etcétera).

³² Luis Rodríguez Manzanera, *Criminología...*, pág 65.

La estadística criminal se ocupa específicamente de la observación y del cálculo de los fenómenos colectivos, procediendo mediante la selección de grupos de hechos concretos expresados en cifras y puestos en orden comparativo.³³

Para **Rafael Márquez**, la estadística criminal “da a conocer las relaciones de causalidad existentes entre determinadas condiciones personales, ciertos fenómenos físicos y sociales y la criminalidad, pone de relieve sus causas y muestra su aumento o disminución, así como sus formas de aparición”.³⁴

La estadística criminal se forma en las oficinas judiciales y contiene los datos relativos a la comisión de los delitos, los movimientos de proceso, sexo, edad o ilustración de los procesados, su posición o condición económica, su religión, etc. Esta ciencia tiene gran importancia, pues nos proporciona de forma numérica o cuantitativa la realidad delincriminal.³⁵

Para **Rafael Márquez**, el procedimiento estadístico tiene tres etapas:

- El *inventario*, consistente en la suma de datos, con arreglo a determinado sistema para clasificarlo, teniendo como base un lugar pre-determinado.
- El *análisis*, dirigido a obtener consecuencias de los datos inventariados, por medio de un estudio completo de éstos.
- La *deducción*, que integra la síntesis del procedimiento estadístico y proporciona datos concretos y ordenados sobre una serie de preguntas, señaladas antes y creadoras de la investigación estadística.³⁶

La estadística criminal se aplica y publica en varios países, por ejemplo:

- Francia, donde comenzó en el Ministerio de Justicia en 1826.
- Alemania, desde 1882 y que es excelente.
- Bélgica e Inglaterra, que tienen perfección y amplitud.
- España, donde empezó de modo regular desde 1884.

Casi todos los países publican una estadística relacionada con la ejecución de las penas de prisión y los condenados a ellas.

³³ **Francisco Pavón Vasconcelos**, *Manual de...*, pág 52.

³⁴ **Rafael Márquez Piñero**, ob cit, pág 82.

³⁵ **Celestino Porte Petit**, ob cit, pág 32.

³⁶ **Rafael Márquez Piñero**, ob cit, pág 82

2.5 Ciencias penales auxiliares

Suelen considerarse ciencias penales auxiliares aquellas “de las cuales se sirve el derecho penal para resolver los problemas que se presentan en la aplicación del mismo”.³⁷

Las ciencias penales auxiliares resultan de gran utilidad para constituir elementos probatorios (indicios o evidencias) durante la investigación de un hecho delictivo. Asimismo, consta de un conjunto de conocimientos heterogéneos encaminados a hallar a los delincuentes, a conocer el *modus operandi* del delito y a descubrir las pruebas y los procedimientos para utilizarlas.

Citamos como ejemplo, considerando que todas tienen como objetivo dilucidar los delitos, a la *toxicología forense*, la cual estudia las sustancias que dañan al organismo del ser humano; la *química forense*, que estudia la composición y estructura de las sustancias, sus propiedades y las transformaciones que sufren bajo la influencia de agentes externos (como el calor, la luz o la electricidad); la *patología forense*, encargada de las enfermedades; la *tanatología forense*, que estudia los procesos fisicoquímicos ocurridos a los cadáveres; o la *hematología forense*, encargada de analizar las características y los trastornos de la sangre en los animales y en el hombre.

Estas ciencias están relacionadas estrechamente con la criminalística, e incluso algunos autores definen a ésta como “el conjunto de ciencias auxiliares del derecho penal que se ocupa del delito cometido, las técnicas de su comprobación y los métodos de descubrimiento e identificación del delincuente”.³⁸

Por tal motivo, analizaremos en primer lugar lo que se entiende por criminalística.

2.5.1 Criminalística

Esta ciencia auxiliar “reúne los conocimientos que aportan las diversas ciencias naturales para describir el cómo, cuándo, dónde, con qué, por qué y para qué de un crimen, para identificar y descubrir al presunto criminal, constituyendo y verificando los hechos”.³⁹

³⁷ Celestino Porte Petit, ob cit, pág 30.

³⁸ Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, t I, 2a ed, Editorial Temis, Bogotá, 1989, pág 12.

³⁹ Luis Rodríguez Manzanera, *Penología...*, pág 22.

Cabe definir a la criminalística como un instrumento de investigación del delincuente y del delito que establece la ley. Con el transcurso de los años, dicha ciencia ha logrado su autonomía y se ha ido formando como una ciencia gracias a la investigación criminal.

Para **Francisco Pavón**, la criminalística es “el conjunto de conocimientos especiales que sirven de instrumento eficaz para la investigación del delito y del delincuente”.⁴⁰

La criminalística es el conjunto de procedimientos aplicables a la búsqueda, descubrimiento y verificación científica del hecho aparentemente delictuoso y del presunto actor de éste. Al respecto, cabe destacar lo aseverado por **Eugenio Cuello Calón**, quien considera que “más que una ciencia, la criminalística es un arte, ya que utiliza para su fin concreto un impreciso número de actividades de variado contenido, como la balística, la grafoscopia, la química, etcétera”.⁴¹

En el mismo sentido, **Jiménez de Asúa** habla de la criminalística como “el arte de descubrir el delito y al delincuente”.⁴²

La criminalística es una disciplina esencial para aquellos que tengan intervención en los problemas criminales, principalmente en la administración de la justicia penal, pues debemos recordar que los grandes juicios en materia penal se resuelven en lo general por medio de esta ciencia, y no con grandes disertaciones jurídicas.

Hay quienes toman a la criminalística de dos formas:

- a) En sentido estricto, como una sola ciencia separada de la medicina, con una técnica diferente y particular.
- b) En sentido amplio, como un conjunto de procedimientos aplicables a la investigación y estudio material del crimen para proveer a su prueba”.⁴³

Históricamente, la criminalística suele considerarse producto de la medicina forense.

Entre los temas que más interesan respecto a esta materia están los siguientes:

- Métodos de trabajo.
- Protección, conservación y fijación del lugar de los hechos.

⁴⁰ **Francisco Pavón Vasconcelos**, *Manual de...*, pág 51.

⁴¹ **Eugenio Cuello Calón**, ob cit, pág 25.

⁴² **Luis Jiménez de Asúa**, *La ley...*, pág 86.

⁴³ **Luis Rodríguez Manzanera**, *Criminología...*, pág 70.

- Levantamiento y embalaje del material sensible.
- Moldeo de huellas.
- Investigación dactiloscópica en el lugar de los hechos.
- Identificación judicial.
- Cuestiones criminalísticas y su planteamiento metodológico.
- Relaciones con huellas de pisadas, sangre, semen, pelos, fibras, hechos de tránsito, investigaciones documentales, incendios, explosiones y balística.
- Fines, organización y equipo del laboratorio de criminalística.

A la criminalística se le suele llamar con nombre diferente según el país de que se trate, por ejemplo: en España se le conoce como *policilogía*, en Francia como *policía científica* y en Italia como *técnica de la instrutoria judicial*.

2.5.2 Medicina forense

La medicina legal “comprende todos aquellos conocimientos médicos necesarios al hombre de leyes”.⁴⁴ Esta rama de la medicina se encarga de aplicar las ciencias médicas a la ilustración de los hechos relacionados con ellas e investigados por la justicia, o de formular algunas leyes vinculadas con esas disciplinas médicas.

Según explica **Camacho**, “la medicina legal tiene por objeto, la observación, estudio y prácticas médico-legales que permitan llegar al conocimiento de la verdad, auxiliando en la determinación de los delitos y en la responsabilidad de quienes los hubiesen cometido”.⁴⁵

La medicina forense es la técnica o el procedimiento mediante el cual se aprovechan los conocimientos médicos para estudiar y resolver casos concretos, ligados a situaciones legales o jurídicas. “Es la aplicación de los conocimientos de la medicina a los casos penales”.⁴⁶

Debemos resaltar la importancia de esta ciencia, ya que sólo a merced de ella es posible determinar con absoluta precisión, de modo científico, las causas de la muerte en algunos delitos (como el homicidio, el infanticidio, el suicidio, etc), proporcionando valiosos elementos para

⁴⁴ **Francisco Pavón Vasconcelos**, *Manual de...*, pág 50.

⁴⁵ **Gustavo Malo Camacho**, *Derecho penal mexicano*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1998, pág 38.

⁴⁶ **Francisco Pavón Vasconcelos**, *Manual de...*, pág 49.

comprobar los elementos del delito en numerosas infracciones penales, y aun para esclarecer la responsabilidad penal.

El médico legista debe examinar tanto al sujeto activo como a la víctima del hecho delictivo, procurando dar respuesta de lo sucedido entre el sujeto pasivo y el autor.

La medicina legal es indispensable no sólo para la materia penal, pues en casi todas las ramas del derecho pueden presentarse problemas de naturaleza médica, ya sea en lo civil (por causas de paternidad, identidad y filiación) o en materia laboral (por problemas de incapacidad y enfermedades profesionales), sólo por citar algunos ejemplos.

Algunos temas que conciernen y son importantes aportaciones al estudio de la medicina forense son los siguientes:

- La función pericial del médico forense.
- La documentación médico forense.
- La responsabilidad profesional.
- La traumatología médico forense.
- El número de agresores, suicidio y sus relaciones con el homicidio.
- La asfixiología.
- La tanatología.
- El levantamiento del cuerpo.
- La necropsia médico forense.
- La exhumación.
- El embalsamamiento.
- La sexología forense.
- La obstetricia médico forense.
- La identidad e identificación médico forense.

La medicina legal incluye entre sus ramas a la psiquiatría forense, que se encarga de estudiar las enfermedades psíquicas, con el fin de determinar si el sujeto quedará dentro o fuera de la aplicación de la norma jurídica por cuestiones de imputabilidad.

2.5.3 Psiquiatría forense

Esta disciplina estudia las enfermedades mentales en cuanto a la aplicación de las leyes.

En la medicina forense existe una especialidad que tiene por objeto estudiar a los sujetos del delito en sus funciones psíquicas, e indica los

tratamientos adecuados para quienes padecen enfermedades o anomalías mentales. Esta rama de la medicina legal es conocida como psiquiatría forense, que es de suma importancia en algunos casos, pues la opinión de ésta resulta de gran utilidad para determinar la responsabilidad o irresponsabilidad de algunos autores de hechos típicos del derecho penal realizados en condiciones psíquicas especiales.

Podemos estimar que la psiquiatría forense es una disciplina que se propone aclarar los casos en que alguna persona, por su salud mental, necesita consideración especial ante la ley.

2.5.4 Psicología judicial

Esta ciencia se define como “una rama de la psicología que tiene por objeto la investigación de las manifestaciones psicológicas de las varias personas que participaron en la administración de la justicia penal”.⁴⁷

Otra definición alude a que la psicología judicial “estudia el modo de comportarse de las varias personas que participan en el proceso penal”.⁴⁸

Jiménez de Asúa comenta al respecto que “cada vez es más amplio el radio de la psiquiatría judicial, en lo que toca al comportamiento, enjuiciamiento del delincuente, a la enajenación de las penas y a las medidas de seguridad”.⁴⁹

En países del continente europeo y en Estados Unidos se realizan los estudios e investigaciones más importantes relativos a esta materia.

2.6 Dogmática jurídico-penal

Un dogma es la declaración de una doctrina formulada de forma autoritaria y precisa, que se expone para creer en ella, no para ser discutida. Como vimos, la mayoría de los autores coinciden en igualar la dogmática del derecho penal con la ciencia del derecho penal, la cual, según **Grispigni**, se define en sentido estricto como “la disciplina que explica y estudia el contenido de aquellas disposiciones que, en el seno del ordenamiento jurídico positivo, constituyen el derecho penal”.⁵⁰

⁴⁷ **Francisco Pavón Vasconcelos**, *Manual de...*, pág 52.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ **Luis Jiménez de Asúa**, *La ley...*, pág 87.

⁵⁰ **Felipe Grispigni**, *Diritto penale italiano*, 1a ed, t I, Bocca, Milán, 1947, pág 5.

Felipe Grispigni también se encarga de definir la diferencia que existe entre las disciplinas jurídicas y normativas, a saber:

- a) *Jurídicas*: tienen por objeto aquella especie de normas integrantes del ordenamiento jurídico, aclarando que el derecho positivo es la materia de estudio de la dogmática, sea presente o haya tenido vigencia en el pasado.
- b) *Normativas*: su objeto de estudio es el contenido de las normas en general (morales, jurídicas, etc), las cuales se contraponen a las otras disciplinas denominadas ciencias causales explicativas.

“La dogmática —dice dicho autor—, no tiene otro objeto que el de conocer el contenido de los preceptos jurídicos, la norma debe ser captada tal como es, como un dogma y precisamente por esto se ha llamado a la disciplina que se ocupa del estudio de las normas penales *dogmática jurídico-penal*.”⁵¹

Para **Sebastián Soler**, el análisis del derecho penal debe considerarse “el estudio de normas jurídicas que caracteriza a todo estudio jurídico de una materia y se llama dogmática, porque presupone la existencia de una ley, proponiéndose su sistematización, interpretación y aplicación correctas”.⁵²

La dogmática jurídico-penal es una ciencia formal y abstracta; el conocimiento que mediante ella se obtiene, como lo observa **Grispigni**, es me-

⁵¹ *Ibidem*, págs 7-8.

⁵² **Sebastián Soler**, *Derecho penal argentino*, 2a ed, t I, Editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, págs 23 y 24.

Tal forma de considerar el derecho penal no agota, en opinión del jurista argentino, el estudio del plan de las disciplinas criminológicas, pero importa separar del estudio dogmático otros puntos de vista, como el influjo del *ius naturalismo*, que tiende a colocar por encima del derecho positivo un derecho racional superior y vigente, que puede llegar a la negación del derecho positivo por consideraciones no apoyadas en la ley y la posición derivada de la idea positivista “que ha confundido el punto de vista de una disciplina estrictamente normativa, propia de toda disciplina jurídica, con los objetos causales explicativos de los fenómenos captados por el derecho”. Esto ha llevado a una preocupación seudojurídica por captar la realidad que da pie a que se interprete y aplique la ley conforme a elementos científicos de diverso orden (sociológicos, psicológicos y biológicos) y no conforme a sus valores. Al respecto, **Soler** afirma: “Lo primero que caracteriza y diferencia el estudio dogmático es el objeto sobre el que versa, ello es, la ley, sistema de normas, que no puede identificarse con palabras de un precepto gramaticalmente autónomo. Este sistema de normas es estudiado no en su momento estático como fenómeno, no en su momento dinámico como voluntad actuante. La ley, así considerada, no es un modo del ser, sino un modo de la voluntad, no importa un juicio de existencia, sino de un juicio de valor. A diferencia de las ciencias causales-explicativas, la dogmática no tiene por objeto el ser, sino el deber ser”.

ramente empírico y no filosófico, “porque se refiere y tiene valor sólo en las comparaciones o cotejos del ordenamiento jurídico en el cual se ha obtenido”. Este criterio lo comparte **Manzini**, quien estima inútiles, para el estudio de la ciencia jurídico-penal, las investigaciones filosóficas, pues no está permitido a una disciplina jurídica social tener fundamentos supremos en la metafísica o en verdades absolutas humanamente inconciliables y positivas. Así, dicho autor afirma que “no sobre individuales profesores de fe, sino sobre datos ciertos y precisos, capaces de ofrecer un seguro y objetivo fundamento a la investigación, debe construirse la ciencia del derecho”.⁵³

Formular hipótesis filosóficas no resolverá los problemas reales del derecho penal, sino que debe hacerse un estudio especializado con el cual podamos fundamentar las leyes pasadas y adecuarlas a la vida cotidiana que vivimos.

La ciencia del derecho penal o dogmática jurídico-penal tiene un objeto y un método. El objeto se identifica con las normas penales, es decir, con el ordenamiento jurídico penal, por ser éste la materia de su estudio. A su vez, el método, como se analizó con anterioridad, lo integran los medios con los que se busca la verdad; tratándose del derecho, el método es eminentemente jurídico. **Grispigni** lo define como “la serie ordenada de los medios por los cuales se llega al conocimiento profundo del contenido de las normas jurídicas”,⁵⁴ y explica que adopta tres formas: inventivo, ordenador o constructivo y explicativo.

Es inventivo cuando merced a él se descubren nuevos hechos o relaciones durante las cosas; es ordenador o constructivo cuando los hechos descubiertos son ordenados en un sistema científico, y es expositivo cuando por su mediación se expone la ciencia coordinada.

Grispigni añade: “el método jurídico se sirve indistintamente de todos los procedimientos lógicos, tanto del análisis como de la síntesis, y de la inducción y la deducción. Cuanto más procesan la dogmática, tanto más adquieren carácter deductivo las dogmáticas en particular”.⁵⁵

Similar punto de vista sostiene **Ranieri** al expresar que “el método jurídico tiene carácter analítico e inductivo cuando se dirige a investigar propiamente cuál es el contenido de cada una de las normas, realizar la conexión con base en los elementos comunes que poseen, y es sintético

⁵³ **Vicenzo Manzini**, *Tratado de derecho penal*, 8a ed, t I, Ediar Editores, Buenos Aires, 1948, pág 10.

⁵⁴ **Felipe Grispigni**, ob cit, pág 16.

⁵⁵ *Ibidem*, pág 10.

y deductivo cuando se dirige a deducir de la construcción de los institutos jurídicos las ulteriores terminaciones que los caracterizan”.⁵⁶

La metodología del derecho debe atender su objeto de estudio de tal manera que no difiera sustancialmente de cuanto acontece en el método de otros ámbitos de la ciencia. En el principio, frente a un específico contenido normativo, observar cómo el “hecho” que se constituye en el objeto de estudio de la ciencia corresponde al jurista observarlo, analizarlo y plantear su hipótesis de trabajo; después, se elabora una construcción lógica en relación con el objetivo que determina el estudio, estableciendo similitudes y diferencias y procurando su reducción a una forma conceptual única, respecto de la cual se determinen consecuencias uniformes y similares entre sí. Al fijar unidades conceptuales en función de éstos, se propone formular las teorías que deberán ser constatadas para ser afirmadas.

Si algunos de los elementos aparecen contradictorios, conforme a la lógica deberá entenderse que su predicado de verdad no quedará confirmado. La sistematización de la dogmática jurídico-penal o ciencia del derecho penal es la consecuencia de un estudio ordenado de la materia, pues sólo así puede comprenderse mejor su contenido.

Como lo hace notar **Juan del Rosal**, la función de la sistemática es “ofrecernos un conjunto de ordenamientos jurídicos, necesario tanto por lo que hace el descubrimiento del enlace y rigor lógico de los conceptos, condición de toda disciplina científica, como en cuanto a la utilidad que nos reporta su fácil manejo, una vez que están encuadrados en un sistema”.⁵⁷

Por último, cabe señalar que la dogmática, a pesar de procurar una aplicación altamente objetiva del derecho penal vigente, no logra en muchas ocasiones una objetividad total. **Porte Petit** dice al respecto: “nadie puede negar la importancia de la dogmática jurídico-penal en muchos aspectos, ya que con el fruto de la misma se pueden lograr avances definitivos en la tarea legislativa, sin olvidar por ello que la doctrina nos ha señalado el peligro que la dogmática entraña de llevar a cabo lucubraciones excesivas, alejándose absolutamente de la realidad”.⁵⁸

⁵⁶ **Silvio Ranieri**, ob cit, pág 11.

⁵⁷ **Juan del Rosal**, *Principios de derecho penal español*, 1a ed, t I, Editorial Ariel, Valladolid, 1945, pág 123.

⁵⁸ **Celestino Porte Petit**, ob cit, pág 132.

2.7 Política criminal

Con el nombre de política criminal se conoce a la disciplina conforme a la cual el Estado debe realizar la prevención y la represión del delito. Pero en realidad su propósito es el aprovechamiento práctico, por parte del legislador, de los conocimientos adquiridos por las ciencias penales para satisfacer los fines propios del ordenamiento jurídico.

En este sentido, **Polaino Navarrete** menciona que “el término política criminal (*kriminalpolitik*) fue mencionado desde el siglo XVIII en Alemania y para los interesados de esta materia significaba el arte de legislar”.⁵⁹

El primer personaje que empleó el vocablo *política criminal* fue **Kleinsrod**. Más tarde, este término pasó a ser de uso general a partir del Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en París en 1900. Puede considerarse al marqués de **Beccaria** el iniciador de esta corriente.

Fernando Castellanos define a la política criminal como “la ciencia conforme a la cual el Estado debe realizar la prevención y la represión del delito”.⁶⁰ Tal disciplina integra todo género de actividad estatal orientada a la prevención del delito y a la lucha contra él.

López Betancourt habla de política criminal como “aquella que utiliza el Estado para su lucha contra el delito y su autor. En conclusión, el límite a la política criminal en la creación de las normas es la dogmática jurídico-penal en la interpretación y comprensión del alcance teleológico de las normas, en tanto que la política criminal es un valioso instrumento para el dogmático”.⁶¹

Esta ciencia tiene como objeto de análisis los medios de prevención de las conductas antisociales, ya que presenta una tendencia empeñada en propugnar por la modificación de las legislaciones vigentes, utilizando los resultados obtenidos por el estudio sociológico del delito y antropológico del delincuente.

La política criminal tiene como su más digno representante a **Franz von Liszt**, para quien esta disciplina se ocupa de las formas o medios de poner en práctica el Estado una lucha eficaz contra el delito, y a cuyo efecto se auxilia de las aportaciones de la criminología y de la penología,

⁵⁹ **Miguel Polaino Navarrete**, *Fundamentos...*, pág 63.

⁶⁰ **Fernando Castellanos Tena**, ob cit, pág 26.

⁶¹ **Eduardo López Betancourt**, ob cit, pág 79.

disciplina ésta que estudia las penas tanto desde el punto de vista de su naturaleza como de su fundamentación y fines.

Por su parte, **Mareille Delmas-Marty** define a la política criminal como “conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal”.⁶²

Para **Fernando Tocora**, en la política criminal están incluidos “esos procesos de definición, conocidos como procesos de criminalización y de decriminalización, o procesos de creación o derogación de la ley penal, como alternativas de acción frente a fenómenos sociales que se evalúan coyuntural o estructuralmente para ser clasificados como delitos”.⁶³

La política criminal no es criminología tradicional —ya que su objeto de estudio principal no es el fenómeno criminal— ni criminología radical, que se afirman como teorías de control social; no obstante, como dice **Delmas-Marty**, “manifestar lo que no es la política criminal no es suficiente, sin duda, para describir lo que es...”⁶⁴

Otros autores aseveran que la política criminal se sirve de las otras disciplinas penales para lograr el fin supremo al que todas deben ir dirigidas: la prevención, dado que dicha política es tradicionalmente el conjunto de conocimientos que la investigación del crimen, del criminal y de la criminalidad proporciona, así como la reacción social hacia ellos, aplicadas para evitar dichos fenómenos “en forma preventiva” o, de no ser posible esto, “para reprimirlos”.

En la actualidad, la política criminal busca enfrentar la crisis de la justicia, replanteando estrategias de desarrollo social mediante la elaboración sistemática de un plan de desarrollo integral, basado en informes sociales previos, proporcionando las rutas sociales adecuadas a los requerimientos de desarrollo social

La política criminal tiene su sustento en que una de las funciones del Estado consiste en coordinar, disciplinar y organizar la vida en comunidad. En la medida de lo posible, el Estado debe solucionar los conflictos y tensiones sociales o individuales para que la vida social sea estable y fecunda. Esta labor la cumple en un contexto social y político en el que tiene su origen y se desarrolla.

⁶² **Mareille Delmas-Marty**, *Modelos actuales de política criminal*, 1a ed, Editorial Gráficas Arias Montano, Madrid, 1986, pág 19.

⁶³ **Fernando Tocora**, *Política criminal contemporánea*, 1a ed, Editorial Temis, Bogotá, 1997, pág 3.

⁶⁴ **Mareille Delmas-Marty**, ob cit, pág 19.

Con base en el poder coercitivo del Estado, se organiza un sistema formalizado y específico, denominado *sistema de justicia penal*. Este sistema está compuesto, de un lado, tanto por un conjunto de normas que prevén los comportamientos delictuosos y las sanciones aplicables como por disposiciones que regulan el procedimiento a seguir para pronunciar y aplicar dichas sanciones y, de otro, por una red de órganos encargados de hacer respetar y aplicar dichas normas penales. Por ejemplo, la policía, el Ministerio público, los tribunales y los servicios de ejecución de penas. El derecho penal desempeña así un papel importante en la organización y determinación de las relaciones sociales, en el interior del llamado *control social*: no sólo limita la libertad de los individuos, sino también crea las condiciones necesarias para que éstos desarrollen su personalidad y lleven a cabo sus proyectos de vida.

Joan J. Queralt dice al respecto: “en los últimos tiempos, o quizá no tan últimos, las ciencias penales vienen prestando especial atención a la posición de la víctima en la estructura delictual y, muy singularmente, se han interesado por su dinámica en dicho contexto”.⁶⁵

El control social es una expresión concreta de la política general del Estado. Uno de los aspectos de esta política es la política criminal, que plantea los criterios básicos del sistema de justicia penal. Toda reacción estatal dirigida a evitar comportamientos delictuosos o a suprimir ciertas situaciones criminógenas no forma parte, necesariamente, de la política criminal. Si bien ésta goza de cierta autonomía en el marco de la política estatal, se integra en una perspectiva más vasta de la política social.

Una buena política social constituye, sin duda, una condición indispensable para organizar y desarrollar una política criminal eficaz; sin embargo, **Delmas-Marty** dice: “la relatividad no sólo alcanza a la criminalidad y al estado peligroso, sino llega incluso al propio corazón de la política criminal, a la elección de respuestas que la sociedad le proporciona”,⁶⁶ y posteriormente da un elemento esencial respecto a las diversas respuestas dadas del crimen al añadir: “las respuestas al crimen están, asimismo, condicionadas por el tiempo y el espacio”.⁶⁷

⁶⁵ J. M. Silva Sánchez, *Política criminal y nuevo derecho penal*, 1a ed, Editorial Bosch, Barcelona, 1997, pág 145.

⁶⁶ **Mareille Delmas-Marty**, ob cit, pág 24.

⁶⁷ Ídem.

El ámbito social abarcado por la política criminal no constituye un dato objetivo; no obstante, “se puede afirmar que toda vida en sociedad implica la adopción de normas comunes al grupo”.⁶⁸

Las nociones de delincuencia, crimen o criminal son el resultado de discusiones acerca de criterios de política criminal. En este sentido, **Tocora** afirma:

Dentro de las tendencias autoritarias se desarrollan políticas de represión extensivas en materia criminal, reflejadas en el inflacionismo penal, exacerbación punitiva que evidencia no solamente ese autoritarismo restrictivo de las libertades públicas, sino también la incapacidad y la falta de voluntad política de las clases dominantes para solucionar agudos problemas sociales, ante el cual superponen políticas represivas que aumentan el espacio de lo definido como criminal.⁶⁹

Estos criterios condicionan la determinación de los comportamientos que deben ser criminalizados; en efecto, no hay comportamiento que sea delictuoso en sí, sino que su calificación como tal varía según el lugar y el tiempo en que es cometido. “La tendencia inflacionaria del sistema penal es tanto más grave cuanto el exceso normativo viene además aquejado de la perversión de ciertas formulaciones legales que tipifican de manera vaga las conductas que se persiguen penalmente”,⁷⁰ agrega **Tocora**.

La política criminal está relacionada estrechamente, por una parte, con la criminología y, por otra, con la teoría de la pena. Antes de la aparición de la criminología como disciplina que estudia el delito, el delincuente y la reacción social ante la delincuencia, la actividad del Estado para enfrentar este fenómeno se inspiraba en la concepción penal fundada en la culpabilidad y la retribución; de este modo, **Immanuel Kant** decía que cuando el hombre no mantiene su actuar bajo el imperativo categórico —y con esto se limita la libertad de otro—, el derecho debe garantizar el cumplimiento de una pena para esa falta.⁷¹

La pena era así considerada el único medio para disuadir a las personas de cometer infracciones y, una vez cometidas, para restablecer el orden perturbado. Con el positivismo italiano, que está en el origen de la criminología y constituye un fruto del desarrollo de las ciencias naturales en el siglo XIX, la negación del principio de la culpabilidad y de la pena re-

⁶⁸ **Mareille Delmas-Marty**, ob cit, pág 39.

⁶⁹ **Fernando Tocora**, ob cit, pág 6.

⁷⁰ *Ibidem*, pág 9.

⁷¹ **Immanuel Kant**, *Principios metafísicos del derecho*, 85a ed, Editorial Cajica, Puebla, 1962, pág 51.

tributiva provocó una renovación del discurso y de la práctica del Estado en relación con la delincuencia. La criminología, surgida de este movimiento positivista, impulsó las investigaciones dirigidas a individualizar, en lo biológico, psicológico o sociológico, la causa de la criminalidad.

La actividad del Estado debe, pues, estar orientada a neutralizar los factores criminógenos, mediante procesos de tratamiento, reeducación y resocialización del delincuente.

De manera esquemática, podemos distinguir dos tendencias en este movimiento de ideas: la primera es el movimiento desencadenado en Alemania por los trabajos de **Franz von Liszt**, cuyas ideas principales han sido retomadas y desarrolladas especialmente por **Claus Roxin**; la segunda, más influida por el positivismo, es la de la nueva defensa social, expuesta en Francia por **Marc Ancel**.

En oposición a esas concepciones que consideran, por un lado, objetos de estudio de la criminología el delito y al delincuente y, por otro, el fin de la política criminal la desaparición de las causas criminógenas, un movimiento de ideas reciente busca cambiar estas hipótesis que están en la base de los criterios de política criminal predominantes. A partir de la idea de que el delincuente y el crimen sólo constituyen creaciones del sistema penal, se afirma que la criminología debe ocuparse del análisis del proceso de criminalización y que la política criminal debe limitar el poder punitivo, así como sus efectos perversos.

La pena y las medidas de seguridad son únicamente medios al servicio de este proceso que debe ser desmantelado; sin embargo, los partidarios de esta concepción, denominada de la *criminología crítica o radical*, no han logrado todavía elaborar directivas pragmáticas de política criminal; no obstante, sus ideas tienen una influencia positiva en el debate acerca de la manera de organizar un sistema de control social eficaz y los medios necesarios para alcanzar este objetivo.

Desde hace algunos años, en materia de política criminal y de criminología se han estudiado con detalle los problemas de las mujeres en la justicia penal. Mediante sus trabajos, los movimientos feministas ponen en evidencia “la manera como los intereses de las mujeres, consideradas género, han sido descuidados y ocultados”. Sus investigaciones han abierto nuevas perspectivas en los análisis de la criminología y de la política criminal. Seguramente, tendrán también consecuencias importantes en materia de justicia penal.

Las reformas penales de los últimos decenios han sido marcadas por los estudios y las discusiones dirigidas a circunscribir la estrategia a adop-

tar frente a la delincuencia. La reforma del código penal alemán es un buen ejemplo. El factor decisivo fue el proyecto alternativo elaborado esencialmente con base en criterios de política criminal y sin prestar gran atención a cuestiones de orden dogmático. Si nuevas formas de criminalidad exigen una severa reacción penal, la tendencia predominante se caracteriza sobre todo por el apego mesurado al derecho penal y a las penas privativas de libertad como medios de control social.

Además, con el fin de contrarrestar los efectos negativos del derecho penal, se hacen esfuerzos para brindar a los condenados una asistencia social eficaz y tomar en consideración los intereses de las víctimas. Un aspecto importante de esta tendencia radica en el hecho de considerar a la multa la pena principal del sistema de sanciones, el cual debe ser completado por nuevas formas de sanción en sustitución de las penas privativas de libertad.

Para evitar que los miembros de las diferentes capas sociales se sientan desprotegidos frente al fenómeno delictivo, es indispensable que el Estado, mediante las reformas legislativas, no dé la sensación, tanto en el nivel legislativo como en el del control efectivo, de que abandona el terreno en favor de los delincuentes. La reacción social debe ser planteada dentro de un plan general de medidas de política criminal que responda de manera global y coherente a las expectativas de protección de la sociedad.

El plan general ha de comprender tanto medidas de carácter social como de índole legal. Si bien debe inspirarse en el criterio de que no hay medio más eficaz de política criminal que una política social y económica eficiente, no ha de descuidar las medidas concretas de naturaleza penal. Dichas medidas constituyen el último medio para contrarrestar la delincuencia y muchas veces, en sociedades como la nuestra, las percibidas más directamente por las víctimas como la realización de la justicia.

Asimismo, han de evaluarse los avances tecnológicos que facilitan tanto la comisión de delitos como la lucha contra ellos, las estrategias adoptadas o puestas en marcha por gobiernos o autoridades con el fin de combatirlos, y examinar hasta qué punto estas medidas han sido eficaces en el logro de ese objetivo.

Todo estudio debe tener como fin último servir de base a la política criminal, la cual no ha de ser simplemente una política legisladora en el sentido de criminalizar o descriminalizar determinadas conductas o aumentar las penas, o de política penitenciaria que se limite a endurecer la forma como éstas son ejecutadas. Una verdadera política criminal o cri-

minológica debe tener como eje una política social en la cual se vele por disminuir las diferencias y las injusticias sociales que en gran parte son factores contribuyentes a la comisión de delitos.

Así es como la educación constituye un elemento de prevención de gran relevancia, pues inculca valores éticos y morales, capacitación para que los individuos sean competentes en el mercado laboral y puedan satisfacer sus necesidades y las de los suyos. Se sabe que la instrucción no es el único aspecto comprometido en la erradicación de la criminalidad, pero permitirá en parte su disminución ya sea porque los individuos no se inicien en la carrera criminal o evite que reincidan en su conducta.

Esa reacción institucional frente al delito ha de ser coherente y razonada, no formulada para resolver problemas momentáneos sino que las estrategias planteadas tengan visión de futuro, es decir, que con base en los estudios de criminalidad se tengan proyecciones en cuanto a tipos de conductas antisociales, modos de operar, víctimas potenciales y autores, lo cual permita adelantarse a su ejecución y efectivamente se haga prevención.

Cuando se habla de política social se hace referencia a la generación de cambios en las estructuras sociales, políticas y mentales, estas últimas de gran importancia en cuanto son la base para que haya transformaciones en las otras estructuras.

Concluimos citando a **René González de la Vega**, quien comenta respecto a la política criminal:

Sea lo que fuere, un arte, una ciencia, una sapiencia, un método de trabajo, un conjunto pragmático y bien sistematizado de normas, procedimientos, objetivos, metas, estrategias y métodos de diversa naturaleza, que debe asumir el Estado, fundado en los requerimientos y demandas sociales, para prevenir, perseguir y en su caso, reprimir la actividad delincuencia, la política criminal es hoy por hoy uno de los instrumentos más importantes y valiosos para fundar la revisión crítica de nuestras leyes y nuestras instituciones, partiendo, sí, de la dogmática penal para encontrar los defectos y las formas en que éstos pueden corregirse.⁷²

⁷² **René González de la Vega**, *Política criminológica mexicana*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 2000, pág 597.

UNIDAD 3

Evolución histórica de las ideas penales

Objetivo particular: *Al concluir esta parte del curso, el alumno:*
Analizará y expondrá la evolución de las ideas penales y conocerá las tendencias que se han manejado en el devenir.

3.1 Panorama general

Es fundamental para el derecho penal el estudio de su evolución a lo largo de la historia, ya que hace más fácil comprender los lineamientos utilizados hoy día para los delitos, las penas, los delincuentes o el surgimiento de una política criminal, entre otros.

Entre los estudiosos del derecho no hay un acuerdo acerca de cómo dividir la trayectoria histórica de las ideas punitivas; así, distinguen diversos periodos en la evolución histórica del derecho penal:

Garraud: la venganza privada (por el ofendido o su familia) y la venganza pública (fases teocrática, de intimidación y de corrección); **Cuello Calón:** venganza privada, venganza divina, venganza pública, periodos humanitarios y divinos; **Prins:** periodo consuetudinario de reparación (hasta la edad media), de expiación o de intimidación (hasta el Renacimiento), humanitario (desde el siglo XVIII hasta el XIX) y científico (contemporáneo). La distinción de **Carrancá** advertía diferentes periodos: teológico, metafísico y matemático.¹

Por lo general, se habla de cuatro periodos, aunque considerando que no todas las culturas pasaron por las cuatro etapas, a saber: la venganza privada, la venganza religiosa o divina, la venganza pública y el periodo humanitario, en el cual se distinguen dos escuelas: la clásica y la positivista.

El periodo de la venganza privada consistía en la aplicación de la ley del talión, “ojo por ojo y diente por diente”.

En el periodo de la venganza divina, al tener presente que la máxima autoridad reconocida por el hombre es **Dios**, los delitos son vistos con un trasfondo religioso y el castigo al delincuente es hecho por la clase sacerdotal en representación del creador.

En el periodo de la venganza pública se reconoce legitimidad al poder público, al que se da la responsabilidad de castigar a los criminales de acuerdo con el principio de que es el representante de la colectividad y tiene que castigar por el mantenimiento y seguridad de aquélla.

En la aparición del cuarto periodo, llamado humanitario, se busca atenuar las penas, es decir, que sean más razonables o humanitarias pensando un poco más en el reo.

3.2 Periodo de la venganza privada

Nada seguro se sabe acerca del principio que inspiraba la penalidad en los tiempos de nuestros antepasados, pero muchos de los investigadores de la ciencia penal afirman que en los primeros grupos humanos, cuando el poder público no poseía aún el vigor necesario para imponerse a los particulares, la función penal revestía el aspecto de una venganza. Pero esta venganza, ya sea individual (es decir, la practicada de individuo a in-

¹ Raúl Carrancá y Trujillo, y Raúl Carrancá y Rivas, *Derecho penal mexicano*, parte general, 20a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 92.

dividuo) o la realizada por un grupo familiar contra otro, no puede considerarse una forma de reacción propiamente penal, sino que sólo es personal y la sociedad permanece extraña e indiferente a ella. Solamente cuando la sociedad se pone de parte del vengador reconoce la legitimidad de su venganza y le ayuda en caso necesario, en cuyo caso se puede hablar de una venganza privada equivalente de la pena.

Carrancá y Trujillo señala que el hombre es un ser vivo que funciona por el impulso de tres fuerzas instintivas: de conservación, de reproducción y de defensa, esta última relacionada con la ofensa, porque todo individuo, al ser ofendido, reacciona y se defiende al mismo tiempo. Así, “el animal responde al ataque con el ataque, mientras que el hombre primitivo, el niño, resuelve la ofensa con reacciones puramente animales”² como una búsqueda a su preservación.

De ese modo surgió la idea de usar la justicia propia, es decir, emplear la venganza como un medio para sancionar a los delincuentes. “La función penal revestía al aspecto de una venganza”³ y era más un aspecto personal.

La venganza tendía en su mayor presencia a realizarse en lo individual, pero esto no era reconocido por la sociedad, por lo cual no se considera venganza privada; pero en el momento en que la sociedad o los diferentes grupos que conforman el entorno donde se encuentra el vengador proporcionan ayuda a éste o reconocen que él puede causar daño a otro de sus semejantes, en retribución por una agresión recibida y obtener la satisfacción mediante un acto violento contra su adversario, quien causó la primera agresión, surge el periodo de la venganza privada.

Como los vengadores no reconocían un límite o restricción alguna, causaban a su ofensor e incluso a su propia familia todo el mal que pudiera imaginar la mente del hombre; por ello, para evitar las perniciosas consecuencias de un acto ilimitado, aparece una fórmula muy conocida en casi cualquier parte del mundo, que significó en aquellos tiempos un gran avance en restricción a esta etapa vengativa, junto con la *composición* que definiremos más adelante.

La ley del talión, “ojo por ojo, diente por diente”, establecía que no se puede devolver al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima.

En cuanto a la venganza privada, **Ignacio Villalobos** dice:

² Raúl Carrancá y Trujillo, y Raúl Carrancá y Rivas, ob cit, pág 93.

³ Eugenio Cuello Calón, *Derecho penal*, parte general, t I, 18a ed, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, pág 59.

Fue el impulso de la defensa o de la venganza la *ratio essendi* de todas las actividades provocadas por un ataque injusto. Por falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular, cada familia y cada grupo se protege y se hace justicia por sí mismo. No se pretende afirmar que esto constituya propiamente una etapa del derecho penal; se habla de la venganza privada como un antecedente en cuya realidad espontánea hundan sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirla, teniendo para comprobar su existencia, diversos datos y documentos históricos a más del conocimiento de la naturaleza humana.⁴

Como afirman los tratadistas, si pensamos en que todo animal ofendido tiende instintivamente a reaccionar, será fácil comprender cómo la primera forma y la primera justificación de lo que hoy llamamos justicia penal debió ser, por la naturaleza de las cosas, la venganza.

La venganza privada se conoce también como *venganza de la sangre*, porque sin duda se originó con el homicidio y las lesiones de delitos por su naturaleza denominados *de sangre*.

El *Código de Hammurabi*, formulado aproximadamente en el año 2700 a.C., consagra el principio de la ley del talión. Este código contiene 282 preceptos, entre los cuales destacan los que regulan los aspectos siguientes: la propiedad privada, las formas de esclavitud y principalmente el crimen, su castigo y las maneras de prevenirlo.

Dicho ordenamiento legal se basó en el principio de la retribución al “sancionar con el daño de la pena otro de semejante gravedad inferido con el delito, extendiendo en ocasiones la responsabilidad a personas distintas del culpable, pretendiendo una compensación perfecta”.⁵

Al respecto, cabe citar el articulado siguiente:

Art 196. *Si alguien saca a otro el ojo, pierde el ojo suyo.*

Art 197. *Si alguno rompe un hueso a otro, rómpasele el hueso suyo.*⁶

Art 200. *Si un hombre hace saltar un diente a otro hombre, se le hará saltar un diente a él.*⁷

Por último, cabe destacar que el *Código de Hammurabi* distinguía entre dolo, culpa y caso fortuito, así como regula la composición, es decir, una compensación económica dada al ofendido o a la víctima del delito:

⁴ Ignacio Villalobos, *Derecho penal mexicano*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1960, pág 24.

⁵ Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de derecho penal*, parte general, 14a ed, Editorial Porrúa, 1999, pág 56.

⁶ Raúl Carrancá y Trujillo, y Raúl Carrancá y Rivas, ob, cit, pág 95.

⁷ José Pijoan, *Historia del mundo*, 1a ed, Editorial Salvat, México, 1970, pág 331.

Art 198. Si un hombre destruye el ojo a un liberto o le rompe un hueso, pagará una mina de plata.

Art 199. Si un hombre destruye o rompe un hueso de un esclavo, pagará media mina de plata.⁸

Art 206. Si alguno toca a otro en riña y le ocasiona una herida, jure no le herí con intención y pague al médico.⁹

La *composición*, como puede verse, vino a subsistir el mal de la pena mediante una compensación económica dada al ofendido o a la víctima del delito; esta institución fue acogida en aquellos pueblos que conocieron el sistema de intercambio monetario.

En un principio, la composición surgió de manera voluntaria, pero después adquirió el carácter de obligatoria e incluso legal; sin embargo, tuvo ciertas limitaciones, ya que en relación con ciertos delitos públicos (traición), no se admitió la substitución de la pena y en otros, a pesar de su índole privada, se permitió la venganza del ofendido, como en aquellos delitos que afectaban el honor (adulterio).

“La composición legal se divide en *wergeld*, que era la suma abonada al ofendido o a su familia, y en *fredo*, que era la suma recibida por el Estado como una especie de pago por sus servicios tendientes a asegurar el orden y la efectividad de las compensaciones.”¹⁰

En algunas sociedades existió también la figura de la *expulsión del delincuente*, que consistía en expulsar al infractor de su grupo o núcleo social, colocarlo en situación de absoluto abandono y convertirlo en víctima propicia, por su desamparo, de agresiones provenientes de miembros de su grupo o de elementos extraños a éste.

Pavón Vasconcelos comenta al respecto: “la expulsión, que en un principio se practicó para evitar la venganza del grupo a que pertenecía el ofendido, evitando así la guerra entre las tribus, se extendió para sancionar hechos violentos y de sangre cometidos por un miembro del conglomerado contra otro perteneciente al mismo”.¹¹

Por su parte, **José Antón**, señala:

Frente al origen de la pena en la venganza privada, ha de argumentarse que en los pueblos primitivos aparecen ya manifestaciones de reacción colecti-

⁸ Ídem.

⁹ **Raúl Carrancá y Trujillo**, y **Raúl Carrancá y Rivas**, ob cit, pág 92.

¹⁰ **Carlos Fontán Balestra**, *Derecho penal*, 3a ed, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957, pág 82.

¹¹ **Francisco Pavón Vasconcelos**, *Derecho penal*, 15a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 55.

va total contra hechos quebrantadores de intereses comunes; la venganza privada no es pena, sino guerra entre grupos sociales, y éstos —la familia, la *gens*— son organismos políticos que tienen dentro de sí un sistema de prohibiciones y sanciones (*teoría del origen sociológico de la pena*).

De la venganza privada, en cuanto la intervención del poder público la convierte paulatinamente en pública, resulta un afluente a la historia de la penalidad, pero no es la única fuente originaria. Otros elementos que influyen en el origen de la pena fueron: el poder punitivo patriarcal de los jefes familiares, el factor religioso, y la dominación de los vencidos por sus vencedores, que aseguran la sumisión de los primeros castigos.¹²

3.3 Periodo de la venganza divina

Durante la evolución de las sociedades, al verse vulnerables a los fenómenos naturales sin saber de dónde provienen, sus integrantes empezaron a crear normas religiosas para explicarse el por qué de estos fenómenos, y así se volvieron civilizaciones teocráticas basadas en la religión.

Ignacio Villalobos dice al respecto:

Es indeclinable el concepto de que la irritación y la reacción provocadas por un ataque venido del exterior respondieron primero al instinto de conservación, dando nacimiento a la lucha y a la venganza privada cuando la ofensa se había consumado; y sólo después, lógica y ontológicamente, se idearon explicaciones o justificaciones que atribuyeron tal conducta a la necesidad de dar satisfacción a las divinidades ofendidas, aun cuando entre una y otras cosas mediara muy corto intervalo.¹³

Ese periodo se caracteriza, como su nombre lo indica, por la aplicación de las penas por los representantes divinos; a su vez, la administración de la justicia penal es manejada generalmente por la clase sacerdotal, que aludía que el delito era una forma de ofender no a los particulares, sino a **Dios**. Así, quien violaba una norma cometía un pecado.

Los conceptos de derecho y religión se funden en uno solo de modo que el delito, más que una ofensa a la persona o al grupo, lo es a la divinidad. Asimismo, el delito ya no se trata simplemente de un actuar del hombre, sino que intuye la presencia e importancia que tiene la máxima

¹² José Antón Oneca, *Derecho penal*, 2a ed, Editorial Akal, Madrid, 1986, pág 54.

¹³ Ignacio Villalobos, ob cit, pág 25.

autoridad que pueda reconocer un humano, como es el poder divino, representado en cualquiera de sus manifestaciones en las diferentes religiones, junto con las ideas, pensamientos y significados que se tengan de él.

El derecho de castigar (*ius puniendi*) proviene de la divinidad y el delito constituye una ofensa a ésta. En consecuencia, la pena está encaminada a borrar el ultraje a la divinidad y a aplacar su ira, identificándose, para el delincuente, con el medio de expiar su culpa.

En este orden de ideas, **Cuello Calón** dice que “en el periodo de la venganza divina, la justicia criminal se ejercita en nombre de **Dios**, los jueces juzgan en su nombre, las penas se imponen para que el delincuente expíe su delito y la divinidad deponga su cólera, vuelva a ser propicia y a dispensar de nuevo su protección”.¹⁴

Parece natural que al revestir las características de la organización teocrática, todos los problemas se proyecten hacia la divinidad, como eje fundamental de la constitución del Estado. En el mismo sentido, **López Betancourt** afirma que “la comisión de un delito significó una ofensa a la divinidad, y la pena se encaminaba a complacerla mediante la expiación; no obstante, eran frecuentes la crueldad y los excesos”.¹⁵

Por supuesto, cabe recordar que el cambio entre las ideas de la venganza privada y la venganza divina no ocurrió bruscamente. En este sentido, **Cuello Calón** dice:

En cada uno de los diferentes periodos que conforman la historia de las ideas penales no debe pensarse que, agotado el principio animador de un periodo, sucede a aquél un nuevo principio único inspirador de la justicia penal en el ciclo siguiente; no, estos periodos no se suceden por entero, ni cuando uno aparece puede considerarse extinguido el precedente; por el contrario, en cada uno, si bien culmina una idea penal predominante, conviven con ellas otras no sólo diversas, sino hasta contrarias.¹⁶

Otro ejemplo de la fusión que existe entre los periodos de la evolución histórica de las ideas penales lo es la *Biblia*, que plasma la ley del talión en el párrafo siguiente:

Si en riña de hombres golpear uno a una mujer encinta haciéndola parir y el niño naciere sin más daño, será multado en la cantidad que el marido de

¹⁴ **Eugenio Cuello Calón**, ob cit, págs 59-60.

¹⁵ **Eduardo López Betancourt**, *Introducción al derecho penal*, 9a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 36.

¹⁶ **Eugenio Cuello Calón**, ob cit, pág 59.

la mujer pida y decidan los jueces, pero si resultare algún daño, entonces dará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal.¹⁷

La *Biblia*, en especial el conjunto de cinco libros que forman la primera parte del *Antiguo Testamento* (el *Pentateuco*) y que contienen las normas de derecho del pueblo hebreo, es la clara muestra de la fusión dada entre religión y derecho.

3.4 Periodo de la venganza pública

En este periodo, los estados empezaron a tomar fuerza y la Iglesia día a día se debilitaba hasta perder poder. Además, con los gobernadores surgió la idea de que ahora ellos deben impartir justicia al ser los representantes de los individuos en el mundo terrenal. Se afirma que los sacerdotes no podían imponer penas, ya que **Dios** debería castigar a los pecadores en su mundo espiritual, en el paraíso.

A medida que los estados adquirían mayor solidez, empezó a hacerse la distinción entre los llamados *delitos privados* de los *públicos*, de acuerdo con el hecho de que lesionen de manera directa los intereses de los particulares o el orden público. Entonces pudo hablarse de la aparición del periodo de la venganza pública o concepción política, y los tribunales juzgaban en nombre de la colectividad.

La *Novísima recopilación* consigna una ley que señala el tránsito de la venganza privada a la pública:

Teniendo prohibidos los duelos y satisfacciones privadas, que hasta ahora se han tomado los particulares por sí mismos, y deseando mantener rigurosamente esta absoluta prohibición, he resuelto, para que no queden sin castigo las ofensas y las injurias que se cometieren y para quitar todo pretexto a sus venganzas, tomar sobre mi cargo la satisfacción de ellas, en que no solamente se procederá con las penas ordinarias establecidas por derecho, sino que las aumentaré hasta el último suplicio; y con este motivo prohíbo de nuevo a todos generalmente, sin excepción de personas, el tomarse por sí las satisfacciones de cualquier agravio o injuria, bajo las penas impuestas.

¹⁷ Varios autores, *Sagrada Biblia*, Editorial Católica, Biblioteca de Autores Cristianos, México, 1982, págs 76 y 77.

Cuello Calón destaca que en ese periodo “la represión penal aspira a mantener, a toda costa, la paz y la tranquilidad social”.¹⁸ Se dice que es a toda costa porque el Estado, mediante el empleo del terror y la intimidación, buscará no sólo sancionar a los delincuentes, sino también mantener el poder.

Las penas eran demasiado crueles y perversas hasta llegar a la arbitrariedad, ya que “los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, e incluso podían incriminar hechos no penados”.¹⁹

El Estado creó instrumentos de tortura, como los calabozos (*oubliettes*, de *oublier*, olvidar, donde las víctimas sufrían prisión perpetua en subterráneos); la jaula de hierro o de madera; la argolla, pesada pieza de madera cerrada al cuello; el *pilori*, rollo o picota donde la cabeza y las manos quedaban sujetas y la víctima de pie; la horca y los azotes; la rueda, donde se colocaba al reo después de romperle los huesos a golpes; las galerías; el descuartizamiento por acción simultánea de cuatro caballos; la hoguera y la decapitación por el hacha; la marca infamante por hierro candente; el garrote, que daba la muerte por estrangulación, y los trabajos forzados y con cadenas.

Esta etapa se caracterizó también por una gran desigualdad: las clases inferiores eran sancionadas con más severidad para evitar que se rebelaran contra el gobierno, mientras que a los nobles y clases con poder económico y político se les imponían penas suaves.

Cuello Calón menciona al respecto: “aparecen las leyes más severas y crueles, en que se castigan con la mayor dureza no sólo los crímenes más graves, sino hasta hechos hoy indiferentes, como la magia y la hechicería, que se juzgaban por tribunales especiales con el rigor más inhumano”.²⁰

El poder social no vaciló en aplicar las penas más crueles, como la muerte, de formas espeluznantes o terribles mutilaciones. En algunos casos, la mala y decadente administración de justicia penal extendía el castigo a que se hacía acreedor el delincuente o malhechor a los miembros de su familia, porque se consideraba que, para algunos delitos, la pena trascendía a los descendientes del reo hasta cierto número de generaciones.

¹⁸ **Eugenio Cuello Calón**, ob cit, pág 60.

¹⁹ *Ibidem*, págs 60 y 61.

²⁰ *Ibidem*, pág 60.

Los episodios más sangrientos de esta etapa corresponden al derecho penal europeo, especialmente en los siglos xv a xvii; en este sentido, se escribieron manuales como el famoso *Martillo de las brujas* de **Sprenger e Institoris** (1487), publicado en Alemania, o el de **Martín del Río** (1593), *Disquisitionum magicarum libri sex*, que alcanzó gran renombre como manual de procedimientos para el uso de los jueces en causas de hechicería; otro ejemplo es el libro *Los procesos de hechicerías en la Inquisición de Castilla la Nueva*.

Sin embargo, esta concepción imperó no sólo en Europa, sino también en Oriente y América.

3.5 Periodo humanitario

A la excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de las penas y, en general, de los sistemas penales. Las sociedades empezaron a rebelarse contra las crueldades y desigualdades del Estado. A su vez, el humanitarismo, impulsado por la sensibilidad de la época de las luces y favorecido por el sentimentalismo de la época romántica, llegó a una continua dulcificación de los castigos. La pena de muerte, que se aplicaba a delitos de escasa gravedad y potenciada para los crímenes más graves con atroces suplicios, quedó reservada a contadas infracciones y no como pena única, como lo era en el periodo antecesor, sino como grado máximo de penalidad que abarcaba otras privativas de libertad.

Asimismo, la pena de muerte era ejecutada simplemente, de modo que consistiera en la simple privación de la vida, sin los antiguos suplicios encaminados a hacer sufrir al reo (como los analizados en el periodo anterior, entre ellos el calabozo, la mutilación por acción simultánea de cuatro caballos, la horca, la hoguera, etcétera).

Tiempo después se humanizó la aplicación de la pena. Como notables ejemplos encontramos obras de hombres ilustres en las que ventilaban o dejaban ver su preocupación por la aplicación de esas extremas medidas para la administración de la justicia, entre las cuales destacan las obras de **Montesquieu** (*El espíritu de las leyes*), **Voltaire** (*Consideraciones acerca de la tolerancia*) y **Rousseau** (*El contrato social*), en las cuales, además de lo citado, vemos que la pena tiene como fundamento el contrato social.

Al respecto señala **Villalobos**:

En el terreno de las ideas, ha sido necesario siempre encontrar un hombre de lenguaje sugestivo, elegante y capaz de persuadir, para centuplicar el efecto de pensamientos que sin este recurso pudieran permanecer en la penumbra o en el patrimonio exclusivo de algunos especialistas: buen ejemplo de ellos son **Voltaire**, **Juan Jacobo Rousseau**, **Carlos Marx** y **Enrico Ferri**. Por lo que ve a la reforma penal, fue acertadamente designada por el destino con el joven **Bonnesana**, marqués de **Beccaria**.²¹

El trabajo de **Beccaria** es considerado pilar del periodo humanitario del derecho penal, base del actual derecho punitivo. Su libro *De los delitos y de las penas* (1764), publicado en un principio de manera oculta, contiene 24 capítulos, en los que su autor examina el derecho a castigar, el cual establece la necesidad de defender la salud pública a cargo del soberano, quien está obligado a castigar los delitos con leyes justas, pues el soberano es el depositario de la porción de libertad que cada hombre le cedió por necesidad; la interpretación de las leyes y la oscuridad de las mismas.²²

De dicha obra podemos destacar los conceptos siguientes:

- El fin de las penas es prevenirlas, en tanto que la pena, más que castigar, debe impedir nuevos delitos y retraer a los demás a cometerlos.
- La pena debe ser proporcional al delito, pues la desproporción genera injusticia e impunidad.
- Debe desterrarse el tormento, por inhumano e inútil, para lograr penas justas.
- Los procesos deben ser públicos, el secreto ha de desterrarse y las penas deben ser prontas.
- Las penas no deben distinguir a los individuos por su posición social.
- La pena de muerte debe desterrarse por injusta y no ser útil a efectos preventivos.²³

El trabajo de **Bonnesana**, a quien se conoce como el apóstol del derecho penal porque inició la era humanista y romántica, con espíritu más filantrópico que científico, tuvo gran eco y pronto se creó un ambiente favorable a la humanización de la legislación criminal, e incluso algunos

²¹ **Ignacio Villalobos**, ob cit, pág 28.

²² **Alberto Orellana Wiarco**, *Curso de derecho penal*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 44, con el apoyo del libro de **César Bonnesana**, marqués de **Beccaria**, *Tratado de los delitos y de las penas*, Cajica, Puebla, 1965, págs 151-153.

²³ Ídem.

monarcas movidos por la influencia de estas ideas introdujeron serias reformas en las leyes penales de sus pueblos (como **Catalina** de Rusia, **José II** de Austria, **Federico** de Prusia).

En el periodo humanitario también destaca **John Howard**, quien, según la frase de **Constancio Bernaldo de Quiroz**, “recorrió la geografía del dolor”, refiriéndose a que este personaje dedicó gran parte de su vida a estudiar las prisiones de Europa. De sus experiencias escribió en 1777 su libro *The State of the Prisons in England and Wales*, donde describe las lamentables condiciones de los presos que purgan sus penas, quienes vivían o, mejor dicho, sobrevivían en la promiscuidad, el ocio, la miseria, el hambre, los tratos brutales y las enfermedades, en los calabozos mal olientes, sin luz, ni aire, ni instalaciones higiénicas, etc. (**Howard**, al visitar una prisión, contrajo una fatal enfermedad que lo llevó a la tumba.)

Cabe señalar que los derechos individuales imponen limitaciones al derecho de castigar del Estado, en garantía de la seguridad jurídica y de la igualdad de todos ante la ley. No se puede castigar ningún hecho no definido en la ley como delito ni con pena no conminada legalmente antes de su perpetración.

En la graduación del castigo, según las circunstancias y formas del hecho, las leyes dan también reglas suficientes para que se pueda reducir al mínimo el arbitrio judicial.

En ese orden de ideas, como considera **Bittol**, “la humanización de la pena no quiere decir que ésta deje de ser temida, ni se piensa en reconocer ‘derechos sindicales’ a los reclusos, ni cederles permisos periódicos, etc, ya que esto cercenaría el derecho penal. El derecho penal —añade—, debe continuar siendo *derecho penal* y no *derecho premial*”.²⁴

3.6 Periodo científico

En esta etapa, se mantienen los principios de la fase humanitaria, pero se profundiza científicamente respecto al delincuente. Se considera que el castigo no basta, por humanizado que sea, sino que además se requiere llevar a cabo un estudio de personalidad del sujeto y analizar a la víctima; es indispensable conocer el porqué del crimen, saber cuál es el tratamiento adecuado para readaptar al sujeto y, sobre todo, prevenir la

²⁴ Eugenio Cuello Calón, ob cit, págs 60 y 61.

posible comisión de delitos. Por ello, se estima que en la pena un tratamiento y un sujeto son productos de las fallas sociales, con influencia de factores de índole diversa, ya sea interna o externa.

En rigor, dicha etapa se inicia con la obra del marqués de **Beccaria** y culmina con la de **Francesco Carrara**, principal exponente de la escuela clásica del derecho penal.

Algunos autores señalan como principio del periodo científico las doctrinas de los positivistas de fines de la pasada centuria; no obstante, tales estudios no forman parte propiamente del derecho penal, ya que los positivistas confeccionaron ciencias causales explicativas de la criminalidad, pero derecho normativo por esencia.

Por otra parte, la existencia de un conocimiento científico basta con perseguir un fin o una verdad de forma ordenada y sistemática, lo cual ocurre a partir de la obra admirable del marqués de **Beccaria**. Sin embargo, antes de **Beccaria** hubo inquietud por el estudio de los problemas del derecho penal y se hicieron algunas sistematizaciones para tratar de resolverlos convenientemente.

En los comienzos de ese periodo se adoptó la fórmula “no hay delitos, sino delincuentes”, para después adoptar con mayor certeza el de “hay delitos y delincuentes”, que quiere decir que se debe preocupar el penalista del estudio jurídico de los primeros y del sociológico y antropológico de los segundos.²⁵

Cuello Calón dice sobre tal periodo:

La pena en esta nueva dirección no tiene un fin puramente retributivo, sino un fin de prevención del delito, que se realiza con medios de corrección (prevención especial), de intimidación o de eliminación (prevención general). Para ello, se reputa necesaria la adaptación de la pena a la persona del delincuente (individualización), lo cual presupone el conocimiento del penado basado en su estudio biológico, psicológico y social. Junto a las penas surgen las llamadas medidas de seguridad, como medios de lucha contra los delitos.²⁶

Cabe señalar que las llamadas medidas de seguridad son “medios de profilaxis social, por los cuales se trata de evitar que personas peligrosas puedan llegar a cometer delitos”.²⁷

²⁵ José Antón Oneca, ob cit, pág 62.

²⁶ Eugenio Cuello Calón, ob cit, pág 64.

²⁷ Eduardo López Betancourt, ob cit, pág 271.

Uno de los representantes más destacados de ese periodo es **von Feuerbach**, considerado en Alemania el padre del derecho penal moderno. Siguiendo en esencia las doctrinas de **Kant**, **Feuerbach** crea el criterio de que la pena es una coacción psicológica, con lo cual da origen a la teoría de la prevención general.

Entre las teorías que, según la escuela, sobre el delito se crearon destacan las siguientes:

- Teorías que ven en la pena una retribución, ya sean de origen divino, moral o jurídico.
- Teorías según las cuales la pena tiene un carácter intimidatorio y, por tanto, su fin es la prevención del delito.
- Teorías que encuentran la función de la pena en la defensa de la sociedad, ya sea ésta directa o indirecta.

Después de tomar en cuenta estas características del periodo científico, analizaremos las dos grandes corrientes jurídico-penales: la escuela clásica y la positivista, tema de la unidad 4.

UNIDAD 4

Principales momentos del desarrollo histórico del derecho penal en el mundo

Objetivo particular: *Al concluir esta parte del curso, el alumno:*
Explicará la situación prevaleciente antes de la aparición de **Beccaria** y de **John Woward** y expondrá las ideas de las principales escuelas.

4.1 Escuela clásica

Esta escuela es una corriente que apareció a raíz de las nuevas ideas surgidas como reacción vigorosa a la anterior y ancestral forma de ver el derecho penal.

La escuela clásica nace con la obra de **Bonnesana** y concluye con **Francesco Carrara**, habiendo sido enriquecida durante su evolución por **Kant**, **Hegel**, **Romagnosi**, **Rossi** y **Carmignani**, entre muchos otros.

El maestro **Celestino Porte Petit** señala que las principales características de la escuela clásica son las siguientes:

- Un método lógico abstracto.
- El delito considerado no un hecho, sino un ente jurídico.
- La responsabilidad penal basada en el libre albedrío.
- La pena como castigo y como retribución de un mal con un mal.

Dicha escuela fue designada con el nombre de *clásica* por los positivistas que surgieron posteriormente, como una forma despectiva de catalogar a las ideas que se oponían a sus teorías, catalogadas como *tradicionalistas* y *caducas*.

Francesco Carrara es considerado el padre de la escuela clásica del derecho penal porque le dio una sistematización impecable; además, ha sido objeto de grandes elogios no sólo de parte de sus simpatizantes, sino también de sus contradictores.

Eusebio Gómez, destacado penalista argentino, dice al respecto:

El conjunto de las doctrinas de **Francesco Carrara** representa el término de la evolución de la escuela clásica. El sabio maestro de Pisa, admirable sistematizador como fue, supo marcar orientación definida a la poderosa corriente de pensamiento científico penal iniciada después de la aparición del libro de **César Bonnesana**. Sus doctrinas constituyen un verdadero sistema: la propia escuela clásica, como fuera bautizada por **Enrico Ferri** y que bien podría llevar su nombre.¹

Carrara sostiene, entre otras ideas, que el derecho es connatural al hombre, pues **Dios** lo dio a la humanidad desde su creación, para que en la vida terrena pueda cumplir sus deberes.

La ciencia del derecho criminal es un orden de razones emanadas de la ley moral, preexistente a las leyes humanas. El delito es un ente jurídico que reconoce dos fuerzas esenciales: una voluntad inteligente y libre y un hecho exterior tanto lesivo del derecho como peligroso para él. La pena, con el mal que inflige al culpable, no debe exceder a las necesidades de la tutela jurídica; si excede, ya no será protección del derecho, sino violación de éste. Además, la imputabilidad penal se funda en el principio del libre albedrío.

Carrara define la pena como “aquel mal que, de conformidad con la ley del Estado, infligen los magistrados a quienes, con las formas debidas, son reconocidos culpables de un delito”. El fin primario de la pena es “el

¹ **Eusebio Gómez**, *Curso de derecho Penal*, 2a ed, Editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1935, pág 125.

restablecimiento del orden externo en la sociedad”. El delito ofende, por un lado, a un individuo; y por otro, violando sus leyes, a la sociedad, a todos los ciudadanos, disminuyendo en ellos la conciencia de la propia seguridad y creando el peligro del mal ejemplo.

El primer daño causado por el delito no se repara con la pena, mientras que el segundo debe ser reparado con ella mediante el restablecimiento del orden perturbado por el desorden del ilícito. La pena debe cumplir una función retributiva de la culpa moral comprobada en el delito.

La escuela clásica en realidad no integra un todo uniforme; al respecto, **Jiménez de Asúa** asegura que en ella se advierten tendencias diferentes, incluso opuestas, que en la época de su mayor predominio combatieron entre sí.

Con un esfuerzo sintetizador, puede afirmarse que los caracteres más comunes de la escuela clásica son los siguientes:

- a) *Igualdad*. El hombre ha nacido libre e igual en derechos. Esta igualdad en derechos es el equivalente a la esencia, pues implica la igualdad entre los sujetos, ya que la igualdad entre desiguales es la negación de la propia igualdad.
- b) *Libre albedrío*. Si todos los hombres son iguales, en todos ellos se ha depositado el bien y el mal; pero también se les ha dotado de capacidad para elegir entre ambos caminos. Si se ejecuta el mal es porque se quiso, y no porque la fatalidad de la vida haya arrojado al individuo a su práctica; es decir, si el delincuente delinque, es por su propia voluntad.
- c) *Entidad delito*. El derecho penal debe volver sus ojos a las manifestaciones externas del acto, a lo objetivo. El delito es un ente jurídico, una injusticia, y sólo al derecho le es dable señalar las conductas que devienen delictuosas.
- d) *Imputabilidad moral* (como consecuencia del libre albedrío, base de la ciencia penal para los clásicos). Si el hombre está facultado para discernir entre el bien y el mal y se decide por este último, deberá responder por su conducta, habida cuenta de su naturaleza moral. **Carrara** expresa que la ley dirige al hombre en tanto es un ser moralmente libre; por ello, no se le puede pedir cuenta de un resultado del cual sea causa puramente física, sin haber sido moral.

Otro importante tratadista perteneciente a esta escuela fue **Rossi**, quien opinaba sobre la existencia de un *orden moral* obligatorio para todos los seres libres e inteligentes, que debía ser realizado en la sociedad en la

que viven; así nace un orden social también obligatorio, del que provienen todos los derechos y deberes inherentes a la vida social del hombre.

El derecho penal es entonces emanación del orden moral, pero la utilidad social limita y regula su aplicación. El derecho penal tiende a la realización del orden moral, por lo que no puede proponerse un fin que se aparte de la justicia moral; a su vez, la pena en sí misma no puede concebirse sino como la retribución de un mal por el mal, realizada por un juez legítimo con ponderación y medida.

Por su parte, **Carmignani** combatió la doctrina de la justicia moral y el sentido retributivo de la pena, defendidos por **Rossi**. Al respecto, sostuvo que el derecho de castigar no tiene su fundamento en la justicia moral, sino en la necesidad política, entendida como *necesidad de hecho*.

Dicho autor concibe a las penas como “obstáculos políticos para el delito”. De esta manera, el castigo del delito tiene como fin evitar que se perturbe la necesidad de la convivencia humana, pero no aspira a vengar el delito cometido, sino a prevenir su repetición en el futuro: “el derecho de castigar no es más que un derecho de necesidad política, es un derecho exigido por la índole de las pasiones humanas y por la seguridad de la colectividad política”.

La escuela clásica aportó al sistema penal, consolidándolo, el espíritu individualista de los filósofos del Iluminismo y de los principios de la Revolución francesa; de aquí su esfuerzo de mantener el principio de legalidad de los delitos y las penas (*nullum crimen nulla poena sine lege*), su aspiración a definir de modo detallado y taxativo las circunstancias modificativas del delito (especialmente las agravantes), el cuidado consagrado al sutil examen del delito en su aspecto interno, su minuciosidad en la definición de las figuras de los delitos, y su tendencia a prever todos los casos posibles de delincuencia.

La escuela clásica ha tenido una influencia muy grande en la elaboración científica del derecho penal; su excelente organización y sistematización influyeron enormemente en los códigos y leyes penales elaborados en el siglo XIX, que se inspiraron con plenitud en las orientaciones clásicas, a cuya esencia aún permanecen fieles algunos de los códigos de muchos países, incluso de reciente publicación.

En resumen, **Jiménez de Asúa** señala como principales características de la escuela clásica las siguientes:

- Método lógico-abstracto para investigar el fenómeno penal en el ámbito del derecho.

- Imputabilidad basada en el libre albedrío.
- El delito es una entidad jurídica.
- La pena es un mal y un medio de tutela jurídica.²

4.2 Escuela positivista

La escuela positivista se basa en la filosofía de **Augusto Comte**, con sus tres ideales: el amor, la religión de la humanidad y el progreso; también sostiene que el pensamiento humano pasó por tres estadios: teológico, metafísico y positivo.

Cuello Calón dice al respecto:

Al estudiar la escuela positiva, debe recordarse a **Ardido**, asimismo el influjo que sobre las doctrinas criminalísticas de esta escuela ejercieron las teorías evolutivas de **Darwin** y **Spencer** y las materialistas de **Büchner**, **Haeckel** y **Moleschott**. Los conceptos animadores de estas direcciones científicas, el evolucionismo de **Darwin** y el materialismo inspiran profundamente la producción científica de los positivistas.³

A su vez, **Jiménez de Asúa** señala lo siguiente:

La escuela positiva consiste en lo siguiente: estudiar el delito, primero en su génesis natural y después en sus efectos jurídicos, para adoptar jurídicamente a las varias causas que lo producen los diversos remedios que, por consiguiente, serán eficaces.

En su plano metafísico halla su base en la doctrina de **Comte**, y hasta el nombre del positivismo arranca de la filosofía positivista, que el famoso autor puso en aceptación.⁴

Dicho autor añade que las características de esta escuela son cuatro: uso del método experimental, concepción del delito como fenómeno natural, la responsabilidad social a consecuencia del determinismo del delincuente y el concepto de la pena como un medio de defensa social, y no como un castigo.⁵

² **Luis Jiménez de Asúa**, *Lecciones de derecho penal*, Biblioteca clásicos del derecho, t 7, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1997, págs 33 y 46.

³ **Eugenio Cuello Calón**, *Derecho penal*, 1a ed, Editorial Bosch, Barcelona, 1980, pág 51.

⁴ **Luis Jiménez de Asúa**, *Lecciones de...*, pág 27.

⁵ **Luis Jiménez de Asúa**, *Lecciones de...*, págs 51 y 52.

Entre los máximos representantes de la escuela está **Rafael Garófalo**, quien dio una definición de delito natural. Posteriormente surgieron diversas disciplinas con grandes pensadores: en la antropología criminal destaca **César Lombroso**, quien hizo un análisis del hombre delincuente; en la sociología criminal **Enrique Ferri** quien estudió los factores sociales del delito; en la psicología criminal **Sigmund Freud**, al estudiar la mente del delincuente; en la endocrinología criminal, **Pende**, al destacar que el funcionamiento de las glándulas influyen mucho en un comportamiento delictivo.

Carrancá y Trujillo menciona al respecto:

Cuando todavía la escuela clásica estaba fuertemente adherida a fórmulas metafísicas, **César Lombroso** estableció que antes de estudiar el delito como entidad jurídica o como infracción a la ley penal, habría que estudiarlo como una acción humana, como un fenómeno humano natural y social, teniendo en cuenta la biología del delincuente. De aquí la fase antropológica de la escuela positiva, que cedió el paso a la sociológica representada por **Ferri**: el delito es producto de factores antropológicos, físicos y sociales.⁶

La escuela positiva surge, entre otros exponentes, con **César Lombroso**, quien acertadamente hace mención de que debemos partir de los elementos humanos y sociales como génesis de la actividad delictiva, es decir, cómo afecta en el ánimo de los seres humanos el medio social en el que gira su vida desde su nacimiento hasta su muerte, pudiendo influir en el hombre para que efectúe determinado comportamiento que conlleve la realización de actos no comprendidos o desconocidos, tipificados como delitos.

Pavón Vasconcelos dice lo siguiente:

La llamada escuela positiva encuentra en **Enrico Ferri** su más brillante expositor. Su obra máxima, *Sociología criminal*, publicada en 1881, contiene los principios básicos en que se apoya su escuela. Destaca **Ferri** cuál es el método a seguir en la ciencia de los delitos, del delincuente y de las penas, a la que denominó sociología criminal, de la cual el derecho penal sería sólo una parte.

Rafael Garófalo influyó decisivamente en la estructura de la escuela positiva al elaborar su definición del delito natural, concepto sociológico sin el cual no hubiera sido posible construir sólidamente un sistema. Destaca su

⁶ **Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas**, *Derecho penal mexicano*, 20a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 982.

trabajo titulado *La prevención individual como fin de la pena*, haciendo un valioso aporte a la escuela positiva, que habría de ser aprovechado más tarde con amplitud al sostener la peligrosidad del delincuente como el factor preponderante para medir la punición del delito.⁷

En las aportaciones de **Enrico Ferri** y **Rafael Garófalo** encontramos mayor perspectiva de lo que es la peligrosidad del delincuente, como base para medir el nivel de punición. Si bien la escuela positivista trataba de hallar en el análisis de los sentimientos la concepción del delito, establece que “todo individuo que ejecuta un hecho penado por la ley, cualquiera que sea su condición psicofísica, es responsable (responsabilidad legal) y debe ser objeto de una reacción social (sanción) correspondiente a su peligrosidad”.⁸

La peligrosidad criminal se define, según **Carrancá y Rivas**, como

... la capacidad de una persona de convertirse con toda probabilidad en autora de un delito. Desde el punto de vista psíquico, por tanto, la peligrosidad criminal es un modo de ser de un sujeto, es un atributo, es una cualidad de una persona y, más precisamente, la condición psíquica de una persona en cuanto causa probable de un delito. Desde el punto de vista jurídico, la peligrosidad criminal es un estado de antijuridicidad de un sujeto, que tiene por consecuencia jurídica la aplicación al mismo de una sanción criminal.⁹

Con esto podemos determinar que la escuela positivista tenía como objetivo establecer una visión amplia del delincuente y del delito, y con base en ello establecer las sanciones; además, en el comportamiento del delincuente se busca el motivo que lo orilla a cometer un acto ilícito, y el análisis de su peligrosidad.

La sanción penal se aplicará fundamentada en el principio de defensa social, que debe ser proporcional al estado peligroso y no a la gravedad objetiva de la infracción.

El estudio de la peligrosidad del delincuente, según señala **Carrancá y Trujillo**, debe incluir obligatoriamente lo que sigue:

- El estudio de la personalidad del delincuente bajo su triple aspecto antropológico, psíquico y moral.

⁷ **Francisco Pavón Vasconcelos**, *Manual de derecho penal mexicano*, parte general, 14a ed, Editorial Porrúa, México, 1999, pág 641.

⁸ **Eugenio Cuello Calón**, ob cit, pág 52.

⁹ **Raúl Carrancá y Trujillo** y **Raúl Carrancá y Rivas**, ob cit, pág 982.

- El de la vida anterior al hecho delictivo.
- El de la conducta posterior al hecho delictivo.
- El de la naturaleza misma de los móviles, o sea, la calidad de los motivos.
- El del hecho antisocial, el hecho delictivo, que precisamente se presenta como peligroso para la sociedad.¹⁰

De aquí se ve que el derecho penal, más que ser la protección de lo meramente externo, exige un perfeccionamiento del sujeto.

Se puede señalar que los principios básicos de la escuela positivista son los siguientes:

1. Combaten el método lógico abstracto, por el que propugnó **Carra-ra**. Los positivistas adoptan, para estudiar el delito, el método experimental, propio de las ciencias causales explicativas;
2. El delito no es un ente jurídico. Según el criterio de los positivistas, se trata de un fenómeno natural, generado por el hombre dentro del seno social. Por ello, debe vérselo no como una creación de la ley, sino como algo con vida independiente. Por esta razón, una buena política para combatirlo y fundamentalmente para prevenirlo es conocer sus causas, las cuales son de carácter social, aunque también intervienen en su producción los factores individuales;
3. Los positivistas negaron el libre albedrío y proclamaron el determinismo. El hombre es responsable social y no moralmente, de manera que imputables e inimputables deben responder, por igual, del hecho delictuoso ejecutado, a pesar de que los últimos habrán de ser destinados a sitios especialmente adecuados para su tratamiento como enfermos.
4. La pena debe ser no un castigo, sino un medio de defensa social.

Es cierto que la escuela positiva adoptó como fundamento amplio la defensa social, pero no hizo de ella su principal base de sustentación. El derecho penal finca en la defensa social una base utilitaria y pragmática, pero inconvencional. La defensa social así concebida no es venganza social porque rechaza la nota necesariamente aflictiva de la pena, que no se justifica en la necesidad. Tampoco es colorido de la idea abstracta de justicia o compensación moral retributiva de mal por mal. La defensa social

¹⁰ *Ibíd*em, pág 152.

tampoco es defensa jurídica o tutela del orden jurídico, aunque al derecho penal corresponda tutelar enérgicamente los bienes jurídicos, porque es mucho más: defensa de la sociedad por medio de la conservación y perfeccionamiento de la sociedad entera.

La defensa social tiene como fines la prevención del delito y, cuando ha ocurrido, la defensa contra sus efectos; para ello, se mantiene ajena a todo fin trascendental, retributivo moralmente, de expiación o de castigo. La tutela penal se justifica por la necesidad de defender las condiciones de existencia de una sociedad determinada, en un momento dado, frente a las violaciones que la ponen en peligro.

Los positivistas, además de los conceptos de peligrosidad y adaptación, destacan el de *delito natural* y exponen que el elemento de inmoralidad necesaria para que un acto perjudicial lo considere criminal la opinión pública es la lesión de aquella parte de sentido moral que consiste en los sentimientos, en la medida en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. Esto es lo que llamaremos *crimen* o *delito natural*.

Carrancá y Trujillo señala que las direcciones fundamentales de la escuela positiva se orientan a lo siguiente:

1. El verdadero vértice de la justicia penal es el delincuente, autor de la infracción, pues ésta no es otra cosa que un síntoma revelador de su estado peligroso.
2. La sanción penal, para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y ajustada al estado peligroso y no a la gravedad objetiva de la infracción. El método filosófico jurídico es el inductivo experimental.
3. Todo infractor, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal si cae bajo el campo de la ley penal.
4. La pena tiene una eficacia muy restringida; importa más la prevención que la represión de los delitos y, por tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas mismas.
5. El juez tiene facultad para establecer la sanción en forma indeterminada, según sea el infractor.
6. El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación de los infractores readaptables a la vida social y la segregación de los incorregibles; por tanto, el régimen celular absoluto y las penas cortas de privación de libertad son contraproducentes; la pena es, pues, defensa y reeducación.¹¹

¹¹ **Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas**, ob cit, pág 158.

Para la mayoría de los autores, la escuela positivista inició una verdadera revolución. El delincuente y el delito no habían sido estudiados, hasta que **Lombroso** aclarara el aspecto causal explicativo, más que como entidades jurídicas. “Por eso, la escuela positiva fue al principio ardoroso ataque, como lo son todos los revolucionarios que tratan de destruir. Su sistema penal es duro y su concepción del delito como delito natural, en vez de partir de los hechos, como tenía que haberlo practicado un buen positivista, se reduce al análisis de los sentimientos.”¹²

Como toda ley tiene una base fáctica, al descubrir nuevos hechos se ha ampliado el contenido del derecho con nuevas experiencias. El positivismo atacó el formalismo excesivo de las normas de derecho y las llenó de realidad.

Ciertamente, la política criminal y no la escuela positiva ha adaptado esos hechos a la posibilidad jurídica, pero su observación corresponde a la criminología. El principal mérito de **Lombroso**, más que de los positivistas, fue crear una ciencia inédita hasta entonces, una ciencia causal explicativa del fenómeno de la criminalidad, que hasta que él la captó sólo era capaz de crear conceptos de derecho en los cuales el delito era un ente jurídico y el delincuente sujeto del acto, como en derecho civil lo es del contrato o del testamento.

Carrancá y Trujillo señala al respecto:

Las escuelas penales adoptan posiciones a veces irreconciliables, sobre todo la clásica y la positiva. Sin embargo, una y otra no son sino periodos sucesivos de elaboración de la filosofía penal; a la clásica corresponde uno importantísimo, ligado a los derechos sustantivos de la personalidad humana, en tanto que a la positiva el haber logrado enfocar los problemas más eternos del delito desde nuevos ángulos de contemplación y como consecuencia del proceso de las ciencias todas: las médicas, las sociológicas, las jurídicas.¹³

La importancia de la escuela positivista, para el derecho penal mexicano vigente, del cual se deriva la criminología, gira en torno al estudio de las causas delictivas desde diferentes ángulos de análisis del comportamiento del ser humano. Si bien no son del todo apegados a las normas jurídicas, cabe afirmar que el comportamiento de determinado individuo que se somete o encuadra en un supuesto delito queda en estado de in-

¹² Ídem.

¹³ Ídem.

defensión si se castigara sólo porque existe un delito sin saber el entorno que abarca ese delito; es decir, no puede haber una sanción para todo delito sin establecer los supuestos que debe reunir determinada conducta y los elementos esenciales para que el infractor de las normas obtenga una sanción apegada más a la justicia que al derecho.

Tal principio no sólo se deriva de la escuela positivista, sino también mantiene un trasfondo ético; la justicia se debe anteponer al derecho, porque si bien el derecho trata de que las relaciones entre los seres humanos sucedan en un estado de armonía, en determinadas circunstancias suele trascender sobre la justicia.

Sin embargo, algunos autores como **Jiménez de Asúa**, consideran que la escuela positivista provocó un retraso para el progreso de la criminología. Al respecto señala el jurista: “aunque parezca paradójica, retrasó al mismo tiempo el progreso de la criminología por esa confusión e hibridez”.¹⁴

4.3 Tercera escuela o *terza scuola*

La principal surge en Italia, cuyos representantes más importantes son **Bernardino Alimena** y **Manuel Carnevale**. Esta escuela adopta una posición entre la clásica y la positivista, aunque su posición es más clara frente a esta última. Por ello, se le ha llamado *escuela crítica* o *positivismo crítico*, debido a su evidente eclecticismo entre el clasicismo y el positivismo; el propio **Carnevale** la denominó *terza scuola*. Continuadores de la tendencia fueron después **Silvio Longhi**, **Sabatini**, etcétera.

En Alemania hubo también una tercera escuela, que coincide con los postulados de la italiana, constituida principalmente por **Merkel**, **Liepmann** y **Oetker**, quienes plantearon la importancia de conciliar la justicia y el finalismo.

Entre sus postulados, que como mencionamos fueron retomados de las dos escuelas precedentes, se encuentran los siguientes:

- a) Niega el libre arbitrio, toma la concepción del delito como un fenómeno individual y social y presta atención al estudio científico. Rechaza el principio de la responsabilidad legal y la absorción del derecho penal por la sociología criminal.

¹⁴ **Luis Jiménez de Asúa**, *La ley y el delito, Principios de derecho penal*, 3a ed, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pág 54.

- b) De la escuela clásica toma el principio de responsabilidad moral, distinguiendo entre imputables e inimputables, según sean capaces o no de sentir la eficacia intimidatoria de la pena; pero no se considera al delito un ente jurídico, ni un acto de un ser dotado de libertad.
- c) Señala las ventajas del método inductivo.
- d) Plantea la reforma social como deber del Estado.
- e) Se interesa por el delincuente, más que por el delito.
- f) La imputabilidad emana de la voluntad y de los motivos que la determinan y tiene su base en la dirigibilidad del sujeto, es decir, en su aptitud para sentir la coacción psicológica, de ahí que sólo son imputables los que sean capaces de sentir la amenaza de la pena.
- g) Adopta la investigación científica del delincuente.
- h) Al lado de las penas proporcionadas a la culpabilidad, aparecen las medidas de seguridad en función de la peligrosidad. Acerca de la naturaleza de las últimas y sus diferencias con las penas se discute de modo interminable. Últimamente se tiende, como fase postrema del proceso unitario, a la unificación o a la creación de especies intermedias.
- i) Rechaza la doctrina de la semirresponsabilidad y afirma que las penas y las medida de seguridad tienen un mismo fin: la defensa social.

Castellanos Tena dice del positivismo que la *terza scuola* “asume la negación del libre albedrío, la noción del delito como un fenómeno natural y social, y el estudio científico del delincuente y de la delincuencia, rechazando la naturaleza morbosa del delito, la responsabilidad legal y la absorción del derecho penal por la sociología criminal”.¹⁵

4.4 Otras tendencias y escuelas del derecho penal

4.4.1 Escuelas eclécticas

En el transcurso de varios años encontramos que la evolución del pensamiento jurídico toma nuevas formas, de tal manera que surgen nuevas corrientes que pueden tener trascendencia o no. Las escuelas eclécticas

¹⁵ **Fernando Castellanos Tena**, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 20a ed, Editorial Porrúa, México, 1984, pág 69.

aceptan y niegan postulados tanto de la escuela clásica como de la positivista y excepcionalmente aportan algo propio y significativo. Las principales son la sociológica, la técnico-jurídica y la correccionalista.

4.4.1.1 Escuela sociológica

Esta escuela surge en Alemania y también se conoció como la *joven escuela*, cuyo principal representante es **Franz von Liszt**, junto con **Binding** y **Halshchner**. Dichos juristas apoyan el libre albedrío, con fundamento en la imputabilidad y en el sentido retributivo de la pena; su doctrina sostiene que el delito es el resultado de diversas causas de carácter individual, de carácter externo, físico y social, primordialmente económicas.

Para **Balestra**, “la pena se justifica porque se mantiene el orden jurídico y, como consecuencia de ello, la seguridad social. La pena es de carácter preventivo y no sólo retributivo”.¹⁶

Por otra parte, **Castellanos** menciona lo siguiente:

El delito se origina por causas de muy variada procedencia y algunas de muy variada índole, y para **von Litz** la pena es una pena de fin y su pensamiento se resume en tres ideas:

- Repudio del concepto de la pena retributiva.
- Afirmación de la pena finalista.
- Predominio de la finalidad de prevención especial (acción recaída sobre el delincuente individualmente considerado).¹⁷

De aquí observamos que ambos autores analizan a **von Litz** desde el punto de vista que deriva al ámbito sociológico; primordialmente se basan en la pena que se encargará de prevenir los delitos posteriores y no sólo de hacer pagar al delincuente. La tendencia es a proteger al ser humano desde el punto de vista jurídico.

Acerca de dicha escuela, **Jiménez de Asúa** estima que se caracteriza “por su dualismo, al utilizar medios jurídicos de un lado y por otro experimentales; por su concepción del delito como entidad jurídica y como fenómeno natural; por su aceptación de la imputabilidad y del estado peligroso y, en consecuencia, de las penas y de las medidas de seguridad”.¹⁸

¹⁶ **Carlos Fontán Balestra**, *Introducción al derecho penal*, 1a ed, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, pág 61.

¹⁷ **Fernando Castellanos Tena**, ob cit, pág 71.

¹⁸ **Luis Jiménez de Asúa**, *Los principios de derecho penal. La ley y el delito*, 3a ed, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1990, México, 19, pág 71.

Debemos entender que **Jiménez de Asúa** considera dualista a la escuela sociológica por su estudio del delito como hecho biológico y social, que no corresponde de manera estricta al derecho penal, sino a otra rama, que es la sociología criminal; de ahí que adquiere el nombre de dicha escuela sociológica, que principalmente consiste en la lucha contra la delincuencia por medio de la investigación de sus causas.

4.4.1.2 Escuela técnico-jurídica

Los principales representantes de esta escuela son **Arturo Rocco**, **Vincenzo Manzini**, **Eduardo Massari** y **Giulio Battaglini**. Según estos pensadores, la ciencia penal no aspira a la indagación filosófica de un derecho penal natural, ni a la formación del derecho penal del porvenir; por ello, abandonan toda discusión acerca de los fundamentos filosóficos de esta disciplina y las investigaciones de carácter naturalístico.

Dicha escuela se dedica a elaborar técnicamente los principios fundamentales de sus instituciones y a aplicar e interpretar el derecho positivo vigente.

Cuello Calón señala al respecto:

Los representantes de esta escuela conciben al delito como una pura relación jurídica, omitiendo sus aspectos personal y social. Hacen abstracción del libre albedrío, como base de la imputabilidad pero mantienen la distinción entre impunes e imputables. Señalan que la pena es reacción jurídica contra el delito, reservada para los imputables que quedan sometidos a medidas de seguridad, de carácter administrativo y desprovistos de sentido penal.¹⁹

Por otra parte, **Castellanos Tena** afirma: “el derecho penal en esta corriente ha de reducirse al conocimiento científico de los delitos y de las penas como fenómenos regulados por el ordenamiento positivo”.²⁰

De acuerdo con **Filippo Grisogni**, esta tendencia constituye el perfeccionamiento de la escuela positiva, cuyo objeto es limitarse al derecho positivo vigente, aplicarlo e interpretarlo y a elaborar técnicamente los principios fundamentales de sus instituciones.²¹

¹⁹ **Eugenio Cuello Calón**, *Derecho penal*, 9a ed, Editora Nacional, México, 1976, pág 48.

²⁰ **Fernando Castellanos Tena**, ob cit, pág 63.

²¹ **Francisco Pavón Vasconcelos**, *Nociones de derecho penal mexicano*, 1a ed, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1961, pág 53.

4.4.1.3 Escuela correccionalista

Esta escuela nace con **Krausse** y **Roeder**; de base primordialmente sociológica, dirige su atención sobre todo al delincuente y la pena, afirmando que lo justo y lo injusto son creaciones humanas y que no existe ningún hecho que sea en sí mismo conveniente o inconveniente, lícito o ilícito, moral o inmoral.

Al respecto **Balestra** dice que “las cosas, los hombres y sus respectivas conductas ocupan el lugar en el que cada constructor mental de un orden los pone y tiene el aprecio que él les atribuye, no otro”.²²

Concluimos el análisis de las escuelas penales señalando que, en la actualidad, la legislación penal mexicana conserva rasgos de la clásica en algunos preceptos y de la positiva en otros, aunque cabe precisar que el código de 1871 mostró una fuerte influencia de la clásica, el de 1929 de la positiva y el de 1931 una postura ecléctica.

Añadimos el cuadro 4.1 como resumen.

Cuadro 4.1

| <i>Escuela(s)</i> | <i>Representantes</i> | <i>Postulados</i> |
|-------------------|-----------------------|--|
| Clásica | Carrara | Libre albedrío |
| | Romagnossi | Igualdad de derechos |
| | Rossi | Responsabilidad moral |
| | Hegel | Objeto: el delito (jurídico) |
| | Carmignani | Método: deductivo (especulativo) Pena proporcional al delito Clasificación de delincuentes |
| Positiva | Ferri | Negación del libre albedrío |
| | Garófalo | Responsabilidad social |
| | Lombroso | Objeto: el delincuente Método: inductivo (experimental) Pena proporcional a la peligrosidad Prevención más que represión Medidas de seguridad Clasificación de delincuentes |
| | | Sustitutivos penales |
| | | Negación del libre albedrío |
| Ecléctica | Alimena | Negación del libre albedrío |

²² Carlos Fontán Balestra, ob cit, pág 43.

Cuadro 4.1 (continuación)

| <i>Escuela(s)</i> | <i>Representantes</i> | <i>Postulados</i> |
|-------------------|---|---|
| Tercera escuela | Carnevale | Delito: hecho individual y social Es más importante el delincuente Método: inductivo Investigación científica del delincuente Responsabilidad moral Imputables e inimputables Reforma social |
| Sociológica | Franz von Liszt | Pena: conservación del orden jurídico Método: jurídico y experimental Delito: fenómeno jurídico y natural Factores criminógenos Pena: necesidad Imputabilidad y peligrosidad Pena y medida de seguridad |
| Técnica | Manzini Bataglioni Rocco | Derecho positivo Ordenamiento jurídico sobre otros criterios Conocimiento científico de delitos y penas Pena: prevención y readaptación Rechazo a planteamientos filosóficos |

4.5 Derecho penal actual

El derecho penal actual debe tener la permanencia de las características siguientes:

- Reafirmación constante del principio de legalidad.
- Irretroactividad de la ley penal.
- Reforzamiento de las garantías jurídico-penales de la persona.
- Abolición de la analogía.

Con el fin de tener una serie de normas y reglas penales que permitan abolir la conducta delictiva del delincuente, se prevé hacer notorias modificaciones a los códigos penales.

Como sabemos, el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas de derecho público interno que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad, aplicables para lograr la permanencia del orden social.

Sabemos que la esencia del derecho penal radica en castigar y prevenir el delito, para combatir la criminalidad, así como para que impere y se mantenga el orden social, misión y deber del Estado. Por desgracia, en la actualidad, dicho objetivo difícilmente se cumple y cada vez aumentan los índices de delitos, a pesar de las numerosas reformas y medidas legales que se toman.

Jiménez de Asúa da posibles propuestas de cambio y considera que debería haber dos códigos: el primero, que se aplicara exclusivamente a los crímenes, delitos presentes especificándolos, pero manteniendo las garantías de los individuos. El segundo código sería sólo preventivo para aquellos delitos que necesiten instituciones especialistas (para enfermos mentales, incorregibles, etc) con el fin de mantener al delincuente de una manera más segura y menos precaria.

El derecho actual se basa primordialmente en la humanización de las penas, pero en los últimos años ha surgido una tendencia por instaurar la pena de muerte para los delincuentes, según la gravedad de su delito, así como la propuesta de aplicar penas más severas, dado que la ley y el Estado mantienen ante la sociedad una postura de relajación.

Rafael Márquez Piñero opina que actualmente el derecho penal tiene hacia dos corrientes: el *derecho penal autoritario*, que es la retribución y prevención del delito; y el *derecho penal liberal individualista*, con el carácter finalista de la pena, en busca de la corrección y la readaptación del delincuente.

UNIDAD 5

Desarrollo del derecho penal en México

Objetivo particular: *Al concluir esta parte del curso, el alumno:*
Explicará el desarrollo de México ante el derecho penal en las diversas etapas de su evolución histórica.

5.1 Época prehispánica

Respecto a lo sucedido antes de la llegada de los españoles se tienen escasas noticias fidedignas, ya que la mayoría de los documentos (como los pergaminos, códices y otros vestigios que contenían información sobre las culturas prehispánicas) fueron destruidos por los españoles; en ese sentido, uno de los defensores de los aborígenes, fray **Bartolomé de las Casas**, dice que en la zona de Yucatán, donde floreció la cultura maya, la quema de papiros y códices fue de tal magnitud que parecía inimagina-

ble y, por tanto, sorprendente; por ello, afirmaba que “las lenguas de fuego se veían a varias leguas de distancia”.¹

Pavón Vasconcelos comenta lo siguiente:

Aunque no es posible hablar de un derecho penal precortesiano como conjunto de normas codificadas y de obligatoriedad general para los diversos pueblos indígenas, no podemos desconocer que los pequeños pueblos indígenas, tributarios de los grandes reinos asentados en esas tierras, al asimilar la cultura y las costumbres de éstos, adoptaron para sí aquellas normas, fundamentalmente de carácter consuetudinario, con los ajustes adecuados a sus particulares modos de vida, que pretendían tutelar determinados bienes jurídicos, cuya permanencia era fundamental para su sobrevivencia.²

Entre los pueblos precortesianos más importantes se encuentran los aztecas, los mayas y los purépechas, los cuales a su vez tenían sus propias características jurídicas que a continuación se mencionan.

5.1.1 Aztecas

Al arribo de los españoles, los aztecas eran el pueblo más poderoso, de manera que el territorio dominado por él era muy extenso, pues comprendía los estados de Veracruz, Oaxaca, Guerrero, Puebla, Tlaxcala, Hidalgo, México y el Distrito Federal. Éstos gozaban de un régimen de gobierno basado en la participación ciudadana, y su organización se constituyó en una confederación de tribus dirigida por un jefe militar y por un jefe político, debido al concepto filosófico dual con que los aztecas concebían los aspectos de su vida.

Cabe mencionar que la forma de gobierno de los aztecas estaba dividida en tres poderes: ejecutivo, judicial y religioso.

Poder ejecutivo: se depositaba en dos personas, una de las cuales atendía aspectos internos y otra asuntos externos, **Moctezuma**, **Cuicatláhuac** y **Cuauhtémoc** ocuparon estos cargos durante la Conquista, el pueblo elegía a un consejo y éste a su vez designaba a los dos gobernantes, es decir, “la elección se daba por medio de democracia interna”.³

¹ **Eduardo López Betancourt**, *Manual de derecho positivo mexicano*, 1a ed, Trillas, México, 1992, pág 11.

² **Francisco Pavón Vasconcelos**, *Derecho penal mexicano*, 14a ed, Editorial Porrúa, México, 1999, pág 73.

³ **Eduardo López Bentacourt**, ob cit, pág 12.

Poder judicial: se confería a los jueces, a quienes se les investía con el carácter de funcionarios públicos. Las características principales que tenían y que los distinguían eran la independencia que en el ejercicio de sus funciones guardaban con el Poder ejecutivo y, por otra parte, la impartición de justicia, que resultaba en forma gratuita.

Poder religioso: lo poseían los sacerdotes, a quienes también se atribuía el carácter de funcionarios públicos; en consecuencia, la religión se convertía de esta manera en oficial.

Los aztecas dividieron Tenochtitlán en *calpullis* o barrios, con los cuales se constituyó la unidad étnica y jurídica más trascendental de dicho pueblo, que tenía una influencia importante en relación con los hombres más ancianos que lo gobernaban. “El *calpulli* era gobernado por un consejo de ancianos, en virtud de que a los hombres de mayor edad se les consideraba sabios y confiables para ejercer el gobierno.”⁴

Dicho consejo tenía la facultad de designar a otros funcionarios importantes y en especial a la máxima autoridad, denominada *Teachcauh*, encargada de dirigir administrativa, jurídica y religiosamente al *calpulli*. De esta forma también existían otros puestos de menor rango, entre los cuales destacan: el *tecuhtli*, representado por un jefe militar; los *tequitlatos*, responsables de dirigir el trabajo comunal; los *calpizques*, que eran los recaudadores del tributo; los *topiles*, encargados de la vigilancia policíaca; y los *tlacuilos*, que eran los voceros o relatores de los hechos que sucedían en el *calpulli*.

Cabe mencionar que el nombramiento de tales funcionarios era por tiempo ilimitado, mientras éstos cumplieran adecuadamente sus funciones, pero en cuanto fallaran o descuidaran sus tareas, de inmediato procedían a sustituirlos.

En cada barrio o *calpulli* existía un tribunal o casa de justicia, donde se atendían los problemas legales y donde se seguían determinadas reglas para juzgar a una persona. Por otra parte, en materia represiva, los aztecas se destacaron por dividir a los delitos tomando en cuenta el bien jurídicamente tutelado, esto es, “consideraron como núcleo en la agrupación de los delitos aquellos que resaltaran alguna característica similar o semejante”.⁵

Los delitos se clasificaban de la manera siguiente:

⁴ *Ibidem*, pág 13.

⁵ *Ídem*.

- Contra la seguridad del imperio.
- Contra la moral pública.
- Contra el orden de las familias.
- Cometidos por funcionarios.
- Cometidos en estado de guerra.
- Contra la libertad y seguridad de las personas.
- Usurpación de funciones.
- Uso indebido de insignias.
- Contra la vida e integridad corporal de las personas.
- Sexuales.
- Contra las personas en su patrimonio.

Los aztecas aplicaban como penas principales el destierro, los azotes, la pena de muerte y la cárcel, aunque ésta era un poco menos común. Al respecto comenta **Fernando Castellanos**:

Las penas podían ser destierro, penas infamantes, pérdida de la nobleza, suspensión y destitución de empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, corporales, pecuniarias y la de muerte, que se prodigaba demasiado. Esta última se aplicaba principalmente en las siguientes formas: incineración en vida, decapitación, estrangulación, descuartizamiento, empalamiento, lapidación, garrote y machacamiento de la cabeza.⁶

En relación con las transacciones mercantiles, los aztecas tenían dos formas para realizar el comercio: la primera era en gran escala a larga distancia y se decía que el comercio era más rico, y la segunda la constituía el pequeño comercio de los vendedores en pequeña escala, el cual se efectuaba en los mercados.

El Estado intervenía en la fijación de precios y en todo lo relacionado con el comercio exterior. Además, ha quedado demostrado que los aztecas conocían la distinción entre delitos dolosos y delitos culposos, así como las situaciones atenuantes (embriaguez completa) y agravantes de la pena. También tuvieron conocimiento de las excluyentes de responsabilidad (por estado de necesidad, como robar por hambre), la excusa absolutoria (robar cuando el delincuente era menor de edad), la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía.

⁶ **Fernando Castellanos Tena**, *Lineamientos de derecho penal*, 40a ed, Editorial Porrúa, México, 1999, pág 43.

5.1.2 Mayas

La cultura de los mayas floreció fundamentalmente en la península de Yucatán y se extendió por el estado de Chiapas y en gran parte de América Central. Asimismo, los mayas se organizaron en una confederación llamada Nuevo Imperio Maya, formada por las tribus asentadas en Uxmal, Chichén Itzá y Mayapán.

El pueblo maya era realmente religioso y contaba con dos gobernantes: uno de carácter político, llamado **Canek**, y el otro de carácter religioso, denominado **Kinkanek**, quienes para tomar las decisiones trascendentales debían consultar a un consejo, el cual se conformaba con los príncipes de cada tribu o grupo étnico.

En su escala de valores o principios de comportamiento, los mayas se basaban en prepararse para servir a la comunidad, a la familia y a sí mismos después de haber complacido a aquella y a ésta.

El pueblo maya tuvo una adecuada administración de justicia que se ejercía generalmente por medio del jefe religioso y de sus ayudantes. Por otro lado, en el ámbito penal fueron bastante rígidos con los delincuentes. Entre los delitos que castigaban con mayor rudeza se encuentran el homicidio, la violación, la traición a la patria (en la cual se aplicaba la pena de muerte) y el robo, que se perdonaba al cometerse por primera vez, pero si se cometía de nuevo, se marcaba la cara o se reducía a la esclavitud, por lo cual se dice que “operaba una especie de excusa absoluta”.⁷

5.1.3 Purépechas

Este pueblo era distinto en costumbres, lenguaje y en rasgos culturales respecto a otros pueblos que también habitaron Mesoamérica; además, no perdieron su inclinación religiosa pero fueron profundamente moralistas, por lo cual se identificaron más con el derecho.

Los purépechas habitaron esencialmente lo que en la actualidad son los estados de Michoacán, Colima y parte de Jalisco, Guerrero, Querétaro y México. A su vez, se encontraban gobernados por un jefe militar denominado **Calzontzi**, quien tenía fundamentalmente la responsabilidad de proteger su territorio y acrecentarlo por medio de guerras.

⁷ Eduardo López Betancourt, ob cit, pág 14.

Los purépechas mantenían en sus fronteras guarniciones militares, que se encontraban bien equipadas para evitar invasiones o la simple presencia de extraños.

Calzontzi también designaba funcionarios que le ayudaban a mantener la paz social, entre los que destacaban los encargados de actividades productivas, quienes gozaban de gran estima en su comunidad. También existían cuerpos colegiados que opinaban sobre los diversos problemas gubernamentales de los purépechas, principalmente los relacionados con las artesanías, como la pintura y la alfarería, entre otras.

Tomando en cuenta el sentido moralista de los purépechas, su comportamiento se reflejaba en la conservación de un derecho en general más rígido que el de los otros pueblos. Tal es el caso del derecho penal, en el que los purépechas llegaron a la extrema crueldad en materia de sanciones.

Entre los delitos que dicho pueblo perseguía con mayor dureza se encontraban el homicidio, la traición a la patria y el adulterio cometido con una de las esposas de **Calzontzi**, en cuyo caso se aplicaba la pena de muerte y se les enterraba vivos hasta la cabeza para posteriormente ser devorados por aves de rapiña; por otra parte, si eran faltas no muy graves, se les imponían otras penas infamantes no menos crueles, como abrirles la boca hasta las orejas. En general, podemos decir que la comisión de delitos en la comunidad purépecha era bastante reducida.

Por otro lado, antes de la Conquista española, el territorio que posteriormente integró Nueva España estuvo habitado por numerosos grupos indígenas, algunos de los cuales llegaron a tener un alto grado de civilización, entre los que destacan Acolhuacán, Texcoco, México, Tacuba y Maya.

Algunos de los hechos delictivos que se presentaban en Alcolhuacán, México y Tacuba, por mencionar algunos, eran:

- *Aborto*: el cual se castigaba con la pena de muerte para la mujer que ingiriera “brebajes abortivos”⁸ y de igual manera a quienes lo propiciaran.
- *Abuso de confianza*: se aplicaba la pena de esclavitud para quien resultara autor del abuso.
- *Adulterio flagrante*: había pena de muerte para ambos adúlteros, excepto el adulterio realizado por el hombre casado con una mujer soltera, el cual era excluido de pena.

⁸ **Francisco Pavón Vasconcelos**, ob cit, pág 74.

- *Asalto*: se aplicaba la pena de muerte para los salteadores de caminos.
- *Calumnia grave cometida en público*: había pena de muerte.
- *Daño en propiedad ajena originando la muerte de un esclavo*: se castigaba con pena de esclavitud para el culpable, en compensación para el dueño de la víctima.
- *Encubrimiento por venta de mercancía robada y falsificación de medidas*: se aplicaba la pena de muerte.
- *Incesto*: se castigaba con pena de muerte cuando era cometido entre parientes dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, salvo cuñados y cuñadas.
- *Robo de objetos de escaso valor*: se castigaba con restitución de lo robado y esclavitud para el responsable a favor del dueño.
- *Pederastia*: había pena de muerte para el agente y el paciente, extendiéndose la pena para el hombre que vestía ropas femeninas y para la mujer con ropa de hombre.

De esta manera, existían muchos más actos delictivos, en los cuales “la sanción dependía del acto que se cometiera, ya que a cada uno le correspondía una pena, salvo casos de excepción donde la pena era la misma”.⁹

Penas similares consignaron las ordenanzas de **Nezahualcóyotl**, reproducidas por el historiador **Alva Ixtlilxóchitl**, donde destacan las previstas para el adulterio cometido por la mujer y presenciado por el marido, el cual era sancionado con pena de muerte para ella y para el adúltero lapidación en el tianguis; el homicidio, que merecía pena de muerte; y el adulterio del hombre con una mujer casada sorprendidos *in fraganti* por el marido ofendido, que se sancionaba con pena de muerte por lapidación; además, si llegaba a comprobarse el adulterio por sospechas del marido, se imponía pena de muerte por ahorcamiento para los adúlteros, cuyos cuerpos eran posteriormente arrastrados hasta un templo fuera de la ciudad, aunque el marido no acusara a los culpables.

Por otra parte, en las leyes tlaxcaltecas se aplicaba la pena de muerte al que faltase al respeto a sus padres, al causante de daño grave al pueblo, al traidor del rey o del Estado, al que en guerra usare las insignias reales, a quienes destruyeran los límites puestos en el campo, a los jueces que sentenciaran injustamente o contra la ley o que dieran relación

⁹ **Raúl Carrancá y Trujillo**, *Derecho penal mexicano*, parte general, 21a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 112.

falsa de un negocio al rey, al que en guerra rompiera las hostilidades sin orden para ello, desobedeciera o abandonara la bandera, al que matara a la mujer por sorprenderla en adulterio, a los adúlteros, a los incestuosos en primer grado, al ladrón de joyas de otro y a los que dilapidaran la herencia de los padres, entre otros.

“La pena de muerte se ejecutaba por ahorcamiento, lapidación, decapitación y descuartizamiento; asimismo, se imponía la pena consistente en la pérdida de la libertad (esclavitud).”¹⁰

Las costumbres aborígenes de los mexicanos sólo interesan históricamente y desde el punto de vista criminológico, sin que tengan validez en la formación de los actuales sistemas, a pesar de la orden de **Carlos V** para que se conservaran y observaran las buenas leyes de los indios y sólo de forma supletoria se aplicaran las de Castilla.

En las noticias que se tienen acerca de la época precortesiana se advierte una preocupación por el adulterio y otros hechos delictivos, con datos contradictorios sobre la manera de castigarlo, aunque de acuerdo con las bases religiosas y políticas de aquellos pueblos; además, para su tiempo y el aislamiento en que se hallaban, tenían un penetrante sentido jurídico.

Los purépechas distinguían entre la intención y la imprudencia y sancionaban la embriaguez con la pena de muerte si se trataba de gente noble, y con esclavitud si se trataba de plebeyos. Esto puede interpretarse como “una juiciosa exigencia de mayor responsabilidad para los nobles, por constituir una clase superior, dirigente, más preparada y comprometida, o bien se mostraba una simple preocupación de no someterles a esclavitud”.¹¹

Por otra parte, es necesario mencionar que, en relación con lo anterior y quizá como un resultado en Centroamérica, los conquistadores encontraron como derechos vivos sobre todo el derecho azteca, el maya, el tarasco y el chichimeca, ya que para lo demás dependemos de la arqueología, apoyada al respecto en diversas disciplinas auxiliares de uso peligroso, como la etimología y el derecho primitivo comparado.

El derecho azteca muestra una cruel teocracia militar: destaca la hegemonía de México en una triple alianza con Texcoco y Tacuba, que había sujetado gran parte del territorio mediante lazos de índole feudal y tributaria.

¹⁰ **Francisco Pavón Vasconcelos**, ob cit, pág 76.

¹¹ **Ignacio Villalobos**, *Derecho penal mexicano*, 5a ed, Editorial Porrúa, México, 1990, pág 112.

Para elegir al rey azteca o Tlatoqui, solía recurrirse a un sistema de electores nobles; así, al lado del rey estaba la clase de los nobles, con dignidades no hereditarias.

Los castigos con que contaba el derecho penal eran la muerte, determinadas torturas, la esclavitud y la destrucción de ciertas propiedades. Es curioso que el derecho de venganza de familia a familia, que muchas veces se encontró en los sistemas primitivos, había cedido aquí su lugar ante una responsabilidad del culpable ante el Estado. Al respecto cabe afirmar: “en última instancia, la justicia dependía del rey y hubo un sistema de recursos para llegar a él”.¹²

Por lo anterior es oportuno decir que entre muchas de las cosas que pueden afirmarse sobre el derecho penal prehispánico es atinado mencionar lo siguiente:

Todo lo que puede afirmarse es que los pueblos precortesianos seguramente contaron con un sistema de leyes para la represión de los delitos, que la pena fue cruel y desigual y que en las organizaciones más avanzadas es seguro que las clases teocrática y militar aprovecharan la intimidación para consolidar su predominio.¹³

Y se agrega: “el derecho penal mexicano es testimonio de severidad moral, de concepción dura de la vida y de notable cohesión política”.¹⁴

5.2 Época colonial

La época de la colonización en México abarca tres siglos (entre 1521 hasta 1821 aproximadamente), tiempo en el cual los conquistadores del Viejo Continente tomaron posesión del territorio recién descubierto y lo nombraron Nueva España.

Con la llegada de los españoles se trató de desaparecer todo vestigio artístico y cultural de los grupos étnicos; prueba de ello fue la construcción de iglesias, templos y demás instituciones católicas sobre las manifestaciones arquitectónicas de los antiguos pueblos mexicanos, entre los

¹² **Guillermo F. Margadant**, *Panorama de la historia universal del derecho*, 7a ed, Editorial Porrúa, México, 2000, pág 359.

¹³ **Raúl Carrancá y Trujillo**, ob cit, pág 116.

¹⁴ **Oscar Cruz Barney**, *Historia del derecho en México*, 1a ed, Oxford University Press, México, 1999, pág 25.

que se encontraban pirámides y templos construidos para adorar a sus respectivas deidades.

De igual forma, el derecho precortesiano se derrumbó, pues los conquistadores no permitían que las formas jurídicas establecidas siguieran imponiéndose sobre el derecho que ellos consideraban válido, por ser el que regía en España; de esta manera, los conquistadores llevaron consigo sus leyes y las implantaron como oficiales en el territorio recién conquistado.

La época colonial fue representativa del cambio de las instituciones jurídicas españolas en el continente americano. Por otra parte, es importante hacer un análisis cronológico de la situación legislativa en España durante la época previa a la Conquista, para conocer cómo surgieron las leyes que se aplicaron en el territorio novohispano.

Cuello Calón dice al respecto:

Al advenimiento de **Alfonso X**, encontró éste que su ya extenso reino era presa de la mayor anarquía legislativa. Los fueros regían en la mayor parte de las ciudades y villas, y las *fazañas* o sentencias pronunciadas por los jueces o señores también constituían una fuente legal de importancia. Con el objeto de remediar tal desorden trató de unificar la legislación, dando a sus reinos un código único; así nació el Fuero Real (1255), que se concedió como fuero municipal a varias localidades. Sin embargo, al llevarse a la práctica comenzaron a notarse sus defectos, que se subsanaron con las llamadas *Leyes del Estilo*. Este código es ya un verdadero código real emanado de la monarquía, pero aún contiene profundas influencias germánicas.¹⁵

En el Fuero Real, añade **Cuello Calón**, se establece que:

La pena es pública y se impone por el poder social; sin embargo, en algún caso reconoce el derecho de venganza a los ofendidos por el delito, pero esta venganza no puede tomarse hasta que sea declarada la enemistad, pues, en caso contrario, el vengador homicida debe pagar una cantidad y quedar por enemigo de los parientes del muerto.¹⁶

El Fuero Real presenta severas características en cuanto al tratamiento y aplicación de las penas; por ello, busca castigar a toda costa al infractor, así sea mínimo con una multa que funge como indemnización, cuando se infringe la ley involuntariamente. La pena era de acuerdo con el grado del daño ocasionado.

¹⁵ **Eugenio Cuello Calón**, *Derecho penal*, 18a ed, t 1, Editorial Bosch, Barcelona, 1980, pág 135.

¹⁶ *Ibidem*, pág 136.

A partir del Fuero Real surgieron diversos códigos y ordenamientos legales cuya finalidad residía en la profundización y en una mejor aplicación de las leyes de carácter penal en cuanto al ámbito material y espacial.

Entre otros escritos en materia punitiva de gran importancia tenemos las partidas, “que comenzaron a redactarse en 1256, inmediatamente después de finalizado el Fuero Real, y terminadas en 1263. Se trata realmente de un código inspirado en el derecho romano y en el canónico, que se ocupa de la materia penal en la Partida VII”.¹⁷

Las partidas constan de 24 títulos, que tratan de infamias, falsedades, violencia, homicidio, sodomía, herejía, blasfemia y suicidio, entre otros.

Las reglas de punición de la Partida VII son descritas por **Damianovich** como sigue:

Define al delito como “malo fechos que se facen a placer de la una parte e daño o a deshonra de la otra”, dividiéndolo en delitos de “fecho”, de palabra, de escritura y por consejo. Reconoce la legítima defensa y el estado de necesidad; se determina la inimputabilidad de los locos, desmemoriados y menores de 10 años y medio para casi todos los delitos, salvo los de lujuria, en que el límite se lleva a 14 años. Se asigna a los penados fines expresos: uno de prevención especial y el otro de prevención genérica; reconoce y acepta la pena de muerte, la mutilación, los trabajos forzados, la deportación, la pérdida de derechos y la exposición en picotas, aplicándose la pena de prisión solamente a los siervos.¹⁸

Posterior a las partidas surgió otro trabajo jurídico de gran relevancia: el *Ordenamiento de Alcalá*, redactado en 1348, en las cortes celebradas en dicha localidad. “Entre las disposiciones más importantes se hallan las que se refieren a los jueces prevaricadores, a los alguaciles que no cumplen con sus obligaciones, a los guardadores de presos que faciliten su fuga, así como las disposiciones relativas a los adúlteros.”¹⁹

Sin embargo, el *Ordenamiento de Alcalá* no presenta una organización formal en cuanto a la enumeración, pero las disposiciones penales se ubican en todo el ordenamiento. Este código, dice **Cuello Calón**, “ocúpase de los homicidios, de los préstamos usurarios, de la destrucción y captura de los castillos y casas fuertes, de las asonadas y de las traiciones, cuya enumeración toma de las partidas”.²⁰

¹⁷ **Laura Damianovich T. A.**, *Derecho penal*, 1a ed, t 1, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1972, pág 59.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ **Eugenio Cuello Calón**, *ob cit*, pág 140.

²⁰ *Ibidem*, pág 141.

En 1483, el jurisconsulto **Alfonso Díaz de Montalvo** se dio a la tarea de iniciar una codificación sistematizada, para lo cual creó las *Ordenanzas Reales de Castilla* (llamadas también *Ordenamiento de Montalvo*), un gran código que contiene 1 163 disposiciones. Básicamente, es una recopilación de las disposiciones anteriores (sobre todo del Fuero Real, el *Ordenamiento de Alcalá* y las Partidas).

Dicho documento incluye en sus lineamientos a los extranjeros; además, señala ciertos aspectos de orden civil a la par de los de orden penal: “las leyes penales que se hallan en el libro VIII se refieren a los judíos y los moros, prohíbe a sus mujeres, bajo severas penas, criar hijos de cristianos, obligándoles a habitar en barrios separados; se ocupan también de los falsarios, de las traiciones y alevos, de los homicidios, de los vagabundos y holgazanes, de los adulterios y estupro, de los robos y del encubrimiento de los malhechores”.²¹

En 1505, la reina **Isabel** ordenó revisar la legislación, lo cual dio origen a las *Leyes de Toro*, que revisten poca importancia para el derecho punitivo y sólo contienen disposiciones referentes al adulterio y a la falsedad de testigos.

En 1507 se creó la *Constitutio Criminales Bambergensis*, obra de **Juan Schwarzenberg**, dictada para el obispado de Bamberg y que puede considerarse la primera expresión legislativa real que recibió el derecho romano. De dicha ordenanza nació la *Constitutio Criminales Carolina*, conocida como “la Carolina”, publicada por **Carlos V** en 1532. El documento consta de 219 artículos y se divide en tres grandes partes: derecho penal sustantivo, derecho penal procesal y organización de los tribunales.

Esa especie de Constitución considera que la interpretación de las leyes puede darse por el principio de analogía, con la condición de que se realice en forma de consulta, es decir, los jueces y legisladores deben consultar a los juristas acerca de su aplicación. Además, “acepta las formas de culpabilidad conocidas hoy, esto es, dolo y culpa, y legisla la tentativa y la participación, caso en que la pena es determinada por ‘opinión de los juristas’. No legisla el concurso de delitos”.²²

Junto con esas disposiciones netamente europeas, los colonizadores crearon otros ordenamientos destinados a Nueva España. Al respecto, **Ignacio Villalobos** reseña lo siguiente:

²¹ *Ibidem*, pág 142.

²² **Laura Damianovich T. A.**, *ob cit*, pág 60.

En 1596 se formó la primera recopilación de las *Leyes de Indias*, que para el siglo XVII contaba ya con nueve libros. El propósito era que los españoles se rigieran por sus propias leyes; los indios, por disposiciones proteccionistas que se juzgaban adecuadas; y los mestizos y negros, enviados estos últimos en gran cantidad por la Casa de Contratación de Sevilla, por enérgicas disposiciones encaminadas a prevenir frecuentes motines.²³

Cuello Calón señala a su vez:

Producto del anhelo, cada vez más fuerte en Castilla, de poseer una legislación clara y resumida, **Felipe II** encargó a tres juristas la formación de un código, claro y abreviado; resultado de esta labor fue la *Nueva recopilación* (1567), la que, como su nombre lo indica, no fue más que una compilación del derecho anterior. El derecho penal hállase en su libro VIII, mas carece de interés, pues la mayor parte de sus disposiciones provienen de cuerpos legales anteriores.

La *Nueva recopilación* constituyó un nuevo fracaso legislativo, por lo cual se intentaron nuevos ensayos de codificación, como el propuesto por el marqués de la Ensenada a **Fernando VI**.²⁴

La finalidad de ese nuevo proyecto era integrar un código mucho más completo y filosófico que la anterior recopilación.

Previo a 1680 se crearon también los ordenamientos siguientes, de poca relevancia:

- La ley de **San Juan de Ovando**.
- El cedulario de **Puga** (1525-1563).
- Las ordenanzas reales de las Indias del mar (1570).
- La recopilación de **Encinas** (1596).
- La gobernación espiritual y temporal de las Indias.
- El libro de cédulas y provisiones del rey (1541-1621).
- Los nuevos libros de **Diego de Zorrilla** (1605).
- Los sumarios de **Rodrigo de Aguilar** (1628).
- La recopilación de cédulas (1589-1632).
- El proyecto de **Solórzano** (1618-1621).
- El proyecto de **León Pinelo** (1636).
- Los trabajos conjuntos de ambos (1654).
- El proyecto de **Jiménez Payagua** (1665).

²³ **Ignacio Villalobos**, ob cit, pág 113.

²⁴ **Eugenio Cuello Calón**, ob cit, págs 142 y 143.

- Los sumarios de cédulas, órdenes y provisiones reales de **Montemayor** (1628-1667).

La recopilación de Leyes de Indias de 1681 incorporó la orden expedida por **Carlos V** el 6 de agosto de 1555, mediante la cual las leyes de los indios que no pugnaran con las disposiciones españolas mantenían su vigencia. Así, las Leyes de Indias fueron las fuentes más destacadas de la legislación colonial, con las cuales se originó el derecho indiano.²⁵

La recopilación de las leyes de las reinas de las Indias de 1680 conformó la parte medular de las leyes de la Colonia, completada con los actos acordados, hasta **Carlos III** (1759). Con este soberano se inició la legislación especial más sistemática, que originó las ordenanzas de intendentes y las de minería.

El propósito de las leyes de Indias era que los españoles se gobernarán bajo sus propias leyes y, de forma secundaria, éstas también fueran aplicadas a la población indígena.

La recopilación consta de nueve libros, divididos en títulos constituidos por varias leyes en cada uno, a saber:

- a) El I, con 29 leyes, se titula “De los pesquisidores y jueces de comisión”. Los primeros estaban encargados de lo que hoy llamaríamos función investigadora del Ministerio Público, hasta la aprehensión del presunto responsable; a su vez, los jueces de comisión eran designados por audiencias gobernadoras, para casos extraordinarios y urgentes.
- b) El II, con ocho leyes, denominado “De los juegos y jugadores”.
- c) El III, con nueve leyes, llamado “De los casados y desposados en España e Indias, que están ausentes de sus mujeres y esposas”, materia sólo incidentalmente penal, ya que podía sujetarse a prisión a quienes habían de ser devueltos a la metrópoli en cuanto se les embarcaba para reunirse con sus cónyuges.
- d) El IV, con cinco leyes, titulado “De los vagabundos y gitanos” y que disponía la expulsión de éstos de la tierra.
- e) El V, con 29 leyes, que tenía como denominación “De los mulatos, negros berberiscos e hijos de indios”. Y que contenía un cruel sistema intimidatorio para castas: tributos al rey, prohibición para

²⁵ **Eduardo López Betancourt**, *Introducción al derecho penal*, 9a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 28.

portar armas y caminar por las calles de noche, obligación de vivir con un amo conocido, penas de trabajos en minas y azotes, todo ello por procedimientos sumarios, “excusando tiempo y proceso”, pero en ningún caso la castración para los negros cimarrones.

- f) El VI, con 24 leyes, denominado “De las cárceles y carceleros”, y el VII, con 17 leyes, llamado “De las visitas de cárcel”, que establecía reglas que eran un atisbo de reglas penitenciarias.
- g) Por último, el VIII, con 28 leyes, llamado “De los delitos y penas y su aplicación”, que señalaba penas de trabajos personales para los indios, por excusarles de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones y ministerios, siempre que el delito fuera grave.²⁶

La misma legislación contenía aportaciones dignas de especial mención; por ejemplo, se permitía el sistema de composición, aunque excepcionalmente, y cuando no era necesario satisfacer la causa pública, por la gravedad del delito o por otros fines.

En las Leyes de Indias se indicaba que “todo aquello que no estuviera estipulado por éstas o por las cédulas, de provisiones u ordenanzas se conservará de acuerdo con las del Toro en lo que a resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos se refiera”.²⁷

Asimismo, durante la época se declaró derecho vigente el derecho principal (indiano) y el accesorio (derecho de Castilla), el primero de los cuales abarcaba tanto las leyes *stricto sensu* como las regulaciones positivas, cualquiera que fuera la autoridad de la que emanaran, pues algunas autoridades coloniales (virreyes, audiencias y cabildos) tenían determinada autonomía que les permitía dictar disposiciones obligatorias.

Complementariamente a las Leyes de Indias se formó la *Novísima recopilación*, dictada en 1805, la cual no llegó a aplicarse con plenitud en el país por causa de la guerra de Independencia. Sin embargo, algunos puntos de su contenido entraron en vigor fragmentariamente por los gobiernos patrios, como el bando del 14 de octubre de 1811, expedido por el triunvirato de Chiclana, Sarratea y Paso.

En la *Novísima recopilación* encontramos muchas disposiciones que contienen gran severidad respecto a los gitanos y a todas las personas

²⁶ Raúl Carrancá y Trujillo, *Derecho penal mexicano*, parte general, t 1, 5a ed, Antigua Librería Robledo, México, 1958, pág 117.

²⁷ *Ibidem*, pág 116.

que se consideraban vagos, a los cuales se les castigaba con azotes, mutilaciones, cadenas y hasta galeras.

Las instituciones encargadas de administrar justicia fueron la Inquisición, las ordenanzas de Minería y las de Gremios.

En referencia al Tribunal de la Santa Inquisición **López Betancourt** dice:

Se establecieron en Nueva España diversos tribunales eclesiásticos, entre los cuales sobresalió el que se conoce con el nombre de la Inquisición, establecido por cédula real de **Felipe II** en 1570 [...] Su método predilecto era el tormento para obtener así la confesión de herejes, lo que conducía a dictar generalmente sentencias de muerte.²⁸

Las ordenanzas de minería, atribuidas a **Joaquín Velásquez de León** (1783), contienen disposiciones penales especiales; así, se sanciona el robo de metales y se determina que estos casos serán juzgados por el tribunal y las diputaciones, siempre que se consideren pequeños; en caso contrario, se procederá a “la imposición de pena ordinaria, mutilación de miembro u otra cosa, *corporis afectiva*”.²⁹

Las ordenanzas de gremios de Nueva España (1524-1769) dictan sanciones para los infractores, como multa, azotes o impedimento para ejercer el oficio de que se trate. En este sentido, si la infracción era cometida por un español, se procedía sólo a pagar la multa; pero si se trataba de indios, la sanción era de azotes. El importe de las multas que pagaban los españoles se dividía entre el fisco, el denunciante, la caja municipal y el juez.

La existencia de numerosas ordenanzas, compilaciones y demás cuerpos de leyes, unas supuestamente para españoles y otras para indígenas, causaba una gran confusión, porque la mayoría de las veces no se sabía qué leyes aplicar, pues era difícil precisar cuál de todas convenía a un caso concreto. De hecho, en un principio las *leyes de las Indias* se aplicaban de acuerdo con costumbres y prácticas propias de las personas del lugar, con el propósito de que existiera mayor conformidad entre las leyes y las personas a las que regían.

Para resumir la situación jurídico-social que se vivía en Nueva España, **Villalobos** afirma:

²⁸ **Eduardo López Betancourt**, *Introducción...*, pág 29.

²⁹ **Raúl Carrancá y Trujillo**, *Derecho...*, pág 118.

...De un lado había la explotación y el aniquilamiento efectivos de la población indígena y del otro la lucha de defensa teórica, de intención y a muy larga distancia, iniciada por **Isabel la Católica** y apenas secundada de cerca por algunas audiencias o por el esfuerzo personal que tan venerada memoria dejó para hombres como Don **Sebastián Ramírez de Fuenleal**, Don **Vasco de Quiroga** o fray **Juan de Zumárraga**.³⁰

En todos los casos, el trato era más benéfico a los españoles que a los indígenas, los cuales siempre eran objeto del abuso y de las vejaciones más terribles por los primeros. Tomando esto en consideración, es importante recalcar que existía una marcada diferencia entre los españoles nacidos en territorio de Nueva España, es decir, los criollos y los peninsulares: los españoles que habían nacido en el Viejo Continente.

Si se comprenden las diferencias existentes en la época colonial entre las diversas castas, será fácil comprender por qué existían tantas injusticias, que posteriormente dieron lugar a una época más de la historia de México: la de independencia.

5.3 Época independiente

En 1821 se consumó la independencia de México, después de 11 años de lucha armada y graves problemas internos. Al surgir la nueva nación independiente, empezaron las tareas para crear las leyes del México independiente, después de tres largos siglos de dependencia al Imperio español.

La legalidad de la Independencia quedó escrita en el *Plan de Iguala*, que llamaba a la unidad entre mexicanos y españoles residentes en México, como base de concordia para las tareas de construcción política y económica, pues el país no tenía aún leyes propias y manera de regirse. Sin embargo, el Plan de Iguala no pudo conciliar los intereses contradictorios entre españoles europeos y españoles americanos (criollos).

Las discrepancias en los ámbitos políticos y económicos que existían entre ambos tipos de españoles se hicieron más intensas con la Independencia que, tal como se había creado, permitía la conservación de los privilegios de los peninsulares sin resolver las demandas sociales de los criollos.

Al principio de la Independencia rigieron todavía los preceptos jurídicos españoles (recopilación de Indias, Novísima recopilación, etc). Las

³⁰ Ignacio Villalobos, ob cit, pág 52.

primeras disposiciones formuladas por los gobiernos provisionales obedecieron a la necesidad de establecer la paz en el territorio nacional, mediante la organización de la policía, reglamentación del uso de armas y consumo de bebidas alcohólicas, así como combatir la vagancia, la mendicidad, el robo, el asalto, y la represión de la inseguridad en los caminos públicos, sancionando a salteadores y ladrones, en los bandos del 7 de abril de 1824.

Agustín de Iturbide, en enero de 1822, formó una comisión que elaboraría un código criminal, integrada por **Ignacio Espinoza**, **Antonio Gama**, **Andrés Quintana Roo** y **Carlos María Bustamante**.

Veracruz fue el primer estado en aprobar el proyecto de código penal, el 28 de abril de 1835, gracias a la intervención de **Bernardo Couto**, **Manuel Fernández Leal**, **Julián Tornel** y **Antonio María Solorio**.

Este código, según comenta el maestro **Porte Petit**, estaba dividido en tres partes:

1. Relativa a las penas y normas generales del delito, dividida en dos títulos, que comprendieron 38 secciones.
2. Relativa a los delitos contra la sociedad, dividida en ocho títulos y 49 secciones.
3. Relativa a los delitos contra los particulares, dividida en tres títulos y 15 secciones.³¹

Este código es muy similar al código penal español tanto en su sistematización y catálogo de penas, como por la confusión que genera respecto a las excluyentes de responsabilidad; a la vez, destaca la inclusión de ciertas medidas de seguridad.

El código de 1835 influyó trascendentalmente en la totalidad de la legislación penal mexicana posterior. A dicho código le sigue el *Código Corona* de 1869, denominado así por ser obra de **Fernando de Jesús Corona**, magistrado veracruzano que realizó los proyectos de ley para las materias penal, civil y de procedimientos.

Anteriormente, en 1861, se había integrado una comisión en la capital de la República con **Urbano Fonseca**, **José María Herrera**, **Ezequiel Montes**, **Manuel Zamacona** y **Antonio Martínez**. Esta comisión suspendió sus trabajos por causa de la intervención francesa y volvió a integrarse en 1868, formando el código penal de 1871, conocido como *Código*

³¹ **Celestino Porte Petit**, *Evolución legislativa penal en México*, 1a ed, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1965, págs 12 y 13.

Martínez de Castro. Este ordenamiento cuenta con 1 152 artículos, en cuatro libros, a saber:

- De los delitos, faltas, delincuentes y penas.
- De la responsabilidad civil en materia criminal.
- De los delitos en particular.
- De las faltas.

Acerca de este código, **Pavón Vasconcelos** dice:

El código de 1871 tomó fundamentalmente para la determinación de las penas la proporcionalidad cualitativa y cuantitativa entre las mismas y el daño causado por el delito, procurando la divisibilidad de las penas y estableciendo igual graduación de ellas respecto a los participantes del delito.

Acogió el sistema de clasificación de delitos graves y leves, señalando las penas a unos y otros, otorgando el juzgador un arbitrio limitado con un sistema de agravantes y atenuantes.³²

Durante el imperio de **Maximiliano** adquirió vigencia el código penal francés. A su vez, en 1903, durante el porfiriato, se integró una comisión para renovar el código de 1871, formada por **Miguel Macedo**, **Manuel Olivera** y **Victoriano Pimentel** y posteriormente por **Jesús Aguilar**. La comisión concluyó sus trabajos mediante el proyecto de reformas en junio de 1912, sin que éste llegara a entrar en vigor.

Hasta 1925 se formó una nueva comisión con **José Almaraz**, **Ignacio Ramírez Arriaga**, **Antonio Ramos**, **Enrique Gudiño** y **Manuel Ramos Estrada**, la cual elaboró un proyecto que el 9 de febrero de 1929, por decreto del presidente **Emilio Portes Gil**, entró en vigor. Este ordenamiento, conocido como *Código Almaraz*, constaba de 1 128 artículos, sin contar los transitorios, agrupados en tres libros, precedidos de un título preliminar.

Dicho código lo integraban tres partes:

- Principios generales, reglas sobre responsabilidades y sanciones.
- De la reparación del daño.
- De los tipos legales de los delitos.³³

Este código mostraba una clara inclinación hacia la doctrina positivista, por lo cual fue sumamente criticado e incluso algunos juristas señalaron que constituía un grave atraso en comparación con el de 1871.

³² **Francisco Pavón Vasconcelos**, ob cit, pág 91.

³³ *Ibidem*, pág 101.

Ante el notorio fracaso del código de 1929, se integró una nueva comisión con la participación de **José Ángel Ceniceros**, **José López Lira**, **José Teja Zabre**, **Luis Garrido** y **Ernesto Garza**, proyecto que entró en vigor por decreto del presidente **Pascual Ortiz Rubio** el 13 de agosto de 1931.

Hasta la fecha, ese código ha recibido un sinnúmero de reformas, adiciones y derogaciones imposibles de enumerar; a tal grado que muchos consideran que sólo conserva el nombre original, pero su contenido es totalmente diverso. Asimismo, puede considerarse de tendencia ecléctica, redujo considerablemente el casuismo de los anteriores ordenamientos por contener en su origen sólo 400 artículos y recogió algunas instituciones importantes de corte positivista (como la reincidencia y la habitualidad), así como el criterio de la peligrosidad para individualizar la pena.

5.4 Época contemporánea

Podemos apreciar las transformaciones que ha sufrido la sociedad mexicana, analizando las reformas que ha habido en el derecho penal mexicano.

En 50 años, México pasó de ser un país con una importante clase media, que estaba en la industrialización y se incorporaba a las nuevas corrientes intelectuales y artísticas, a ser el menos pobre de las naciones latinoamericanas. En la década de 1950, los delitos de disolución social eran la novedad; sin embargo, hoy día, en los primeros años del tercer milenio, la sociedad mexicana requiere que sean regulados los delitos electrónicos y el incremento de las penas.

La opinión pública respecto a la pena ha cambiado: de ser francamente optimista, con ideas nuevas y de una naturaleza readaptativa —como la comunidad en las islas Mariás— se ha tornado en una sociedad que pide venganza, incluso con la sangre de los delincuentes.

Las ideas de la pena de muerte resuenan más que nunca en las voces de la sociedad, mientras que la justicia de propia mano va terriblemente en aumento. De este modo, si bien México es un país que carece de unidad de criterios en cuanto al derecho penal (existen 33 códigos penales y de procedimientos penales), poco a poco se vislumbra una nueva idea sobre el camino de éste. Lamentablemente, entre la opinión de los académicos y la de los legisladores hay una separación abismal.

En los últimos años se ha incrementado la demanda de “aumentar las penas”, como un medio demagógico que alivie la impotencia del pueblo mexicano ante una creciente criminalidad. Al respecto, es una pena que la “unificación del derecho penal se encamine por mezquinos intereses materialistas”³⁴ y no por una meditada reestructuración de las instituciones del derecho punitivo mexicano.

Nada ha estado seguro de la influencia de los medios de comunicación masiva; con la llegada del internet a la sociedad mexicana, las últimas barreras de la comunicación se rompen para dejar al descubierto una serie de ideas y opiniones acerca de los delitos y las penas. En este sentido, el amarillismo se apodera de los medios, en tanto que los delitos son una fuente de dinero para los grandes empresarios de la comunicación, que hacen suya cualquier historia con trasfondo penal que pueda reeditarles mayor *rating*.

La corrupción, en los últimos 50 años, pasó de ser un fenómeno social a una característica elemental del sistema jurídico nacional, a causa de la creciente burocracia, el deterioro de los niveles de vida y la desaparición de la clase media.

El crecimiento de la corrupción ha impactado gravemente al derecho penal; así, 50 años atrás nadie se atrevería a decir que el derecho penal mexicano era perfecto y libre de toda contaminación, pero hoy día es imposible ignorar sus deficiencias tanto de hecho como de derecho. El derecho penal está muy lejos de aplicarse adecuadamente, las reformas que se realizan dejan mucho que desear y “las leyes no tienen el impacto normativo ni de aplicación que la sociedad quisiera”.³⁵

Una característica importante en el derecho penal contemporáneo mexicano es la creación de nuevos tipos; cronológicamente, identificamos en primer lugar los delitos de disolución social, referidos a las personas que tengan actitudes consideradas nocivas para la sociedad, como la vagancia. El carácter político de estos delitos era innegable e incluso se usaba como razón de su existencia. Afortunadamente, estos tipos penales se excluyeron del código penal de 1931.

Los siguientes delitos que cobraron importancia fueron los relacionados con el narcotráfico, que a partir de la década de 1960 se incrementaron de modo preocupante.

³⁴ Raúl Carrancá y Rivas, *El drama penal*, Editorial Porrúa, México, 1982, pág 48.

³⁵ Antonio de P. Moreno, *Curso de derecho penal mexicano*, 1a ed, Editorial Porrúa, México, 1962, pág 89.

Se han hecho tantas reformas acerca de la materia que sería prolijo enumerarlas. Casi de manera simultánea con el narcotráfico se expandió la figura de la corrupción millonaria, la cual pasó de ser un problema del derecho administrativo al derecho penal de una manera tan rápida y natural que los mexicanos, más que ignorarlo, lo vieron con suma naturalidad.

En la década de 1980 hubo un despertar de la conciencia social ante la degradación del ambiente, a lo que los legisladores mexicanos respondieron con una serie de leyes que tipifican las conductas que dañan el ecosistema, que contaminan la atmósfera y que ponen en peligro las especies en extinción. Se promulgan nuevas leyes, con lo cual se crean nuevos tipos penales enfocados a proteger el ambiente.

Por último, se ubican a los delitos electrónicos, ilícitos que pueden realizarse con las computadoras, anteriormente inimaginables y que son, en el más amplio sentido, los tipos de creación más reciente.

Asimismo, no debemos olvidar los relativos a la violencia intrafamiliar, los cambios que ha tenido el delito de violación y otras reformas de corte social o francamente populista, como la tipificación del llamado *se-cestro exprés*.

Poco a poco han evolucionado los tipos y se ha depurado la legislación en algunos aspectos, por ejemplo: se retiró la frase “relaciones sexuales” del delito de incesto y se reemplazó por la palabra *coito*. Además, se otorgó el beneficio de excluir de la pena a aquel que accidentalmente privara de la vida a su familia, por considerar que ya es bastante castigo haberlos matado. A su vez, se dejó fuera de la ley el derecho de corrección que se daba a los padres para “educar” a sus hijos, y se cambió por un tipo en el cual el Ministerio público o cualquier persona podría denunciar el maltrato que sufriera un menor.

Gradualmente, pareciera que el derecho penal mexicano se ha hecho más científico. Sin embargo, el derecho penal de hoy está totalmente disperso; se trata no sólo de los mencionados 33 códigos penales estatales, sino también del sinnúmero de leyes especiales que penalizan diversas conductas. La ley de armas de fuego, la ley de delincuencia organizada, la ley de monumentos y la ley de responsabilidad de servidores públicos son ejemplos de los múltiples ordenamientos que plantean conductas ilícitas.

Cabe mencionar una interesante modificación hecha a la Constitución Política, art 20 ap B: quitó al Ministerio público el monopolio de la acción penal, es decir, perdió la exclusividad de presentar una denuncia penal ante el juez.

Otra rama que en el derecho penal ha tomado mucha importancia en los últimos años es la figura del juicio político, una muy fina frontera entre el derecho penal y el derecho administrativo. Los últimos casos sobre el juicio de procedencia han llamado la atención ante esta figura. Aunque tiene un fin penal, puede considerarse un mero procedimiento administrativo, pues en ningún momento “la pérdida del fuero es una de las penas o medidas de seguridad que enumera el código penal”.³⁶

Desde luego, el problema de las drogas tiene importante dimensión transnacional, y en 1967 México se adhirió a la convención del 30 de marzo de 1961 de esta materia. La colaboración al respecto con Washington ha tenido sus altas y bajas, con reproches recíprocos. En este sentido, graves problemas aquejan a México: el transporte a través de su territorio de las drogas producidas en países como Bolivia, Perú y Colombia; la existencia de laboratorios; el cultivo de marihuana y opio, y el lavado de dinero de los narcotraficantes. Asimismo, cobraron auge los delitos relacionados con la aeropiratería; México se adhirió a varias convenciones internacionales, como la de Tokio de 1968 y 1969, la de La Haya de 1970 y 1972 y la de Montreal en 1974.

A causa de la necesidad de contar con una burocracia limpia para dar eficacia a la planeación económica y debido al enorme crecimiento del sector público, la lucha contra la corrupción ha ocupado con frecuencia el centro de la atención nacional, aunque las promesas retóricas no siempre han dado lugar a medidas eficaces.

La Constitución de 1917 había introducido al respecto el requisito de una autorización especial de la Cámara de Diputados para hacer una acusación penal de ciertos funcionarios de alto nivel, y para todos, altos y bajos, la intervención del jurado popular. Por ello, se tuvo que esperar hasta el último año del cardenismo, para ver publicadas las normas reglamentarias respectivas, complementadas al inicio del régimen de **Ruiz Cortines** mediante el principio de la investigación del enriquecimiento inexplicable.

En la segunda mitad del régimen de **López Portillo** (1980) se publicó una segunda ley sobre este tema, pero la gran innovación fue al inicio del régimen de **Miguel de la Madrid**. Paralelamente se intentó humanizar el sistema penitenciario mexicano, como se nota con la reforma constitucional publicada el 23 de febrero de 1965 (prisión preventiva) y la modificación del código procesal penal federal que incluye la libertad

³⁶ **Mariano Jiménez Huerta**, *Derecho Penal Mexicano*, 1a ed, Editorial Porrúa, México, 1985, pág 93.

provisional bajo protesta. Las reformas acerca de la readaptación de los internos pormenorizadas son las más importantes y ocurrieron en 1971; a su vez, las medidas sobre la readaptación de los menores fueron tomadas por los estados a partir de 1974, entre las cuales cabe mencionar la importante nueva *Ley orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal*, que se publicó en el *Diario Oficial* el 31 de diciembre de 1971 bajo la inspiración de **Sergio García Ramírez**.

El 4 de enero de 1980, una nueva ley sobre la responsabilidad de funcionarios federales y altos funcionarios de los estados dio más rigor a esta rama del derecho penal; además, una reforma constitucional del 22 de octubre de 1971 abrió la puerta para el control de armas de fuego y explosivos y originó la ley de 1972.

En algunos casos, la aplicación de la ley estadounidense contra funcionarios extranjeros (*Foreign Corrupt Practices Act*) ha llamado la atención de nuestras autoridades sobre casos graves de corrupción mexicana, que aquí aún no se habían descubierto: de todos lados se incrementan las amenazas sobre la hidra de la corrupción, pero a ésta le quedan aún poderosos instrumentos, como el secreto bancario con que algunos países siguen ayudando al mundo del delito y el chantaje.

Asimismo, en 1983 se creó una nueva ley de la procuraduría que es consecuencia de una consulta nacional hecha por **de la Madrid** sobre la administración de la justicia y de la seguridad pública; además, a raíz de esto, se promulgó un nuevo código de procedimientos penales federales.

En los últimos 20 años, los intereses de los narcotraficantes se han implantado de forma tan negativa que las denuncias de los delitos patrimoniales han disminuido, por lo corrupto del sistema y por su ineficiencia. Así, hasta el año 2000 tuvo vigencia un código nuevo en el Distrito Federal que era una simple duplicación del que anteriormente regía este territorio. Se hizo para ser congruentes con la política de dar mayor autonomía al Distrito Federal, pero en realidad no aportó nada nuevo.

La innovación ocurrió hasta el año 2002, cuando se promulgó un verdadero nuevo código para el Distrito Federal, que incluye la figura del trabajo comunitario y a favor de la víctima, la responsabilidad de las personas morales, los delitos de motín y otros de carácter social. De la misma manera vemos la aparición de viejas figuras, como el rapto y la corrección de pequeñas fallas técnicas, como la del delito de incesto.

En este sentido, cabe citar lo siguiente: “para los conservadores, el nuevo código peca de innovador y populista, pues da respuesta clara a varias peticiones un tanto irracionales de la ciudadanía, como el hecho de

que la violación entre esposos tenga el beneficio del perdón”,³⁷ con lo cual se abre la puerta para hacer mal uso de este derecho.

Para sus promotores, el nuevo código incluye nuevas figuras e ideas nunca antes intentadas en nuestro país, y el veredicto final lo darán los litigantes y jueces que deberán poner en práctica, ya que aún es muy pronto para juzgarlo.

³⁷ **Guillermo F. Margadant**, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, 5a ed, Esfinge, México, 1998, pág 45.

UNIDAD 6

Teoría de la norma penal

Objetivo particular: *Al concluir esta parte del curso, el alumno:*
Conocerá las fuentes del derecho en general y las aplicará al derecho penal, así como distinguirá entre norma y ley y entre normas primarias y normas secundarias.

6.1 Concepto de norma

Por norma se ha entendido toda regla de conducta que ayuda a mejorar y estabilizar la convivencia pacífica del ser humano en sociedad. Asimismo, norma es sinónimo de mandato, regla o actuación. La norma jurídica puede ser definida como un precepto general cuyo fin reside en ordenar la convivencia social y cuya realización puede ser impuesta de forma coactiva por el poder correspondiente.

En ese orden de ideas, **Malo Camacho** señala:

El derecho penal es un conjunto de normas jurídicas. En relación con el concepto de norma, dos han sido principalmente las expresiones que con mayor frecuencia se han utilizado: *lato sensu* se entiende como toda regla de comportamiento obligatoria o no; *stricto sensu* se entiende como regla de comportamiento que impone deberes o confiere obligaciones.¹

Una norma es toda regla o principio de conducta obligatoria que impone deberes o confiere derechos; así, podemos encontrar las normas en compendios o códigos referentes a una materia en especial (por ejemplo: código penal, código civil, código fiscal, etcétera).

Según el profesor **Decastro**, las normas jurídicas son los medios o instrumentos mediante los cuales se manifiesta el derecho objetivo. Por ello, como la norma jurídica es una prescripción de conducta humana, ha de existir un sujeto capaz de ser titular de facultades y deberes jurídicos que emanan de ella como consecuencia de la realización de supuestos normativos (*derecho subjetivo*).

Es muy importante señalar que no es lo mismo *norma* que *ley*, la cual es la esencia o resultado de la primera, así como su expresión. Las normas jurídicas son bilaterales, heterónomas, externas y coercibles; esta última característica constituye la diferencia respecto a cualquier otro tipo de normas, como señala **Malo Camacho** al decir: “las normas jurídicas son bilaterales, heterónomas, externas y coercibles, constituyendo su característica de diferencia específica respecto de cualquier otro tipo de normas, precisamente su coercibilidad”.²

También **Orellana Wiarco** explica:

Las normas jurídicas en general tienen como características que son bilaterales, heterónomas, externas y coercibles; esta característica hace que la norma penal sea de aplicación estricta (*nullum crimen, nullum sine lege*) y la coercibilidad o sanción se denomina *punibilidad* y consiste en la más grave sanción que el Estado puede utilizar como medida de coerción.³

En cuanto a la norma jurídica, **Stampa Braun** afirma: “cuando la norma venga dictada por el Estado en ejercicio de su soberanía, con carácter obligatorio será una norma jurídica. Ese carácter de obligatoriedad es

¹ **Gustavo Malo Camacho**, *Derecho penal mexicano*, 1a ed, Editorial Porrúa, México, 1997, pág 40.

² *Ibidem*, pág 41.

³ **Octavio Alberto Orellana Wiarco**, *Curso de derecho penal*, parte general, 1a ed, Editorial Porrúa, México, 1999, pág 33.

la nota que constituye la diferencia esencial entre la norma jurídica a la cual conviene y la norma moral a la cual no conviene”.⁴

En dichas definiciones encontramos la característica de que las tres coinciden en que la coercibilidad distingue a una norma jurídica de otra moral; además, la norma jurídica es ejercida por la disposición de la fuerza coactiva del Estado, mientras que la moral sólo es una sanción surgida en la conciencia del hombre. Por ello, si un individuo atenta en contra de la norma jurídica, será función del Estado resolver la situación; pero si una persona va en contra de las normas morales, el castigo que ésta recibirá será optativo y voluntad del sujeto imponerlo o no.

Según **Decastro**, la norma tiene tres características primordiales:

- *Autoritas*: la autoridad o el origen de la norma.
- *Ratio*: la finalidad de la norma.
- *Effectus*: la validez conseguida por la norma.

Otros tratadistas consideran que la norma tiene ocho elementos esenciales:

- *Necesidad*: una sociedad requiere un ordenamiento jurídico.
- Su *procedencia estatal*, ya que las normas proceden de los órganos competentes que tienen atribuida la potestad de crear normas, como los órganos ejecutivo y legislativo.
- *Coactividad*, pues la norma jurídica obliga a los ciudadanos a la autoridad.
- *Generalidad*, ya que la norma está prevista y puede ser aplicada en múltiples casos.
- *Abstracción*, pues la norma aparece redactada y prescinde de datos y de circunstancias concretas.
- *Bilateralidad*, ya que la norma, cuando regula relaciones sociales, atribuye consecuencias a más de un individuo.
- *Obligatoriedad*, pues cuando se dictan las normas se hacen con la finalidad de ser cumplidas.
- *Validez*: una norma será válida si es promulgada por el procedimiento y el órgano adecuados.

⁴ **José María Stampa Braun**, *Introducción a la ciencia del derecho penal*, 1a ed, Editorial Miñón, México, 1953, pág 23.

Existen varios tipos de normas: religiosas, morales, sociales y jurídicas; entre estas últimas aparece la norma penal, que es el precepto que presenta el delito y la sanción o pena por cometerlo.

Como dijimos anteriormente, la ley y la norma no tienen el mismo significado; sin embargo, muchos autores y doctos del derecho penal lo manejan de la misma manera. En ese orden de ideas, en principio, la ley penal y la norma no se identifican. El comportamiento delictivo contra- viene no la ley penal, sino la norma, es decir, la orden que el legislador dirige al estudiante del derecho.

A partir de **Carlos Binding**, fue evidente el diverso contenido conceptual de derecho penal, al destacarse el hecho de que el hombre, cuando realiza la hipótesis legislada, no viola o infringe la ley penal: su conducta y, en todo caso, la consecuencia de ésta llena el cuadro descriptivo del precepto jurídico. Por ello, existe no una infracción a la ley penal, sino una conformidad con ésta, lo cual contraría el viejo concepto expresado por **Carrara** sobre el delito. Esta observación llevó a **Binding** a sostener que las acciones de los hombres no violan las leyes penales sino las normas jurídicas, con vida anterior y ubicadas por encima y detrás de aquéllas.

La norma penal se considera un imperativo o una orden que se impone a la sociedad en general para no cometer actos delictivos; pero si esto pasara, se impondría la sanción respectiva. Dicha norma va dirigida al Estado en general (obviamente, se aplica a toda la población del país).

La norma contiene un carácter que impone alguna conducta o la prohíbe en determinados casos; de aquí emana el concepto de *ley*, o sea, la expresión concreta de la norma. **Jiménez de Asúa** dice al respecto: “la norma crea lo antijurídico; la ley, el delito. La disposición penal se compone de preceptos y de sanciones y la norma es prohibitiva o imperativa; de ahí nacen la acción y omisión que el derecho penal castiga”.⁵

En consecuencia, el maestro **Porte Petit** menciona que “la norma penal, en sentido estricto, consta de elementos o partes: el precepto y la sanción”.⁶ El precepto prohíbe o manda algún comportamiento y la sanción se prevé para el incumplimiento de aquél.

⁵ **Luis Jiménez de Asúa**, *Lecciones de derecho penal*, 1a ed, t 7, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1997, pág 47.

⁶ **Celestino Porte Petit**, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, 15a ed, t I, Editorial Porrúa, México, 1993, pág 109.

El precepto en sí se denomina *precepto primario* y la sanción se llama *precepto secundario*. El primero contiene la prohibición de alguna acción delictiva o algún mandato; en cuanto a la sanción, ésta se refiere al castigo o pena que debe imponerse al sujeto que violó el precepto.

El precepto contiene la figura delictiva y funciona de forma positiva (es decir, manda u ordena) o negativa (contiene una prohibición). Por su parte, la sanción abarca la punibilidad.⁷ Así, **Manzini** subraya: “precepto y pena son dos términos que se integran recíprocamente en la norma penal, tanto bajo el aspecto técnico-jurídico como bajo el aspecto psicológico y sociológico”.⁸

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que, conforme a la teoría general del delito, toda norma jurídica y especialmente la penal se compone de precepto y sanción: el precepto consiste en la descripción del hecho exigido o prohibido; por lo tocante a la sanción, ésta será la imposición de la pena o de la medida de seguridad.⁹

Lo anterior constituye el fundamento del carácter sancionador del derecho penal, pues las normas son creadas por distintas ramas del derecho, en especial del conocido como derecho público, normas en algunos casos elevadas a la categoría de leyes penales al serles asignada una pena. En consecuencia, quien viola una norma jurídica coloca su acción, desde el punto de vista material, contra el derecho y por tal razón se dice que su conducta es ilícita o antijurídica. De este modo, quien mata a otro realiza un hecho que encuadra o se ajusta a la descripción del delito de homicidio hecha por el art 302 del código penal y al mismo tiempo viola la norma jurídica que prohíbe matar; asimismo, quien se apodera de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento del que puede disponer de ella conforme a la ley viola la norma intrínseca contenida en el art 367 del propio código, prohibitiva del robo, etcétera.

Por ello, **Jiménez de Asúa**, al reseñar la teoría de **Binding**, destaca el hecho de que la ley penal no crea las normas sino las garantiza. En este sentido, debe resaltarse el hecho de que la ley penal es un organismo que garantiza el cumplimiento de la norma penal, y la norma penal en sí es la disposición jurídica “emanada de la propia ley, que determinará la tipicidad del delito y a su vez el castigo que corresponde, el cual, como ya

⁷ Ibidem, págs 109 y 110.

⁸ **Vicenzo Manzini**, *Tratado de derecho penal*, 8a ed, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1948, pág 235.

⁹ **Celestino Porte Petit**, ob cit, págs 109 y 110.

sabemos, puede ser la imposición de una pena o bien de una medida de seguridad”.¹⁰

Cabe señalar que las normas penales son no sólo las comprendidas en el código penal, sino también otras de contenido estrictamente represivo-penal, insertas en leyes especiales o en tratados internacionales aprobados por el Senado de la república.

En el medio judicial mexicano es común designar como “delitos especiales” las figuras delictuosas descritas en leyes no penales (es decir, fuera del código penal), ya sea de manera aislada o formando parte de títulos especiales referentes a delitos de peculiar estructura en otras leyes.

Fernández Doblado afirma al respecto que “son fuentes del derecho penal la ley penal, los tratados internacionales y las leyes penales especiales, sin contradecir el principio de que la norma penal es la única fuente del derecho represivo, pues los tratados internacionales, al ser aprobados por el Senado, quedan incorporados al derecho nacional, en atención al mandato del art 133 constitucional”.¹¹

En México, las normas penales especiales (crean delitos especiales)¹² del fuero federal son numerosísimas, entre otras las leyes siguientes: *Código de Justicia Militar*, *Ley Forestal*, *Ley de Imprenta*, *Ley de Quiebras*, *Ley de Vías Generales de Comunicación*, *Ley Federal del Trabajo* y el *Código Fiscal de la Federación*.

En sus raíces, la norma penal y las normas morales son similares; de ello habla **Jürgen Baumann** al afirmar:

Como lo demuestran la historia de los derechos penales arcaicos y la comparación con el derecho penal de las castas primitivas, la norma penal y la norma moral religiosa originalmente no se diferenciaban. Incluso los mismos gremios (sacerdotes o tribunales de castas) imponían preceptos divinos, morales y penales. La consecuencia jurídica de la violación del precepto era uniforme (expulsión de la casta, segregación de la comunidad jurídica). Si hoy consideramos el precepto penal de forma aislada, separado de la ley moral, la norma penal no podrá negar completamente su origen.¹³

Si la inmoralidad de una conducta no es razón suficiente para castigarla, también resultará intolerable que el Estado emplee normas pena-

¹⁰ **Francisco Pavón Vasconcelos**, *Manual de derecho penal mexicano*, 12a ed, Editorial Porrúa, México, 1995, págs 87 y 88.

¹¹ *Ibidem*, pág 78.

¹² Como el contrabando, el encubrimiento en materia de contrabando y la defraudación, entre otros, del fuero federal.

¹³ **Jürgen Baumann**, *Derecho penal*, 4a ed, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, pág 2.

les en el ámbito de lo que es moralmente indiferente y correcto (porque ello resulta cómodo).

Aún hoy las normas de la ley penal y las de la ley moral corren, en parte, de forma paralela. Las del derecho penal se relacionan en gran medida con la misma materia de reglamentación y regulan esta materia del mismo modo.

Jürgen Baumann agrega al respecto:

Una comunidad que para su convivencia ha fijado normas con conminaciones penales contrarias a la ley moral no es una comunidad jurídica, sino una cuadrilla de ladrones. Quien ordena la matanza de personas de un grupo determinado no fija un derecho, sino que comete una injusticia, incluso si dispone del poder supremo y de atribuciones legislativas.

Una comunidad que sigue estos preceptos no ha de asombrarse si se le considera una comunidad que se atiene a la injusticia. Como lo ha dicho con claridad incomparable **Stammler** en su obra *Rechtsphilosophie*, derecho es voluntad inviolable y soberana.¹⁴

La norma debe surgir a partir de que el hombre convive con sus semejantes, en cuyo caso se crean las primeras formas de organización para luego constituir una sociedad, y aquí tiene cabida el derecho. Entonces la comunidad tiene normas morales, cuyas características son distintas de las de la norma jurídica, diferenciándose sobre todo las internas y las incoercibles, que regulan la conducta interna del individuo y cuya sanción se efectúa por la voluntad de éste. Por ello, aquí es clara la distinción entre normas morales y jurídicas, pues estas últimas imponen la sanción al individuo aun en contra de su voluntad.

En este sentido dice **Goldschmidt**:

El deslinde entre el derecho penal criminal y otros ámbitos jurídicos ha ofrecido dificultades cada vez mayores al tratar de obtener el legislador, a todo trance con la amenaza de penas, el cumplimiento de casi todos los preceptos, caso típico el hecho de que el deslinde entre el derecho penal criminal y el derecho penal accesorio ha sido siempre objeto de controversias.¹⁵

Antes de hablar de las diferentes clases de normas, es importante hacer un paréntesis para referirnos a los destinatarios de la norma penal. Así, existen varias teorías para explicar a quién se dirige la norma penal:

¹⁴ *Ibidem*, pág 3.

¹⁵ **James Goldschmidt**, *El derecho penal administrativo*, 3a ed, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1902, pág 15.

- La norma se dirige a los órganos del Estado.
- Va destinada a los súbditos.
- Se dirige directamente a los órganos del Estado e indirectamente a los súbditos.
- Se dirige tanto a los órganos del Estado como a los súbditos.
- El precepto se dirige a los súbditos y la sanción a los órganos del Estado.

El maestro **Porte Petit** aclara al respecto:

Muchos autores están de acuerdo en que la norma se dirige a los súbditos; sin embargo, existen dos corrientes: unos afirman que la norma penal se dirige a todos sin excepción, y otros que únicamente a los capaces y no a los incapaces. Entre los primeros se encuentran **Maggiore, Antón Oneca, Antolisei, Cuello Calón** y **Santianello**, entre otros; entre los segundos destacan **Petrocelli, Cavallo** y **Vannini**. Este último autor sostiene que la norma penal se dirige solamente a los individuos capaces de entenderla y de sufrirla. Por tanto, se entenderá que los destinatarios de la norma son los individuos sanos y maduros de la mente, los individuos psíquicamente capaces.¹⁶

6.2 Clasificación de las normas

Existen criterios muy diversos de clasificación para las normas; como manera de ejemplos, podemos mencionar los siguientes:

- Según el lugar que ocupan en el ordenamiento: *normas primarias y normas secundarias*.
- De acuerdo con la autoridad que las dicta: *leyes en sentido estricto, decretos leyes, decreto legislativo y reglamentos (decretos y órdenes de las comisiones delegadas del gobierno)*.
- Según a quien van dirigidas: *normas generales y normas particulares*.
- De acuerdo con el contenido: *normas abstractas y normas concretas*.
- Según la función: *normas definitorias, normas interpretativas, normas de conducta, normas de organización, normas imperativas y normas sancionadoras*.
- Con base en el ámbito material de aplicación: *normas dispositivas y normas imperativas*.

¹⁶ **Celestino Porte Petit**, ob cit, págs 110 y 111.

- Según el ámbito espacial: *normas internacionales, normas estatales, normas autónomas y normas locales.*
- De acuerdo con el ámbito temporal: *leyes permanentes y leyes temporales o transitorias.*
- Según como se formulan (promulgación): *normas escritas y normas consuetudinarias.*
- Con base en el carácter: *normas imperativas y normas facultativas.*
- Según la fuente de procedencia: *normas legales, normas consuetudinarias, normas jurisprudenciales y normas negociables.*
- De acuerdo con las consecuencias de la violación de la norma: *normas cuamperfectas (pluscuamperfectas), normas perfectas, normas minus cuamperfectas y normas imperfectas.*

Por su parte, **García Máynez** clasifica a las normas en 11 grupos, que son:

- Por el sistema a que pertenecen.
- Por su fuente.
- Por su ámbito espacial de validez.
- Por su ámbito temporal de validez.
- Por su ámbito material de validez.
- Por su ámbito personal de validez.
- Por su jerarquía.
- Por sus sanciones.
- Por su cualidad.
- Por sus relaciones de complementación.
- Por sus relaciones con la voluntad de los particulares.¹⁷

Según la teoría de la norma penal, las normas penales se dividen básicamente en:

- Normas en blanco.
- Normas completas.
- Normas incompletas.
- Normas primarias.
- Normas secundarias.

¹⁷ **Eduardo García Máynez**, *Introducción al estudio del derecho*, 10a ed, Editorial Porrúa, México, 1993, pág 79.

6.2.1 Normas en blanco

Estas normas puede complementarlas el juez, pero son violatorias del principio de determinación del tipo. Tal categoría fue elaborada por **Binding**, quien la aplicó a aquellos casos en que la ley general (Código Penal del Imperio) establecía sólo la sanción correspondiente a un precepto genérico (precepto en blanco) cuya precisión se encontraba (en la Confederación de Alemania) en las legislaciones de los estados o de las ciudades o en otra disposición dictada por autoridades e instancias de rango inferior al que tenía la ley general que señalaba la sanción.

En ese orden de ideas, **Stampa Braun** afirma: “además de estos supuestos, **Binding** denunció la existencia de otros, que son aquellos en los que dicha norma determina únicamente la sanción, sin formular el precepto a que tal prohibición genérica se asocia, el cual deberá ser definido o especificado por otro acto legislativo (reglamento, orden, etcétera)”.¹⁸

Acerca de las normas en blanco, **Quintero Olivares** dice que “algunos tipos legales no indican en sí mismos la conducta contraria a la norma, sino que mediante una fórmula de reenvío remiten al intérprete a una disposición legal diferente de la ley penal; así, resulta que ésta se limita aparentemente a establecer la sanción”.¹⁹

Por su parte, **Pavón Vasconcelos** señala:

Luego entonces, si por leyes penales en blanco se conocen aquellas que señalan únicamente la pena pero no describen la infracción, la cual posteriormente es configurada por otro texto legal, surge la cuestión de considerar si el acto legislativo complementario que habrá de definir el hecho sancionado debe ser realizado por el Poder Legislativo en forma exclusiva o si puede verificarlo el Poder Ejecutivo. De acuerdo con el criterio de la ilegítima delegación, cuando se trata de facultades reservadas al Congreso, habrá de sostenerse igual punto de vista respecto al acto legislativo complementario en las leyes penales en blanco.²⁰

Por otro lado, **Sáinz Cantero** menciona lo siguiente:

Toda norma penal consta de dos partes: el precepto y la sanción. Por regla general, ambas partes están constituidas aparentemente en la misma norma y en el mismo texto legislativo. Hay veces que no sucede así y la ley pe-

¹⁸ José María Stampa Braun, ob cit, pág 30.

¹⁹ Gonzalo Quintero Olivares, *Manual de derecho penal*, parte general, 1a ed, Editorial Aranzadi, Barcelona, 1999, pág 56.

²⁰ Francisco Pavón Vasconcelos, ob cit, págs 79-81.

nal contiene solamente la sanción que corresponde a un precepto cuya determinación aparece en otra disposición de igual o de distinto rango.²¹

Luego **Pavón Vasconcelos** añade:

Los tipos penales se integran mediante el precepto y la sanción, siendo indispensable el primer elemento para establecer la incriminación de un hecho, pues a través de él se describe la conducta o hecho punible, en acatamiento al principio *nullum crimen sine lege*, de ahí que algunos piensen que las leyes en blanco constituyen una aparente excepción a dicho principio; las normas penales en blanco, por tanto, se complementan mediante el precepto (descripción del hecho o conducta contenido en otra norma distinta que siempre tiene su origen en la ley).²²

A su vez, **Stampa Braun** dice que “sólo podrán señalarse como normas penales en blanco aquellas en las que, además de no especificarse el precepto, se remita la concreta determinación del mismo a una autoridad legislativa de *categoría inferior*”.²³

Y el mismo autor amplía su explicación:

Las normas penales en blanco se distinguen de las demás en virtud de dos características fundamentales:

1. En cuanto que sólo determinan, de manera concreta, la sanción que corresponde a un precepto (prohibición o mandato) no especificado en las mismas, y
2. En cuanto que encomiendan de manera expresa o tácita la elaboración concreta de este precepto a una autoridad distinta y de categoría inferior a la que las dictó.²⁴

Todos los autores coinciden en que las normas en blanco carecen del precepto o de la descripción de la conducta contra la norma, pero tienen especificada la sanción. En este sentido, **Malo Camacho** dice:

Se da una ley penal en blanco cuando la conducta materia de la regulación es cedida a un ordenamiento distinto, a veces de rango inferior. Es el caso en donde la descripción de la conducta típica aparece en la ley; sin embar-

²¹ **José A. Sáinz Cantero**, *Lecciones de derecho penal*, parte general, 3a ed, Editorial Bosch, Barcelona, 1990, pág 351.

²² **Francisco Pavón Vasconcelos**, ob cit, pág 81.

²³ **José María Stampa Braun**, ob cit, pág 33.

²⁴ *Ibidem*, pág 31.

go, ese contenido queda sin ser definido o explicitado, delegándose su integración y definición concreta a otra autoridad, a otra ley o reglamento.²⁵

Por su parte, **Sáinz Cantero** señala:

Las normas penales en blanco exigen del intérprete una labor de recomposición, debiendo buscar el precepto en lugar legislativo distinto al que se encuentra la sanción. En este sentido, puede decirse de ellas que son leyes necesitadas de complemento, aunque a efectos estructurales son normas tan completas como otras.²⁶

Respecto a esto, **Stampa Braun** menciona:

Debe concluirse afirmando que las normas penales en blanco son normas tan completas como todas las demás, pues, aunque el precepto no se especifique en las mismas, tampoco puede decirse que falte.

Sucede, simplemente, que el imperativo se haya enunciado en forma genérica, para facilitar, por lo general, que su determinación concreta se adecue a las circunstancias de cada tiempo y lugar.²⁷

Con lo anterior reafirmamos que las leyes en blanco no son defectuosas, pues constan de sus dos partes; sin embargo, no por ello podemos negar que generan un grave problema, ya que para encontrar el precepto es necesario recurrir a otra disposición legal, casi siempre de menor rango.

En ese renglón, **Bustos Ramírez** afirma que “evidentemente, en todos estos casos se produce un conflicto con la disposición constitucional de la legalidad de delitos, ya que expresamente el legislador, sin competencia para ello, está haciendo dejación de esa potestad que le corresponde en forma exclusiva”.²⁸

A su vez, según **Mir Puig**, “la ley penal en blanco, a efectos del tratamiento del error y de la retroactividad de la ley penal más favorable al hecho de que el supuesto de hecho se describa en un cuerpo legal distinto al que señala la pena, plantea una problemática que es independiente de la jerarquía respectiva de las leyes en juego”.²⁹

²⁵ **Gustavo Malo Camacho**, ob cit, pág 44.

²⁶ **José A. Sáinz Cantero**, ob cit, pág 351.

²⁷ **José María Stampa Braun**, ob cit, pág 34.

²⁸ **Justo Bustos Ramírez**, *Introducción al derecho penal*, 2a ed, Editorial Temis, Bogotá, 1994, pág 55.

²⁹ **Santiago Mir Puig**, *Derecho penal*, parte general, 4a ed, Editorial Bosch, Barcelona, 1996, pág 31.

Los doctrinarios suelen agruparse en dos corrientes respecto a las leyes penales en blanco: una concepción amplia y otra restringida.

6.2.1.1 Concepción amplia

Entre sus partidarios está **Mezger**, quien señala que las leyes penales, para ser en blanco, deben estar en alguno de los supuestos siguientes:

- La ley que contiene una sanción remite a otro precepto contenido en la misma ley.
- Cuando remite a una ley distinta (de igual instancia legislativa).
- Cuando la remisión se hace a una disposición de rango inferior.

6.2.1.2 Concepción restringida

Esta idea es apoyada por tratadistas como **Paoli** y **Stampa Braun**, quienes establecen como requisito para considerar que una norma penal es en blanco que, además de no especificar el precepto, se remita la concreta determinación de éste a una autoridad legislativa de categoría inferior. Asimismo, restringen la categoría a uno solo de los tres supuestos admitidos por los partidarios de la concepción amplia.

En el caso de la concepción amplia es importante poner atención, ya que, como veremos más adelante, puede dar origen a las normas incompletas. **Quintero Olivares** dice al respecto: “para **Binding**, estas normas solamente se daban en aquellos casos en que la determinación de la conducta antinormática quedaba encomendada a una disposición de inferior rango a la ley penal, por ejemplo: un reglamento administrativo de policía”.³⁰

Cabe señalar que existen leyes penales en blanco propias e impropias. Las propias contienen elementos normativos de valoración jurídica, es decir, se puede recurrir a la aplicación jurídica de otra instancia legislativa. Las impropias contienen elementos normativos de valoración cultural, en los que el juez deberá buscar postulados externos al no haber contenido nada relativo en la ley.³¹

La importancia de la norma penal en blanco radica en lo siguiente:

El conocimiento y detección de las normas penales en blanco no carece de importancia práctica, no por la evidente razón de que mediante ellas se da

³⁰ **Gonzalo Quintero Olivares**, ob cit, pág 56.

³¹ **Francisco Pavón Vasconcelos**, ob cit, pág 81.

entrada como fuentes indirectas a actos que pueden ser leyes, también en la actualidad los legisladores de todos los países están recurriendo a ellas como un medio de prevenirse contra el anquilosamiento de la ley penal en materias sometidas, por la evolución social y económica, a rápidos y bruscos cambios.³²

Una solución respecto a esas normas la propone **Malo Camacho** al puntualizar:

El núcleo esencial de la materia prohibida que implica el desvalor del acto previsto en el precepto de la norma es un aspecto que debe quedar precisado en la ley, en tanto que el ordenamiento externo u ordenamiento de envío debe tener como función señalar las características, circunstancias, condiciones u otras consideraciones de carácter complementario, pero sin entrar en la definición de la conducta típica.³³

Como dichos autores enuncian, las leyes penales en blanco son una ventaja, ya que muchas veces las circunstancias varían con rapidez o existen materias muy complejas, entre las cuales se ha tenido que recurrir más a esta técnica legislativa. Sin embargo, lo más preocupante es no saber qué autoridades serán las encargadas de remitir el precepto que está en blanco y cuáles serán las características de éste, pues, de no tomar las medidas necesarias y establecer el límite para que este recurso sea utilizado, se correrá el riesgo de caer en muchas arbitrariedades de la autoridad administrativa.

Como señala **Bustos Ramírez**, lo que debe ser primordial es que la ley penal en blanco conserve siempre su carácter autónomo y no tenga que hacerse dependiente o complementaria en su función de una disposición de rango inferior.

6.2.2 Normas completas

En el medio doctrinario, las normas completas también son reconocidas con el nombre de *tipos cerrados*, ya que no consideran elementos impropios, sino sólo los propios y contienen tanto la descripción como la punición en un solo tipo penal. Por ello, el juzgador no se ve en la necesidad de recabar información que lo ayude a formular un criterio resolutivo, ya que la tipicidad comprende el precepto y la sanción de un caso concreto.

³² José A. Sáinz Cantero, ob cit, pág 353.

³³ Gustavo Malo Camacho, ob cit, pág 44.

Maurach Reinhart ratifica lo anterior al señalar lo siguiente:

Las normas completas son aquellas en que el legislador, en la misma fuente legal, establece el tipo y la amenaza de pena. Al respecto, es igual (regla general) que la amenaza de pena formule el tipo (“quien hurte será castigado”) o que remita a una norma contenida en la misma fuente, creando de tal modo un tipo de gran complejidad externa (Y: “quien infrinja la prohibición contenida en X será castigado”).³⁴

En resumen, las normas completas son aquellas que en la disposición legal tienen contenido el precepto y la sanción, es decir, su estructura está en una misma fuente legal.

En esas normas, el supuesto de hecho (precepto) y la consecuencia jurídica (sanción) no presentan mayor problema, pues no hay necesidad de completar ni de acudir a otra disposición para aplicar la sanción o encontrar el precepto.

6.2.3 Normas incompletas

Las normas incompletas son aquellas que requieren el precepto de otra norma para estar completas y para sancionar, pues solamente contienen la descripción delictuosa, pero no el precepto punitivo, el cual han de complementar de alguna otra norma del código penal. En la doctrina también se les ha llamado *normas de reenvío*, pues una norma envía a otra para complementarse.

Mario Torres López señala que las normas incompletas “se presentan en aquellos casos que en la secuencia normativa está ausente alguno de sus segmentos (precepto o sanción), ya sea por un error legislativo o por una intencionada actitud legislativa [...] algunos casos de normas incompletas son conocidos con expresiones poco técnicas de delitos sin pena, penas no asociadas a delito alguno, penas no realizables”.³⁵

Cabe señalar, como habíamos mencionado, que este tipo de norma, para complementarse y lograr efectos resolutivos, puede ser en blanco y tomar de cualquier otra disposición jurídica el complemento que le haga falta para constituirse en completa.

³⁴ **Maurach Reinhart**, *Derecho penal*, parte general, 7a ed, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, pág 134.

³⁵ **Mario Alberto Torres López**, *Las leyes penales*, 4a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 52.

Un gran número de disposiciones penales son normas incompletas; así, podemos percatarnos de que en el código penal la mayoría de los tipos previstos en el libro segundo necesariamente son complementados por otras disposiciones, a veces incluidas en el mismo código penal, ya sea en el libro segundo o en el primero.

Las reguladas en el libro primero permiten concretar la norma abstracta y general al caso concreto: sirven a la integración de los respectivos tipos delictivos y a las penas que les son aplicables. Todo esto no plantea mayor problema, pero pone en evidencia la relación que necesariamente existe entre las diferentes disposiciones legales de la ley penal para su aplicación.³⁶

Mir Puig señala al respecto:

Los enunciados legales que prevén los delitos y sus penas no determinan por sí solos todos los elementos de las normas penales a que sirven de base, sino que han de ponerse en relación con otros enunciados legales previstos en la parte general. Ello permite reafirmar que ni el supuesto de hecho ni la consecuencia jurídica de las normas penales se hallan expresados de forma completa en ningún precepto del código penal. En este sentido, las disposiciones del código penal aparecen vistas aisladamente como proposiciones incompletas.³⁷

En cuanto a esas normas, **Quintero Olivares** coincide con **Mir Puig** al decir que “la contemplación de una ley penal, de un código, ha de ser conjunta: un código por su naturaleza constituye una sola expresión normativa que, por lo mismo, no tolera una consideración limitada a uno solo de sus pasajes. Lo importante es que conducta y pena estén contenidas en la misma ley penal”.³⁸

Por ello, dicho autor denomina a las normas incompletas *ley penal en blanco impropia*, pues suscitan una mera cuestión de técnica legislativa.³⁹

A su vez, **Stampa Braun** las define como:

Fragmentos de norma, cuya reconstrucción indica un elemental problema de técnica legislativa. No cabe calificarla de norma en blanco, sino de fragmento de norma, ya que en tales casos no surge la noción de autorización para completar, que es propia de la norma en blanco; no surge porque el legislador no tiene necesidad de pedir o autoconcederse autorización para

³⁶ **Gustavo Malo Camacho**, ob cit, pág 192.

³⁷ **Santiago Mir Puig**, ob cit, pág 32.

³⁸ **Gonzalo Quintero Olivares**, ob cit, pág 56.

³⁹ Ídem.

legislar. En este caso se tratará simplemente de normas cuyas dos partes integrantes no han sido dictadas al mismo tiempo.⁴⁰

En síntesis, estas leyes no son sinónimo de leyes en blanco, sino normas cuya característica radica en que las partes que la integran: precepto (prohibición o mandato) y sanción (pena o medida de seguridad), están contenidas por separado en el mismo código penal o en otro ordenamiento legal. Por tanto, estas normas no requieren ser complementadas por el legislador, por el juez o por otro órgano jurisdiccional, sino que se completan al acudir al lugar donde está la otra parte de su estructura.

La norma es un mandato o expresión que va acompañada de una amenaza que es la punibilidad; las normas incompletas, más que falta de punibilidad, son reglas cuya sanción está contenida en otro documento o disposición legal, pero no carecen de ella.

6.2.4 Normas primarias

Hans Kelsen define a la norma primaria como “la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción”.⁴¹ La norma primaria es un elemento fundamental en la aplicación de la justicia, por considerarse principal el hecho de que entrañe la descripción legal del delito o, en todo caso, la figura delictiva que puede presentarse en forma de mandato o de prohibición (positivo y negativo).

Las normas primarias, dirigidas a los ciudadanos, pueden ser de mandato o de prohibición. Entre unos y otras hay una distinción sustancial que sobrepasa el ámbito de la mera lingüística. Tal distinción puede expresarse en el sentido de que son normas primarias de prohibición en sentido material aquellas que pretenden impedir que sus destinatarios se inmiscuyan de forma especialmente grave (lesiva) en la esfera ajena de bienes jurídicos penalmente protegidos. Por su parte, son normas primarias de mandato en sentido material las que pretenden obtener de sus destinatarios prestaciones positivas de salvaguarda de la esfera de bienes jurídicos ajenos penalmente protegidos.⁴²

⁴⁰ **José María Stampa Braun**, ob cit, pág 33.

⁴¹ **Francisco Pavón Vasconcelos**, ob cit, pág 88.

⁴² **Jesús María Silva Sánchez**, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 1a ed, Editorial Bosch, Barcelona, 1992, pág 323.

6.2.5 Normas secundarias

Las normas secundarias son aquellas que establecen la pena o la medida de seguridad. “En ellas, la conducta delictiva constituye, en efecto, el supuesto de hecho, y el deber de imponer la pena o la medida de seguridad es su consecuencia jurídica.”⁴³

En ese orden de ideas, **Kelsen** define a la norma secundaria como “la que prescribe la conducta que permite evadir la sanción”.⁴⁴

Ahora podemos darnos cuenta de que toda norma penal se estructura de una norma primaria y otra secundaria; el precepto, formado por la prohibición o un mandato, sería una norma primaria; y la sanción, integrada a su vez por una pena o medida de seguridad, sería la secundaria.

Para mayor claridad, las normas primarias establecen el precepto y las secundarias enuncian la sanción. **Silva Sánchez** expone al respecto:

Lo normal, por razones de técnica legislativa, es que las normas primarias prohibitivas adopten una forma asimismo prohibitiva (no hagas...) y que, consiguientemente, el supuesto de hecho de la norma secundaria aparezca con una formulación positiva (el que hiciere...). Igualmente, es normal que las normas primarias de mandato adopten una forma de mandato (haz...) y que, por tanto, el supuesto de hecho de la norma secundaria aparezca con una formulación negativa (el que no hiciere...).⁴⁵

El mismo autor añade:

Los códigos y demás leyes penales aparecen integrados por una serie de enunciados de diversa formulación, que podemos denominar convencionalmente *enunciados legales*. Por otro lado, la doctrina distingue habitualmente en el seno del derecho penal dos clases de normas:

Las normas primarias, dirigidas a los ciudadanos prohibiéndoles la comisión de delitos, y las normas secundarias, dirigidas a los jueces ordenándoles la imposición de sanciones penales en el caso de que se cometan delitos.⁴⁶

A mayor abundamiento, **Mir Puig** expresa lo siguiente:

Las normas no se dirigen literalmente al ciudadano, sino que sólo transmiten de forma expresa un mandato dirigido al juez que le obliga a imponer la

⁴³ **Santiago Mir Puig**, ob cit, pág 31.

⁴⁴ **Francisco Pavón Vasconcelos**, ob cit, pág 88.

⁴⁵ **Jesús María Silva Sánchez**, ob cit, pág 323.

⁴⁶ *Ibíd*em, pág 311.

pena llegado el caso. Tomemos el ejemplo del precepto que castiga el homicidio: “el que matare a otro será castigado como reo de homicidio, con la pena de prisión de 10 a 15 años”. Literalmente sólo se expresa la norma que obliga a castigar al homicida con la pena de prisión, poniendo en relación el precepto contemplado con otros del ordenamiento jurídico que reservan al juez la misión de imponer las penas previstas por la ley.

Sin embargo, al señalar una pena para el homicidio, el legislador pretende algo más que informar y castigar: pretende prohibir, bajo la amenaza de la pena, el homicidio. La conminación penal del homicidio transmite no sólo un aviso al ciudadano y la voluntad normativa de que el juez castigue llegado el caso, sino, ante todo, la voluntad normativa de que los ciudadanos no maten.⁴⁷

De ello concluimos que la norma primaria es la prohibitiva dirigida al ciudadano, mientras que la norma secundaria es la que obliga a castigar dirigida al juez. Pero se dijo que, más que informar y castigar, el legislador pretende prohibir un acto determinado.

Por tanto, con la norma primaria se da a conocer al sujeto lo que debe hacer o no e implícitamente se señala qué actos están bien y cuáles están mal; y la norma secundaria es la reafirmación de estos actos, pues al recibir determinada sanción, el individuo interpreta que ese acto es incorrecto ya que le fue prohibido.

Silva Sánchez dice al respecto:

Las llamadas normas secundarias pueden, pues, desde otro punto de vista, entenderse como normas primarias con contenido específico (imponer una sanción por la comisión de un delito) y destinatario específico (los jueces). Las normas secundarias contenidas en todas las leyes penales constituyen ciertamente, contempladas desde otra perspectiva, una parte de las normas primarias; entonces hay que concluir que la consideración de las normas secundarias como normas penales depende de la apreciación de que en ellas cabe advertir normas primarias dirigidas a los jueces.⁴⁸

Completamos lo anterior con lo que expresa **Mir Puig**:

La existencia de la norma primaria no deriva del texto legal, que sólo se refiere a la norma secundaria, pero es admitida con razón por la doctrina, lo cual supone que la realización del delito no sólo hace aplicable la norma y señala su castigo, sino que también entran a la infracción de una norma que prohíbe la conducta al ciudadano. En efecto: si sólo existe la norma secun-

⁴⁷ **Santiago Mir Puig**, ob cit, pág 28.

⁴⁸ **Jesús María Silva Sánchez**, ob cit, pág 313.

daria, el delito no sería infracción alguna, puesto que aquélla no prohíbe el hecho ciudadano, sino que se dirige al juez.⁴⁹

De lo anterior deducimos que no podrá haber norma secundaria si no existe la primaria; ello es evidente, ya que si sólo existiera un castigo o una sanción, ésta sería inútil si no se establece a qué conducta habrá de imponerse esa pena. Sin embargo, la norma primaria también necesita la secundaria para complementarse, pues de nada serviría que se precisara el mandato o la prohibición, si no existe castigo alguno que pueda aplicarse a quien incurriese en esa falta.

Hay una relación de codependencia entre la norma primaria y la secundaria, pues esta última depende de aquélla para existir, y la primaria depende de la secundaria para tener sentido.

Silva Sánchez propone lo siguiente:

Junto con las normas primarias, integran el ordenamiento jurídico penal las normas secundarias, dirigidas a los jueces, que les ordenan la imposición de sanciones penales en el caso de que se den ciertos presupuestos unidos a la infracción de las normas primarias.

La norma primaria contempla la realidad desde una perspectiva *ex ante*, esto es, previa a la comisión de los hechos delictivos. La secundaria, por su parte, contempla la realidad desde la perspectiva *ex post*, esto es, posterior a la comisión de los hechos delictivos.⁵⁰

Mir Puig comenta en ese sentido:

Lo que se da entre el enunciado legal y la norma primaria, más que una relación lógica, es una relación de sentido, esto es, social y psicológicamente a la existencia de un enunciado del género de “el que matare a otro será castigado” se asocia sin mayores problemas la idea de “prohibido matar”, “no mates”, esto es, el contenido de la norma primaria.⁵¹

Cabe insistir: las normas primarias entrañan de manera implícita los actos que están bien o son correctos, y esto se deduce gracias a la norma secundaria, pues sólo con la pena que conlleva esta norma puede saberse qué tan grave es el ilícito cometido.

La unidad que forman la norma primaria y la secundaria lleva implícita la finalidad primordial de todo el ordenamiento jurídico penal: preservar el orden y la armonía de los hombres en sociedad.

⁴⁹ **Santiago Mir Puig**, ob cit, págs 28 y 29.

⁵⁰ **Jesús María Silva Sánchez**, ob cit, págs 360 y 361.

⁵¹ *Ibidem*, pág 314.

UNIDAD 7

Interpretación de la norma penal

Objetivo particular: *Al concluir esta parte del curso, el alumno:*
Advertirá la importancia de la interpretación en el derecho penal, haciendo referencia a su objeto de estudio.

7.1 Concepto de interpretación

Interpretar significa aclarar, entender y explicar lo que es oscuro y confuso; asimismo, se entiende como desentrañar el sentido de una cosa. En relación con este punto, conviene distinguir, de acuerdo con los finos análisis de **Edmundo Husserl**, los elementos siguientes:

1. *La expresión en su aspecto físico* (el signo sensible, la articulación de sonidos en el lenguaje hablado, los signos escritos sobre el papel, etcétera).
2. *La significación*. Lo que la expresión significa es el sentido de la misma. Parece que la significación es el *objeto* a que la expresión se refiere, pero

no es así porque entre la expresión y el objeto hay un elemento intermedio: la *significación*.

3. *El objeto*. La necesidad de distinguir la significación del objeto resulta clara cuando, después de comparar diversos ejemplos, nos percatamos de que varias expresiones pueden tener la misma significación pero objetos distintos, o de que es posible que tengan significación diferente pero el mismo objeto. Naturalmente que existe también la posibilidad de que difieran en ambos sentidos o en ambos coincidan. Lo último ocurre en el caso de las expresiones tautológicas, por ejemplo tratándose de denominaciones con igual significado, tomadas de diversas lenguas (*London, Londres, dos, deux, zwei, duo*, etcétera).¹

Para el mismo concepto, **Ignacio Galindo** afirma:

Interpretar quiere decir captar o aprehender el significado de una expresión artística, científica, intelectual, etcétera.

En este sentido amplio, la interpretación tiene por objeto conocer lo que quiere decir un signo o grupo de signos determinados (...). En todo caso, cuando hablamos de interpretación, expresamos la idea de penetrar en el sentido de aquello que sirve de instrumento para expresar una idea o concepto, un sentimiento o un estado de ánimo.²

Con base en lo anterior, podemos concluir que *interpretar* es buscar el sentido real de una palabra, un signo, un gesto o, en nuestro caso, una ley, captando así su verdadera intención. Se observa también que toda expresión que lleve consigo un sentido es susceptible de interpretación.

Apegada a *la interpretación de la ley* encontramos la explicación de **Edgar Baqueiro Rojas**, quien señala que “es la investigación dirigida a inquirir el sentido y alcance de una norma jurídica (...) aclarar el criterio axiológico válido que inspiró la creación de la norma”.³

Al respecto, el doctor **Jorge Alfredo Domínguez Martínez** expresa: “cuando el significado ordinario del vocablo *interpretar*, esto es, desentrañar el sentido de una expresión, se traslada al lenguaje jurídico en relación con la ley, la fórmula *interpretar la ley* significa desentrañar el sentido de ésta”.⁴

¹ **Eduardo García Máynez**, *Introducción al estudio del derecho*, 52a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, págs 325 y 326.

² **Ignacio Galindo Garfias**, *Derecho civil*, 14a ed, Editorial Porrúa, México, 1995, pág 180.

³ **Edgar Baqueiro Rojas**, *Derecho civil*, Colección diccionarios jurídicos temáticos, vol 1, Oxford University Press, México, 2000, pág 63.

⁴ **Jorge Alfredo Domínguez Martínez**, *Derecho civil*, 8a ed, Editorial Porrúa, México, 2000, pág 118.

Si aplicamos el concepto a la norma penal, podemos averiguar el sentido verdadero de la ley. De estos elementos se deriva el concepto de interpretación de la ley, sabiendo que interpretar es la abstracción de la esencia de aquélla.

López Betancourt define a la interpretación “como el acto por el cual el juez aplica una norma a un caso particular y une así el derecho a la vida, sin el cual la ley, aislada en su abstracción y generalidad, sería letra muerta, un ser inexistente”.⁵

Para aplicar la ley penal es necesario interpretarla, porque, de no hacerlo, ésta no se podría entender ni estudiar y, en consecuencia, no podría aplicarse.

Con la interpretación se busca y explica el verdadero sentido por el cual una ley se aplica, cuáles son sus motivos, razones y los fines con que fue creada.

Se interpreta una ley cuando se busca y esclarece o desentraña su sentido mediante el análisis de las palabras que la expresan. Al respecto, el maestro **Raúl Carrancá y Trujillo** explica que “la interpretación no es otra cosa que desentrañar el sentido de una cosa y si la ley es confusa, interpretarla será aclarar su sentido y si es clara será entender su contenido para adecuarla al caso específico en cuestión, referir el precepto abstracto a la vida real a que se aplica”.⁶

Cuando se está en el proceso de búsqueda y explicación del verdadero sentido de la norma, puede hablarse de la estática del derecho; en el momento en que se aplica esta norma, se afirma que pertenece a su dinámica, definiendo a la estática como el equilibrio del estudio de la norma, y la dinámica como su aplicación a casos concretos.

En cuanto a la interpretación, **Sebastián Soler** opina:

En el ejercicio de este ministerio, los jueces tienen la misión de desentrañar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, delimitar sus hechos punibles y los no punibles, conocer en definitiva qué es lo que la voluntad general expresada en la ley quiere castigar y cómo quiere hacerlo. En este sentido, la interpretación judicial constituye una de las funciones primordiales de la actividad jurídica de un estado de derecho con el fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas frente al poder del Estado, erigiéndose así en conquista irreversible del pensamiento democrá-

⁵ **Eduardo López Betancourt**, *Introducción al derecho penal*, 9a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 117.

⁶ **Raúl Carrancá y Trujillo**, *Derecho penal mexicano*, 14a ed, Editorial Porrúa, México, 1982, pág 102.

tico. Para alcanzar debidamente este objetivo, lo cual significa que la tarea interpretativa adquiere legitimidad, es requisito indispensable que ella permita la aplicación racional de las normas jurídicas penales.⁷

La interpretación es necesaria e inherente para que el órgano correspondiente pueda aplicar la ley adecuadamente; para ello, tiene la misión de recrear el verdadero sentido y significado de la ley.

El mismo autor añade:

Interpretar no es más que investigar el sentido adecuado de una disposición a fin de su aplicación a un caso de la vida real. No se trata con ella de buscar y descubrir una voluntad extraña a la ley misma, para encontrarla, por ejemplo, en sus antecedentes y medios para entender cuál es la voluntad que vive autónoma en la ley. No se investiga, propiamente hablando, la voluntad del legislador sino la de la ley [...]

La interpretación como una operación lógico-jurídica consiste en verificar el sentido que cobra el precepto interpretado, al ser confrontado con todo el ordenamiento jurídico concebido como unidad, y especialmente ante ciertas normas que le son superiores o que sencillamente limitan su alcance, con relación a una hipótesis dada la interpretación sistemática.⁸

A su vez, **Soler** afirma que la interpretación tiene un procedimiento lógico, basado en entender y comprender, por medio de la comparación, el verdadero significado de la norma.

En ese orden de ideas, existen otros puntos de vista acerca de la interpretación de la ley penal. Así, según **Pavón Vasconcelos**, la ley, como única forma de expresión del derecho penal, debe ser aplicada para hacer posible la realización de éste, pero para ello es necesario un proceso previo, denominado *interpretación*.

Con el fin de que la ciencia del derecho penal pueda expresarse, necesita una ley, que debe ser clara y precisa para su mejor y adecuada aplicación.

De acuerdo con **García Máynez**, “interpretar es desentrañar el sentido de una expresión y como ésta no es sino un conjunto de signos, tiene su significación; interpretarla es descubrir el sentido en ella encerrado”.⁹

⁷ **Sebastián Soler**, *Derecho penal argentino*, 2a ed, t 1, Editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1985, pág 169.

⁸ *Ibidem*, pág 170.

⁹ **Francisco Pavón Vasconcelos**, *Derecho penal mexicano*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1976, pág 103.

Hubo también numerosos pensadores que rechazaron la interpretación de la ley penal, pues no querían que la ley se extendiera, sino pretendían limitarla. Esos juristas afirmaban que interpretar la ley penal sólo sería basarse en la costumbre sin tener en cuenta el conocimiento, ni el sentido que la ley implica en su realización.

En el siglo XVIII se negaba la interpretación porque se afirmaba que si el juez tenía la facultad de elegir o determinarse a voluntad sobre la aplicación de la ley, se oponía a la soberanía de todos los miembros de la sociedad, y entonces se estaba en contra del derecho, que se entendía como un sistema racional de normas sociales de conducta declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos en la realidad histórica.

El ilustre **Beccaria** se oponía a la idea de que la ley fuera objeto de interpretación, pues, a su juicio, en la “búsqueda del espíritu de la ley” se escudaba el criterio legalista, que acomodaba la ley a sus intereses.

Por su parte, **Sebastián Soler** menciona que “negar la necesidad de interpretar la ley penal es como negar la aplicación o creer que la ley actúa por sí misma o como afirmar que el acto del juez no es psíquico, sino mecánico. El único problema consiste, por el contrario, en determinar las condiciones de validez de esa interpretación, conforme con la naturaleza del derecho penal”.¹⁰

Debemos recordar que interpretar la ley es precisar su sentido, su voluntad, no la del legislador; así, una vez dictada la ley por el Estado, debe ser aplicada, por lo cual es ineludible interpretarla, constituyendo esta última función la más elevada y difícil misión del juzgador.

La facultad de interpretación del juez penal es absoluta. Por consiguiente, aplicar la ley es, automáticamente, interpretar o, dicho de otra manera: para aplicar la ley penal, hace falta interpretarla.

En la vida real, la aplicación de la ley a los casos concretos se vale de la interpretación de la disposición legal al asunto de que se trata. En caso de conflicto respecto a la aplicación de la norma, toca al juzgador, en última instancia, decidir cuál es el sentido y alcance de la ley que debe prevalecer en el caso concreto.

Sin duda, una de las tareas más importantes del jurista reside en interpretar correctamente la ley. No es el objetivo crear cientos de “interpretaciones personales”, sino una única, que corresponde al espíritu o esencia de la ley penal. Como ya se mencionó, es imprescindible inter-

¹⁰ **Sebastián Soler**, ob cit, pág 168.

pretar la ley penal. **Massari** decía que la interpretación constituye un proceso irresistible, a pesar de todas las prohibiciones.¹¹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido lo siguiente en cuanto a la interpretación:

*Si bien el art 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 pueda 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 trabajos preparatorios, el fin de la ley, la concordancia de los textos, etcétera.*¹²

Actualmente predominan dos teorías respecto a la necesidad de interpretar la ley: la objetiva y la subjetiva.

La teoría objetiva propone que la ley tiene un sentido que podemos desentrañar de la propia ley; por su parte, la teoría subjetiva se apoya en la voluntad creadora del legislador, en los aspectos que éste tomó en cuenta para crear la ley, y averiguar esa voluntad es la labor del intérprete.

Para la posición objetiva, el intérprete se desliga de las posibles consideraciones que haya tenido el legislador para emitir la ley, y su función será desentrañar el sentido de ésta, lo que le puede permitir, y con base en ella solucionar problemas no previstos por el legislador, o sea, colmar las lagunas de la ley.

Voces muy autorizadas previenen contra los posibles excesos de la teoría objetiva, es decir, que al suponer una interpretación correcta opere el subjetivismo del juzgador, atribuyendo su criterio como el propio legislador.

Si bien la interpretación de la ley debe ceñirse a un criterio objetivo en cuanto debe encontrar su verdadero sentido, la misión del intérprete no puede desdeñar los antecedentes legislativos. Así, la exposición de motivos de las leyes, además de otros precedentes de esa naturaleza serán útiles para encontrar el verdadero sentido de la ley.

La interpretación, como señala **José Antonio Nino**, “forma parte esencial del derecho; lo que debe interpretarse no es la significación de

¹¹ **Felipe Grispigni**, *Le dottrine generali del Diritto Penale*, Bocca, Milán, 1950, pág 22.

¹² *Semanario Judicial de la Federación*, vol XXVI, pág 1277.

la expresión jurídica, sino la situación objetiva, pues la significación no es sino el medio para llegar al objeto”.¹³

Asimismo, dicho autor menciona que las normas interpretativas en general “tienen la misma función que se atribuye a la interpretación auténtica del legislador para los casos concretos: son normas orientadas a regular y delimitar los poderes del juez que se ejercen en el terreno de la interpretación”.¹⁴

Galindo Garfias dice que cuando hablamos de interpretación “expresamos la idea de penetrar el sentido de aquello que sirve de instrumento para expresar una idea o concepto, un sentimiento o un estado de ánimo”.¹⁵

Como explica **Nicolás Coviello**: “no sólo para aplicar las normas de ley a un caso concreto determinado, sino también y principalmente para el estudio de la teoría y la formación de la ciencia del derecho, es necesario darse cuenta del significado contenido en las palabras de la ley”.¹⁶

7.2 Clases de interpretación

Según el intérprete, es decir, el sujeto que realiza la interpretación, existen tres clases de interpretación: *a) auténtica o legislativa*, *b) judicial o jurisprudencial*, y *c) doctrinal*.

Algunos autores, como **Raúl Ortiz Urquidi**, mencionan la interpretación *privada* y otros, como **Manuel Ovilla Mandujano**, hablan de la interpretación *popular*.

La *interpretación auténtica o legislativa* es la que realiza el legislador y “puede ser de dos clases: contextual cuando se lleva a cabo en la misma norma o en la misma ley, y no contextual cuando se hace en la ley posterior”.¹⁷

¹³ **José Antonio Nino**, *La interpretación de las leyes*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1979, pág 38.

¹⁴ *Ibidem*, pág 42.

¹⁵ **Ignacio Galindo Garfias**, “Interpretación e integración de la ley”, en la obra general *Estudios de derecho civil*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1994, pág 54.

¹⁶ **Nicolás Coviello**, *Doctrina general del derecho civil*, 4a ed italiana revisada por **Leonardo Coviello**, traducción de **Felipe de Jesús Tena**, concordancias de derecho mexicano por **Raúl Berrón Mucel**, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938, págs 70 y 71.

¹⁷ **Manuel Ovilla Mandujano**, *Teoría del derecho*, 1a ed, Editorial Duero, México, 1990, pág 218.

La *interpretación judicial o jurisprudencial* es la que realiza el Poder Judicial, ya sea mediante los jueces o el órgano jurisdiccional, y tiene la característica de ser privada porque se aplica a un caso concreto, y obligatoria porque se debe acatar.

La *interpretación doctrinal* es aquella que realizan los estudiosos de la materia, pero no resulta obligatoria.

Por su parte, **Ortiz Urquidi**, afirma:

Interpretación privada. Se llama así a la realizada por los particulares. Por ejemplo, la que hace un abogado postulante con relación a un determinado precepto legal que invoca en apoyo a sus pretensiones, en la inteligencia de que no se requiere que el intérprete sea precisamente un profesional del derecho, sino que puede serlo cualquier persona, un tendero, verbigracia, que trate de establecer cuál es el sentido de determinada disposición fiscal conforme a la cual debe pagar las contribuciones de su negocio.¹⁸

Interpretación popular. “Consiste en una visión no técnica y que llevan a cabo las personas no expertas en el asunto; este caso se presenta cuando actúan los jurados populares.”¹⁹

En relación con lo anterior, **Eduardo García Máynez** dice de manera interesante:

La interpretación no es labor exclusiva del juez; cualquier persona que inquiera el sentido de una disposición legal puede realizarla. Pero la calidad del intérprete no es indiferente, al menos desde el punto de vista práctico, porque no toda interpretación es obligatoria. Así, por ejemplo, si el legislador, mediante una ley, establece en qué forma ha de entenderse un precepto legal, la exégesis legislativa obliga a todo el mundo, precisamente porque su autor, a través de la norma secundaria interpretativa, así lo ha dispuesto. Si es el juez quien interpreta un precepto, a fin de aplicarlo a un caso concreto, esa interpretación no adquiere obligatoriedad general, pero sirve, en cambio, de base a una norma individualizada: el fallo que en la especie se dicte. Si, por último, un abogado o un particular cualquiera interpretan una disposición legislativa, su interpretación (correcta o incorrecta) tiene un simple valor doctrinal y, por ende, a nadie obliga.

En el primer caso hablamos de *interpretación auténtica*, en el segundo de *interpretación judicial o jurisprudencial* y en el tercero de *interpre-*

¹⁸ **Raúl Ortiz Urquidi**, *Derecho civil*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1982, pág 145.

¹⁹ **Manuel Ovilla Mandujano**, ob cit, pág 218.

tación doctrinal o privada. Las dos primeras tienen, en cambio, carácter *oficial o público*.²⁰

Tratemos de sintetizar las clases de interpretación en el cuadro 7.1.

Cuadro 7.1

| | | |
|----------------|--|---|
| Interpretación | Por el método | <ul style="list-style-type: none"> Histórica Gramatical (filológica) Lógica (teleológica o racional) Sistemática Analógica |
| | Por su resultado | <ul style="list-style-type: none"> Declarativa Extensiva Restriictiva Progresiva |
| | Por su origen | <ul style="list-style-type: none"> Doctrinal (privada o científica) Auténtica (legislativa) Judicial (jurisdiccional o forense) |
| Aplicación | <ul style="list-style-type: none"> <i>Principio de legalidad</i>: para aplicar una norma, ésta debe existir previamente <i>Analógica</i>: prohibida por el art 14 del código penal | |

7.3 Interpretación de acuerdo con el sujeto

En este aspecto, la interpretación puede ser doctrinal, judicial y auténtica.

La *interpretación doctrinal* se refiere a la realizada por los doctos o estudiosos del derecho, entre los cuales cabe citar a los juristas, pero en la mayoría de los casos esta interpretación no tiene gran validez en el sistema judicial mexicano. Únicamente puede servir cuando se invoca en

²⁰ Eduardo García Máynez, ob cit, págs 329 y 330.

las sentencias de los tribunales o sirve de fundamento para redactar leyes.

Es necesario señalar que el valor de la interpretación doctrinal también se encuentra determinado por la corriente jurídica que sea el código penal; también: la doctrina será siempre el faro de la luz hacia donde tiendan los buenos intérpretes en la búsqueda del verdadero sentido del texto legal, y aunque la doctrina ha perdido su obligatoriedad, se puede decir que así no perderá su valor científico al resolver intereses particulares.

La interpretación doctrinal, realizada por los tratadistas y científicos, es útil para la ciencia y acción indirectamente para la aplicación del derecho, la cual no constituye ningún problema legal.

En el terreno teórico, dicha interpretación priva de absoluta libertad para hacer las interpretaciones que, de acuerdo con sus conocimientos o posturas filosófico-juristas, postula cada quien, en cambio, esta interpretación no puede obligar a nadie, como se había mencionado, ni producir consecuencias jurídicas efectivas.

La *interpretación judicial* se lleva a cabo por medio de los órganos jurisdiccionales al analizar los casos y dictar una sentencia con base en el derecho cuestionado. “El juez constituye, pues, el órgano de interpretación de la ley al resolver todos los conflictos planteados ante él y aplicar la ley, aun cuando la interpretación que realiza carece del poder de obligar.”²¹

Hay principios que limitan al juez en su actividad relacionada con interpretar la norma. Así, **Kant Rowics** dice que “el juez debe desempeñar un papel creador y no limitarse a ser un medio de conocimiento.”²²

Por tanto, la misión del juez consiste no sólo en descubrir el derecho, sino también en crearlo.

La verdadera ciencia jurídica es antirracionalista y antidogmática. Le repugnan la analogía, la interpretación extensiva, las ficciones, los pretendidos razonamientos basados en el espíritu de la ley, los sistemas generales que sólo valen por la individualidad de su autor y la deducción, que rechaza en el ámbito de la ciencia del derecho las corrientes que acepta en el de la ciencia natural.²³

En realidad, esa tendencia no se puede catalogar como moderna, pues en la edad media el juez asumía una función creadora, y sin discu-

²¹ **Francisco Pavón Vasconcelos**, *Manual de derecho penal mexicano*, 14a ed, Editorial Porrúa, México, 1999, pág 105.

²² **Kant Rowics**, *Introducción al estudio del derecho*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1983, pág 72.

²³ **Eduardo García Máynez**, ob cit, pág 63.

tir si los ideales de la escuela del derecho libre estén en lo correcto, en materia penal asume un carácter como tarea previa y necesaria para aplicar la ley.

Al mismo tiempo, “las leyes deben ser expresión de la voluntad general, lo cual quiere decir que no deben estar inspiradas por un apetito o interés singular, sino que deben apuntar a principios generales de razón o, lo que es lo mismo, deben proponerse necesariamente para la realización del bien común”.²⁴

Recaséns Siches también señala que éste debe “comprender a todos los individuos sin excepción, además de que no debe servir a los intereses de ningún sujeto ni grupo de sujetos en particular, por no ser la expresión del interés general, es decir, el interés racionalmente dirigido”.²⁵

Dicho autor da a entender aquí que al legislador compete emitir mandatos y prohibiciones de carácter general con vías al bien común, pero no aplicar a casos particulares esos mandatos y prohibiciones, porque ésta es tarea del juez.

Por último, la *interpretación auténtica* es la que se manifiesta “tal cual es la norma”, la que proviene directamente del texto o fuente bibliográfica, por medio de normas de carácter puramente interpretativo o mediante leyes posteriores con idéntico fin. Este tipo de interpretación puede ser *contextual* o *posterior*. La última se refiere al fenómeno de la incorporación: toda ley que surja posterior a la primera deberá incorporarse a ésta.

Puede hablarse también de la jurisprudencia o interpretación jurisprudencial, realizada por los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En México tiene fuerza obligatoria la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en pleno o en salas; es obligatoria para éstas cuando la declare el pleno, así como para los tribunales unitarios y colegiados de circuito, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal y para tribunales administrativos y del trabajo locales y federales, en la inteligencia de que las resoluciones integrarán jurisprudencia siempre que el resultado en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por ocho ministros

²⁴ **Luis Recaséns Siches**, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 2a ed, Fondo de Cultura Económica, México, 1956, pág 149.

²⁵ Ídem.

(arts 192 de la *Ley de amparo* y decimoquinto transitorio de la *Ley orgánica del Poder Judicial de la Federación*).

Las ejecutorias de las salas de la Suprema Corte constituirán jurisprudencia si lo resuelto en ellas se encuentra en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y han sido aprobadas por lo menos por cuatro ministros, así como las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de salas y tribunales colegiados.

7.4 Interpretación de acuerdo con la fuente

Ahora hablaremos un poco acerca de las fuentes del derecho penal entre las cuales la norma ocupa el primer lugar.

Las fuentes pueden clasificarse en tres tipos:

- *Reales o sustanciales*, que a su vez se dividen en históricas y racionales.
- *De producción*, que son las formuladas por el Estado.
- *De cognición, de conocimiento o formales*, que se dividen en escritas y no escritas.

7.4.1 Fuentes reales

Al respecto, **Celestino Porte Petit** afirma que las fuentes reales “constituyen el material que va a dar origen o vida a las normas jurídico-penales, dividiéndose aquéllas en racionales (perennes) e históricas (variables)”.²⁶

Las fuentes reales son motivos de convivencia social tomados en cuenta por el legislador en un momento histórico dado y en determinado lugar; sirven para ver qué pide la sociedad y cómo puede solucionarse mediante las normas. Dichas fuentes recogen las aspiraciones del pueblo y, cuando éstas son escuchadas, pasan a ser parte del derecho positivo.

7.4.1.1 Fuentes históricas

Las fuentes históricas son el conjunto de documentos, papiros, libros, inscripciones, etc, que estuvieron vigentes en el pasado y que permiten conocer el derecho que rigió; por tanto, contienen información muy valiosa,

²⁶ **Celestino Porte Petit**, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, t 1, 15a ed, Editorial Porrúa, México, 1993, pág 90.

ya que por medio de ellas podemos entender cómo han ido cambiando hasta llegar a las leyes de hoy día.

7.4.2 Fuentes de producción

En estas fuentes, el Estado sólo puede dar vida a la norma penal.

7.4.3 Fuentes de cognición

Estas fuentes son las formas como se manifiesta el propio derecho, así como aquellos instrumentos legislativos en que está plasmada la ley y que son objeto de interpretación y de aplicación en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Las fuentes formales son los métodos mediante los cuales se concreta la validez y la fuerza obligatoria de la norma jurídica y suelen dividirse en: ley, jurisprudencia, costumbre y doctrina.

- *Ley*: es una regla general que procede del poder público y debe ser general, abstracta, permanente y coercible.
- *Costumbre*: es el conjunto de usos o hábitos comunes en una sociedad.
- *Jurisprudencia*: es la interpretación que hacen los tribunales competentes al aplicar la ley a los supuestos en conflicto que se someten a su conocimiento.
- *Doctrina*: son los estudios del ámbito jurídico que realizan los investigadores y los doctos en la ciencia jurídica.

La ley, que es la única manera de establecer el derecho penal, debe aplicarse para que el derecho exista; para ello, es necesaria la interpretación. Según el maestro **Pavón Vasconcelos**, “se interpreta una ley cuando se busca y esclarece o desentraña su sentido mediante el análisis de las palabras que la expresan”.²⁷

7.5 Interpretación de acuerdo con los medios

La interpretación puede ser gramatical o literal, lógica o teleológica, histórica, sistemática o analógica.

²⁷ **Francisco Pavón Vasconcelos**, ob cit, pág 103.

7.5.1 Interpretación gramatical

El sentido de la norma penal es claro tal cual viene en el texto; por ello, debe tomarse estrictamente su sentido literal, que consiste en atender sólo al estricto significado de las palabras empleadas por el legislador al expedir el texto legal. Es decir, deben entenderse con precisión las palabras para no caer en errores técnicos.

La interpretación de la ley que sólo atendiese a la redacción gramatical de un precepto legal y que contuviera algún error técnico de imprecisión sólo conduciría a consecuencias funestas. Al respecto, **Pavón Vasconcelos** afirma: “como en muchos casos la voluntad del legislador no encuentra perfecta expresión en la ley, resultando oscuro el sentido de ésta, se impone la necesidad de buscar el significado de la expresión usada por aquél, recurriendo, en primer término, a la gramática”.²⁸

Cuando se busca aclarar la expresión de la ley, el juez no tiene ningún derecho a expresar su pensamiento que sea contrario al verdadero significado de la norma, sino sólo podrá llevar a cabo lo anterior si el legislador así lo reguló. Esta función tiene, en primer lugar, que aclarar la expresión de la ley, para después establecer el sentido del texto que constituye su interpretación.

Algunos juristas consideran que la interpretación gramatical es la forma más simple de lograr una interpretación, porque la ley emplea en la mayoría de sus textos palabras vulgares; entonces debe pasarse de este lenguaje vulgar a uno técnico-jurídico, o sea, modificar los términos para su debida interpretación.

Acerca de la interpretación gramatical, lingüística o filológica, como se le conoce, **Cisneros Farías** dice:

Este elemento también es llamado elemento natural de la interpretación de la ley, ya que la norma jurídica está escrita en signos gráficos, signos humanos de comunicación, palabras o lenguaje gramatical. **Savigny**, líder de la escuela histórica, fue el primero en puntualizar que éste es un elemento natural o necesario en la interpretación de la ley. Precisó, asimismo, que en caso de que la ley sea redactada en un sentido vulgar y también en un sentido técnico de alguna materia, exceptuando la técnica jurídica, se adoptará el primero, porque la ley está destinada al común de los hombres.²⁹

²⁸ *Ibidem*, pág 108.

²⁹ **Germán Cisneros Farías**, *La interpretación de la ley*, 3a ed, Trillas, págs 46 y 47.

Al llamar *elemento natural* a la interpretación gramatical, dicho autor se refiere a que la ley está hecha con base en letras y signos del entendimiento de todos, porque es nuestra forma de comunicarnos. Al realizar la interpretación, se debe procurar que ésta se halle al alcance de las personas que tienen un entendimiento medio, porque las leyes se aplicarán a todos y por lo menos la mayoría debe entender perfectamente a qué se refiere la ley.

En ese sentido, **Villalobos** afirma:

En cuanto a los métodos, lo primero a que lógicamente debe atenderse para iniciar una tarea de interpretación es la fijación del texto, pues, siendo su contenido el que trata de desentrañarse, el trabajo partiría de una base falsa si no se aplicara el estudio a la propia y exacta disposición legal, sino a una versión alterada o supuesta de la misma. Sobre la redacción auténtica del precepto ha de iniciarse el estudio, analizando cuidadosamente sus términos por su valor idiomático y si alguno de ellos se emplea con sentido técnico, científico o jurídico, apegándose a este significado y no a su acepción vulgar. Esto es lo que se llama *método gramatical*.³⁰

7.5.2 Interpretación lógica o teleológica

Esta interpretación consiste en buscar la voluntad de la ley, a la vez que persigue conocer su sentido y alcance, penetrando en la búsqueda del fin de la norma en cuanto a la protección de los bienes o intereses que tutela la ley.

El maestro **Jiménez de Asúa** señala que este tipo de interpretación se refiere a la búsqueda del *telos* y de la *ratio legis* del precepto por interpretar, es decir, qué fin y qué razón persigue la ley, y para descubrirlos se vale, a su vez, del estudio lógico-sistemático e histórico del precepto.

Algunos juristas opinan que el método teleológico es el instrumento más idóneo para captar el sentido de la ley, pues utiliza el estudio lógico-sistemático e histórico del precepto. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho: “de acuerdo con nuestra técnica legislativa, doctrinal y jurisprudencial, toda norma legal debe interpretarse armónicamente sin darle a sus términos mayor alcance del que naturalmente tienen, y además en todo caso debe prevalecer la voluntad o intención del legislador”.³¹

³⁰ **Ignacio Villalobos**, *Derecho penal mexicano*, 4a ed, Editorial Porrúa, México, 1983, pág 147.

³¹ *Semanario Judicial de la Federación*, vol CXV, México, 1962, págs 359 y 360.

7.5.2.1 Elementos de la interpretación teleológica

La interpretación teleológica consta de los elementos siguientes:

- a) *Jurídicos*: histórico, la *ratio legis*, el sistemático y la legislación comparada.
- b) *Extrajurídicos*: político, sociológico, ético, económico y físico-geográfico, entre otros.

1. *Elemento histórico*. Es el conocimiento del origen y del desenvolvimiento de la ley penal. Consiste en ponerse en las mismas condiciones en que se produjo la disposición, a fin de advertir la necesidad que provocó su expedición, el mal que trató de remediarse, el hecho social que quiso impulsar, mantener o prevenir, el interés que debió ampararse jurídicamente, las leyes o doctrinas que sirvieron de modelos o de inspiración y aun el sentido usual que tenían las palabras y frases empleadas. Todo ello contribuirá a trazar la línea directriz hacia el fin que se propuso la ley respectiva y hacia su exacta interpretación.

El elemento histórico comprende los códigos anteriores y los trabajos preparatorios, que a su vez abarcan: ponencias, discusiones, actas respectivas, proyectos elaborados y exposición de motivos.

2. *Elemento sistemático*. Como el ordenamiento jurídico penal es un sistema, cobra gran utilidad la interpretación sistemática o “posición sistemática del precepto y su relación anterior”.³²

En consideración a que el ordenamiento jurídico es un sistema, la norma penal no tiene vida autónoma o separada, sino que está ligada de forma estrecha a las restantes normas, por lo cual es obligado relacionarlas para su interpretación. Así, se afirma que, con base en una interpretación sistemática, se fundamenta el aspecto negativo de la culpabilidad por error esencial e invencible.

3. *Legislación comparada*. La relevancia de la legislación comparada se observará si tenemos en cuenta su relación con el derecho penal, la cual, aunque suele estar incluida de manera autónoma entre los elementos jurídicos, algunos autores, entre ellos **Ranieri**, consideran que forma parte del elemento histórico.³³

³² **Juan del Rosal**, *Principios de derecho penal español*, t II, vol 1, Ed. Valladolid, Valladolid, 1948, pág 104.

³³ *Diritto Penale*, Milán, 1945, pág 41. Por su parte, **Manzini** estima que la legislación comparada es un elemento de interpretación afin al elemento histórico, *Tratado de derecho penal*, t I, Buenos Aires, 1948, pág 835.

En ese sentido, pueden presentarse dos hipótesis:

- Cuando la legislación extranjera ha ejercido influencia en la elaboración de un ordenamiento penal determinado.
- Cuando no han ejercido influencia alguna.

Elementos extrajurídicos. Los autores, cuando hacen alusión a los elementos no jurídicos de la interpretación teleológica, los denominan *elementos extrapenales* o *elementos extrajurídicos*, como **Del Rosal Battaglini** y **Jiménez de Asúa**.³⁴

1. *Elemento político.* Nadie niega la importancia que tiene este elemento para la interpretación; sin embargo, **Manzini** dice que no se deben sobrepasar los límites señalados a la interpretación, confundiendo la política con la justicia y porque ningún legislador tiene necesidad, con el peligro de los intérpretes de manifestar la propia voluntad en el tiempo, en el modo y dentro de los límites que él considera más oportunos. Dicho autor añade que “una cosa es proyectar sobre la norma jurídica la luz intelectual de un principio político superior y otra es ajustar la norma a las exigencias políticas, arbitrarias e incompetentes supuestas por el intérprete. Si lo hiciese así, sustituiría la política a la justicia, desconociendo una de las más esenciales garantías constitucionales”.³⁵

2. *Elemento sociológico.* Es ineludible en cuanto que el intérprete no puede cumplir su misión de encontrar su voluntad del texto legal sin conocer los fenómenos que se producen en la convivencia humana.

3. *Elemento ético.* La investigación del *telos* de la ley penal otorga relevancia a conceptos morales que fundamentan normas penales.

7.5.3 Interpretación histórica

La interpretación histórica se refiere a que la norma debe entenderse en relación con el momento en que se originó, considerando las circunstancias sociales, políticas y económicas prevalecientes en el lugar y momento de su creación y, por último, entender el porqué y para qué de su origen.

³⁴ **Luis Jiménez de Asúa**, *Tratado de derecho penal*, t II, 1a ed, Editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, págs 397 y 398.

³⁵ *Ibidem*, pág 383.

Algunos autores clasifican a la interpretación histórica de la ley penal como un simple elemento de la interpretación lógica o teleología. Un ejemplo de esto lo da el doctor **Eduardo López Betancourt**, quien señala:

La interpretación lógica, también llamada *teleología*, es la que sirve de medios de diversa naturaleza a través de un proceso lógico, los cuales pueden ser de naturaleza jurídica o extrajurídica. En los primeros encontramos el elemento histórico y el derecho comparado, aunque algunos otros autores incluyen el elemento sistemático.³⁶

Cuello Calón señala al respecto:

La investigación de los precedentes históricos de la ley que muestran la evolución de las instituciones que regula es, asimismo, un provechoso elemento interpretativo, como los trabajos preparatorios, ponencias, discusiones y proyectos legislativos.

En las leyes que vayan acompañadas de una exposición de motivos, su examen será de gran valor, pues en ella pueden hallarse importantes datos acerca del sentido y finalidad del precepto legal. En esta indagación, en busca del sentido de la ley se ha de tener en cuenta el fin que el precepto aislado persigue, para lo cual el intérprete atenderá principalmente al bien jurídicamente protegido, sin cuya especial consideración no es posible determinar la *ratio legis*.³⁷

Para **Castellanos Tena**:

El método histórico consiste en ponerse en las mismas condiciones en que se produjo la ley, con el fin de advertir la necesidad que provocó su expedición, el mal que trató de remediarse, el hecho social que quiso impulsar, mantener o prevenir, el interés que debió ampararse jurídicamente, las leyes o doctrinas que sirvieron de modelo o de inspiración y aun el sentido usual que tenían las palabras o frases empleadas. Todo ello contribuirá a trazar la línea directriz hacia el fin que se propuso la ley de que se trate y hacia la exacta interpretación de la misma.³⁸

Por su parte, **Raúl Carrancá y Trujillo** expone lo siguiente:

En cuanto a la interpretación teleológica se vale de varios elementos que permiten establecer la voluntad de la ley, incluso del elemento gramatical,

³⁶ **Eduardo López Betancourt**, ob cit, pág 120.

³⁷ **Eugenio Cuello Calón**, *Derecho penal*, 1a ed, Editorial Bosch, Barcelona, 1980, pág 83.

³⁸ **Fernando Castellanos Tena**, *Lineamientos elementales de derecho penal*, Editorial Porrúa, México, 1960, pág 86.

a fin de fijar su auténtico sentido. Para ello, acopia los elementos histórico y sociológico, que constituyeron la atmósfera en que nació la ley, los trabajos preparatorios que le dieron gestación, el derecho comparado cuando sus preceptos arrancan de otras legislaciones, los precedentes jurisdiccionales y la doctrina. En cuanto al elemento histórico y a los precedentes, el código penal hunde sus raíces en las legislaciones derogadas.³⁹

El intérprete debe indagar el origen de determinada ley y seguir paso a paso su desarrollo y las modificaciones, porque ha pasado antes de asumir el aspecto y los caracteres que tiene el texto actual.

7.5.3.1 Métodos de interpretación

Para **Ignacio Galindo**, los métodos de interpretación son siete:

1. *Método de la escuela exégesis*. Postula que el código contiene todo el derecho civil, por lo que el intérprete debe limitarse a indagar la voluntad del legislador. Al respecto cabe señalar lo siguiente: “si la ley es clara, no es lícito eludir su letra; si la expresión legal es oscura, deberá buscarse el pensamiento del legislador, recurriendo a los trabajos preparatorios, a las discusiones del proyecto en el seno del Poder legislativo; a falta de conocimiento de la voluntad del legislador por estos medios, se recurrirá a los principios generales del derecho”.⁴⁰

2. *Método propuesto por la escuela dogmática*. Su expositor es **Savigny**, quien creyó que la interpretación es una actividad necesaria no sólo en el caso de oscuridad en los textos, sino también en toda aplicación de normas. Dicho autor sostuvo que la interpretación consta de 4 elementos: el gramatical o filológico, el racional o lógico, el histórico y el sistemático.⁴¹

3. *Método teleológico*. Su principal exponente es **Ihering**, quien considera que el intérprete debe tener presente siempre el fin de la norma jurídica y analizar cuál es el interés jurídicamente protegido por el precepto.

4. *Método de Saleilles o de la evolución histórica*. Para este autor, “en la interpretación debe aludirse a los elementos externos de la ley, a las costumbres, a las concepciones morales y a las modificaciones que operan en el seno de la sociedad, para hacer que el texto se transforme por sí mismo, merced a la interpretación, al ritmo del desenvolvimiento social. Es, pues, una interpretación evolutiva”.⁴²

³⁹ Raúl Carrancá y Trujillo, ob cit, pág 177.

⁴⁰ Ignacio Galindo Garfias, ob cit, pág 200.

⁴¹ Manuel Ovilla Mandujano, ob cit, págs 220 y 221.

⁴² Ignacio Galindo Garfias, ob cit, págs 200 y 201.

5. *Método de la escuela de la libre investigación científica*. La fundó **François Geny**, quien hace una crítica de la escuela exegética y dice que un texto claro debe interpretarse por medio de elementos extrínsecos para conocer el sentido y alcance racional de la fórmula, la finalidad que el legislador persiguió al dictar la ley y las circunstancias que determinaron la aplicación del precepto. Luego, el mencionado autor añade que la interpretación lógica y la gramatical se complementan, por lo cual critica a las escuelas que hacen distinción entre una y otra.

6. *Método de Kantorowicz o del derecho libre*. **Kantorowicz** rechaza toda interpretación racional, dogmática, de los textos y, por tanto, la realización de la justicia, particularmente al llenar las lagunas de la ley, pues no puede alcanzarse con la analogía, ni con la interpretación extensiva, ni con los principios generales de derecho.

7. *Método de la teoría pura del derecho*. Lo expone **Kelsen** al decir:

De acuerdo con esta teoría, cuando hay que aplicar una norma inferior, el legislador o el intérprete encuentran que una norma superior prevé no sólo el procedimiento de la producción de norma inferior, sino el contenido de ella. Esta determinación nunca es completa, siempre hay un margen más o menos amplio para la aplicación de la norma, dentro del cual el juzgador puede moverse legítimamente ya sea porque la norma superior autorice al juez, o bien porque la disposición de la norma que trata de aplicarse es ambigua, permitiendo varias interpretaciones. El juez, al optar por las posibilidades que le brinda la ley, ejerce un acto de voluntad o es en este sentido creador de normas individualizadas.

Respecto a las lagunas de la ley, si en el ordenamiento no existe una disposición aplicable, no podrá incluirse el caso concreto dentro del ordenamiento jurídico; el juez, ante esta situación, puede establecer su propio criterio mediante un acto de voluntad, creando en ese momento una norma individualizada.⁴³

7.6 Interpretación de acuerdo con los resultados

Según este criterio, tal clasificación se divide en: declarativa, extensiva, restrictiva y progresiva.

1. Hablamos de *interpretación declarativa* cuando no existe duda alguna entre el contenido de la norma y su expresión, o sea, entre el significado de la norma penal y su redacción en el código. Es declarativa porque sólo expresa el significado escrito de la disposición.

⁴³ *Ibidem*, pág 201.

2. La *interpretación extensiva*, “supone un texto estrecho para la intención de la ley, pues la voluntad de ésta tiene mayor amplitud con relación al significado de las palabras usadas por el legislador”.⁴⁴

Se extiende el texto de la ley a la voluntad de ésta, de modo que la ley es extensiva porque no abarca todas las acciones para la cual fue creada.

Cuello Calón dice que tal interpretación se presenta “cuando la letra no expresa todo el contenido de la voluntad de la ley y es preciso dar a los términos empleados un significado más extenso que el estrictamente gramatical”.⁴⁵

En algunas ocasiones, cuando estamos ante una inexacta comprensión de interpretación extensiva, algunos estudiosos del derecho penal la consideran peligrosa del principio de reserva o exclusividad. Esta situación ha llegado a algunos tribunales de México y se ha confundido con la figura de aplicación analógica de la ley. En tal virtud, en el art 14 constitucional se menciona lo siguiente:

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

Esto quiere decir que la Carta Magna prohíbe todo tipo de interpretación extensiva en perjuicio de la persona acusada.

3. La *interpretación restrictiva* es lo contrario de la extensiva, pues reduce el alcance del texto de la ley para que haya concordancia con la voluntad de ésta. Tal interpretación sirve en beneficio de la persona acusada por cometer algún delito, e incluso se puede relacionar con el principio de irretroactividad de la ley penal (ninguna ley puede ser retroactiva en perjuicio del sentenciado).

Asimismo, se restringe el texto de la ley a la voluntad de ésta porque la sobrepasa; en cuyo caso la ley abarcó más cosas o bienes de los que debía o para los cuales estaba hecha.

4. La *interpretación progresiva* se refiere al cambio o evolución de la norma penal con el transcurso del tiempo, para adaptarla a las necesidades que el actual derecho exige en una sociedad determinada. Si las normas penales se promulgan, para que en cierto momento sirvan para delitos futuros, la interpretación progresiva deberá ocupar un lugar muy importante para los jueces que realizan dicha actividad. Esto no quiere

⁴⁴ **Francisco Pavón Vasconcelos**, *Manual de...*, pág 110.

⁴⁵ **Eugenio Cuello Calón**, ob cit, pág 43.

decir que se exceda en la ejecución de ese principio, sino sólo se busca armonizar la ley con las situaciones de la época.

Esta interpretación debe ser utilizada cuidadosamente para no rebasar los límites señalados en la ley, la cual ha de evolucionar conforme pasa el tiempo, pues los delitos de hoy día no son los mismos de épocas pasadas. Además, tal interpretación es importantísima e inherente a la vida jurídica y a la existencia del ser humano, porque tanto la ley como la humanidad están en constante evolución, y una con otra deben interactuar para conformar una adecuada interpretación.

Pavón Vasconcelos afirma que el derecho es algo vivo y cambiante como las necesidades; indudablemente, su sentido varía de acuerdo con las concepciones de la vida, de manera que en ocasiones debe interpretarse de forma progresiva para adaptarlo al presente.

Todo aquel que realice la interpretación progresiva debe estudiar las modificaciones hechas a la norma penal aplicable, para así formarse un criterio con amplia certeza jurídica.

7.7 Interpretación por analogía

Un razonamiento análogo puede ser de lo particular a lo particular análogo o de lo singular a lo singular análogo; pero la analogía jurídica establece la justicia de un trato igual para dos casos esencialmente iguales, consagrando la justicia de la igualdad. Por ello, en materia penal se dispone que el análisis lógico que establece la semejanza entre un hecho tipificado como delito y otro no previsto como tal no es suficiente para dar a ambos el mismo tratamiento jurídico.

La analogía incluye tres argumentos fundamentales: *a pari*, *ad major ad minus* y *ad minori ad maius*. Así, la aplicación analógica se realiza porque hay igualdad o paridad de motivos para resolver un caso no previsto en relación con otro previsto.

Según **Norberto Bobbio**, “el razonamiento por analogía es aquella operación llevada a cabo por los intérpretes del derecho, mediante la cual se atribuye a un caso o a una materia que no encuentra una reglamentación expresa en el ordenamiento jurídico la misma disciplina prevista por el legislador para un caso y para una materia similar”.⁴⁶

⁴⁶ **Norberto Bobbio**, *Teoría general del derecho*, 2a ed, Editorial Temis, Bogotá, 1997, pág 269.

La interpretación por analogía tiene especial importancia en el derecho positivo mexicano, pues nuestra legislación lo consagra expresamente en el art 6o del código civil,⁴⁷ que establece:

Los jueces no pueden dejar de juzgar en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

Si una cuestión no puede resolverse por las palabras ni por el espíritu de los preceptos de este código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos o materias análogas y, en su defecto, se acudirá a los principios generales del derecho.

Según **Ulrich Klug**, “se habla de analogía en el derecho cuando una disposición establecida para ciertas situaciones es aplicada a otras situaciones un tanto distintas, pero con las que tiene en común las relaciones esenciales”.⁴⁸

En ese orden de ideas, la analogía se convierte en un método para cubrir lagunas u oscuridades de la ley. Además, es uno de los métodos que permiten al juez salir del estancamiento provocado por la laguna, y tiene como presupuestos tanto la imposibilidad del legislador de prever todos los casos posibles como que ningún caso puede quedar sin solución.

La analogía jurídica constituye un instrumento importantísimo utilizado por los juristas para la aplicación interna de un sistema legislativo; asimismo, representa en realidad un triple papel en la interpretación de la ley:

- a) Como procedimiento para construir partes que falten de una norma y para ampliar el alcance de las leyes a casos no incluidos en ella (analogía *legis* o analogía de la ley).
- b) Basada en un precepto particular para aplicarla a casos semejantes en su esencia.
- c) Se descartan las condiciones no esenciales y, una vez purificada, se aplica a los casos que pertenezcan a ella. En la medida en que se elimine mayor cantidad de condiciones, mayor será el número de casos resueltos por la disposición legal.

⁴⁷ **Fernando Castellanos**, ob cit, pág 359.

⁴⁸ **Guillermo Colín Sánchez**, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 5a ed, Editorial Porrúa, México, 1979, pág 592.

Un ejemplo de aplicación analógica en el sistema jurídico es el art 162 del código civil⁴⁹ (actualmente derogado por la ley 1/92), que dispone:

La obligación de mantener a la esposa cesa para el marido por el abandono que ella hiciera sin justa causa del domicilio conyugal, si rehusare a volver a él.

El caso por resolver mediante la analogía, el del esposo que abandona el domicilio conyugal y se rehúsa a volver a él aunque reclame alimentos a la esposa, no está previsto de modo expreso, y para llenar la laguna se necesita la aplicación de la analogía.

El juez, al resolver la cuestión por la analogía legal, tiene que eliminar aquellas condiciones que considere superfluas o innecesarias. El caso se resolvió por la analogía legal, al eliminar una condición que se consideró no esencial, con lo cual se amplió el ámbito de aplicación de la norma inicialmente transcrita del art 162 del código civil, como procedimiento para explicar la norma general en que debe subsumirse determinado caso no previsto (analogía *juris* o analogía del derecho).

Basada en una pluralidad de disposiciones particulares, por medio de un procedimiento inductivo, la analogía jurídica desarrolla principios generales y los aplica a los casos no ubicados en ninguna de las prescripciones legales. Otros autores lo conocen como *principios generales del derecho*, por ejemplo: en el derecho se puede considerar el caso de la buena fe, concepto no definido de modo genérico, pero que tiene tratamiento en diversos casos particulares, como en los arts 286, 288, 372, 689, 714, 997, 1251, 1779, etc, del código civil.

Razonamiento lógico por analogía. Es aquel por el cual, puestos dos términos ligados por una semejanza, se atribuye al segundo el predicado del primero, pasando de lo individual a lo individual. Así, cuando el art 16 del código civil se refiere a las leyes análogas, no alude a cierto método interpretativo que excluya a los otros métodos, sino que suministra materiales que van a elaborarse de acuerdo con uno u otro método interpretativo y con el razonamiento deductivo o inductivo.

Aplicada al derecho, la analogía lógica tiene la tarea de ayudar a formar la norma general que rige ciertos casos no considerados en las leyes vigentes.

⁴⁹ Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Introducción al derecho*, 2a ed, Fundación de Cultura Universitaria, México, 1991, pág 247.

La analogía utilizada como sistema de interpretación fue vetada desde la época de **Justiniano**, pero los glosadores, durante los siglos XII y XIII, establecieron un principio de interpretación analógica en los términos siguientes: *procedere de similibus ad similla* (proceder de manera semejante en casos similares).

Lagunas, analogías y principios generales. La analogía es una de las posibilidades de sanar las lagunas, de modo que se recurre a una ley análoga para salir del vacío y resolver el caso. Los principios generales del derecho constituyen otra vía para superar esa insuficiencia.

Tanto la analogía como los principios generales del derecho están reconocidos por nuestro código civil como soluciones al problema de las lagunas en forma sucesiva no optativa. En este sentido, cuando la cuestión no puede resolverse por la operatividad de las leyes análogas, son aplicables los principios.

La analogía vedada en el derecho penal. La doctrina penal sostiene en México que la mera interpretación de los conceptos legales no infringe el principio de legalidad; sin embargo, se considera que en esto no hay una extensión interpretativa analógica.

Se debe señalar que algunos penalistas y jueces mantienen el rigor originario del principio en materia penal y señalan que ni siquiera es posible acriminar una conducta nueva, no conocida años antes, al dictarse la ley penal, pese a que el lenguaje de ésta lo permitiría hoy. En este orden de ideas, **Arthur Kaufmann**⁵⁰ alega que “el legislador moderno se sirve cada día más de la analogía”, incluso en el derecho penal. Se piensa en los supuestos de hecho en los que se describe el caso base del delito respectivo, seguido de reglas similares al caso base, y en los cuales se puede decidir de forma análoga.

La analogía permitida en el derecho administrativo. En el derecho civil, el principio de la extensión interpretativa se admite plenamente en todas sus formas, aunque se hacen algunas excepciones a la regla.

En el derecho administrativo, tanto en la ley de individualización estrecha como en la ley faltante procede el razonamiento por analogía, mientras que en la ley incompleta se aplica lo mismo. Una cosa es aplicar subsidiariamente a la conducta administrativa de derecho público normas comunes en ausencia de leyes administrativas y otra aplicarlas por analogía.

⁵⁰ **María José Falcón y Tella**, *El argumento analógico en el derecho*, 1a ed, Civitas, Madrid, 1991, pág 256.

El órgano administrativo, lo mismo que el juez, no puede negarse a ejercer sus funciones administrativas con el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley.

El doble aspecto de todo razonamiento por analogía. Se entiende como lógico y axiológico.

- a) *Lógico*: la analogía jurídica es la estimación de que la analogía lógica es justa, a partir del supuesto de que si dos casos son sustancialmente iguales y uno de ellos está regulado en forma por el derecho, será justo regular de igual modo el otro.
- b) *Axiológico*: el fundamento axiológico es el producto o resultado de dos procesos sociológicos desenvueltos paralelamente en la historia de la cultura.

La analogía comparada con los otros métodos de razonamiento. La analogía no es una conclusión lógica como la inducción, la abducción y la deducción, sino una comparación de hechos con una estructura muy compleja. Procede en círculos, a un mismo tiempo, caso, norma y resultado, los cuales se condicionan mutuamente.

El círculo hermenéutico es una condición trascendental del entendimiento. Por otra parte, el juez necesita el elemento analógico en la interpretación del caso para construir un supuesto de un hecho.

La validez del procedimiento analógico depende de dos factores:

- a) Se deben presentar en lo posible muchos casos para ampliar la base de la comparación.
- b) Elección del punto de comparación y determinación de las características comparadas.

La creación del derecho procede de manera deductiva-inductiva en forma analógica.

Diferencias entre interpretación analógica y aplicación analógica. La aplicación por analogía consiste en formular la norma aplicable por carecer de ella el ordenamiento jurídico, lo cual provoca la creación de los delitos no establecidos por la ley. A su vez, la interpretación analógica aclara la voluntad de la norma, al abarcar situaciones en que se encuentra inmerso el propósito de la ley y no se describen expresamente.

En la Carta Fundamental se prohíbe la aplicación analógica, pues si la aplicara el juez, equivaldría a la integración de la ley y tal hecho corres-

ponde al legislador, mientras que la interpretación analógica se realiza para apoyar una situación prevista en la misma norma jurídica. En un caso concreto el art 387 del *Código penal para el Distrito Federal* establece:⁵¹ “al que obtenga dinero, valores o cualquier otra cosa ofreciendo...”, con lo cual se faculta al intérprete a usar la analogía como sistema o método de interpretación.

Carrancá y Trujillo expresa:⁵² “la justificación de estos casos de interpretación analógica judicial está en la voluntad del legislador auténticamente expresada, por lo que no se viola el principio de la garantía criminal y penal”.

A su vez, **Pavón Vasconcelos** dice:⁵³ “la analogía debe conectarse, necesariamente con el problema de la integración de la ley penal”.

La interpretación analógica consiste, como afirma **Paoli**:⁵⁴ en un medio lícito de comprensión de la ley penal, por cuanto una disposición oscura o dudosa “puede ser entendida de acuerdo con otros textos penales que regulen casos semejantes”.

Por último, la analogía es un procedimiento considerablemente inseguro (sobre todo cuando se refiere a la analogía legal), en razón de que la determinación de las condiciones no esenciales o superfluas que habrán de suprimirse depende de una decisión muy subjetiva y en extremo opinable.

No existe regla precisa que permita establecer con toda seguridad de cuáles condiciones podemos prescindir para dar lugar al argumento de analogía. Sin embargo, de acuerdo con la confirmación de **Manuel Atienza Rodríguez**,⁵⁵ “la conclusión a que lleva un razonamiento analógico es siempre un juicio problemático, en el sentido de que es simplemente plausible...”

7.8 Interpretación por mayoría y minoría de razón

La mayoría es el número mínimo exigido por leyes o estatutos para que, alcanzado por los votos coincidentes sobre una moción determinada, convierta a ésta en resolución.

⁵¹ **Fernando Arrilla Bas**, *Derecho penal*, parte general, 1a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 350.

⁵² *Idem*.

⁵³ **María José Falcón y Tella**, ob cit, pág 256.

⁵⁴ **Cesare Paoli**, *Derecho penal mexicano*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1972, pág 290.

⁵⁵ **Enrique Cury Ursúa**, *Derecho penal*, parte general, 2a ed, t I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, pág 385.

La determinación de cuál es la mayoría necesaria para las diversas resoluciones ha sido estructurada por las leyes según la importancia de cada tema y el tipo de asamblea de que se trate.

El argumento por mayoría de razón (*a minori ad majus*) diferente del analógico consiste en casos no previstos en una norma y semejantes a los establecidos en ella, con las mismas consecuencias que en los previstos, porque los primeros representan mayor *ratio legis* que los segundos. Por tanto, la mayoría de razón llega a ser una especie de analogía *iuris*.

La analogía y la mayoría de razón presentan un denominador común, que es una laguna legal, y dos diferencias fundamentales. Así, en la analogía hay:

- Un caso previsto en la norma y otro no previsto.
- Semejanza, es decir, parecido entre el caso previsto y el no previsto.
- *Ratio legis*, igualmente intensa en el caso previsto y en el no previsto.

A su vez, en la mayoría de razón existe lo siguiente:

- Un caso previsto en la ley y otro no previsto.
- Desemejanza entre el caso previsto y el no previsto.
- *Ratio legis* más intensa en el caso no previsto que en el previsto.

De este modo, la ley penal en su interpretación por mayoría de razón no es más que el entendimiento de la norma con casos previstos y semejanzas entre sí, con la conformación de la *ratio legis*.

Esa interpretación suele confundirse con la interpretación analógica por la semejanza en cuanto a su estructura, pero no debemos olvidar que ambas contienen diferencias, como el sentido a lo que esté dirigida.

7.8.1 Requisitos de existencia de la mayoría de razón

Al observarse la existencia de un vacío en la ley, de una laguna, surge un proceso de integración de aquélla, que puede ocurrir por las mismas leyes, por el orden positivo o por el derecho natural, la equidad o los principios generales del derecho.

La aplicación de la analogía por el juzgador es necesariamente uno de los procesos de la integración de la ley, llamado mayoría de razón, por no ser tomada de una ley en particular sino de un cuerpo de leyes, por lo

cual un requisito para su existencia se refiere a la ausencia de una ley vigente aplicable a un caso.

La analogía también necesita la *ratio legis*, que debe tener tres características: ser su fundamento y no una consecuencia, ocurrir entre el supuesto de hechos regulado y el caso no regulado y ser externa; así, la semejanza debe ser relevante o esencial y no de cualquier similitud. A su vez, de acuerdo con **Falcón y Tella**,⁵⁶ “se exige que haya una disposición jurídica análoga al supuesto no regulado”. Así, este autor⁵⁷ afirma “en el argumento analógico en el derecho, en relación con la mayoría de razón, se hace un estudio minucioso, exhaustivo, del concepto”.

Por ello, en su sentido general, la analogía puede ser vulgar, matemática, filosófica, lógica, metafísica, psicológica, criteriológica y jurídica. En cuanto a su sentido jurídico:

- a) *Como concepto*: es al que no podemos referirnos de modo unívoco ni equívoco, pues asume varias verdades y posibilidades de error. Se denomina *concepto abierto*, que se aplica a un caso central y de forma semejante a los de penumbra o de distancia del centro.
- b) *Como juicio*: en cuanto a concepto referido a otros conceptos, distantes entre sí y próximos en alguna semejanza, tanto el ser como el juicio son de relaciones y se distinguen por la verdad o falsedad en el juicio que pueda haber.
- c) *Como argumento*: es una inferencia, una de cuyas premisas consiste en una proposición que expresa analogía en alguno de los dos sentidos anteriores.
- d) *Como prohibición constitucional en materia penal*. Se encuentra también en materia penal la prohibición relativa a la interpretación lógica, en referencia a la interpretación extensiva de la *ratio* por identidad, por semejanza y por mayoría de razón. Las razones no expresadas en la ley penal para argumentar una imposición o pena, por parte del juzgador, están prohibidas en materia penal en el rango constitucional.

⁵⁶ **María José Falcón y Tella**, ob cit, pág 28.

⁵⁷ Ídem.

7.9 Interpretación a *contrario sensu*

De manera muy acertada, **Eduardo García Máynez** enseña: “los procedimientos que hemos descrito no siempre permiten, por desgracia, descubrir el sentido de la ley, pues hay situaciones que el legislador no pudo prever. Pero, aun en esta hipótesis, la fórmula legal es susceptible de procurar la solución que se busca. Hay entonces que utilizar los recursos que brinda al intérprete la lógica formal”.

Dicho autor añade en cuanto al *argumento a contrario*:

Cuando un texto legal encierra una solución restrictiva, en relación con el caso a que se refiere, puede inferirse que los no comprendidos en ella deben ser objeto de una solución contraria, por ejemplo: el art 8o de la Constitución federal establece que, en materia política, sólo podrán hacer uso del derecho de petición los ciudadanos de la República. Interpretando *a contrario* el precepto citado, llégase lógicamente a la conclusión de que los no ciudadanos, un extranjero, verbigracia, o un menor no pueden hacer uso, en materia política, de tal derecho.⁵⁸

Con esto observamos que la interpretación a *contrario sensu* es muy importante, pues muchos preceptos jurídicos necesitan esta interpretación como en el ejemplo que da el maestro **García Máynez**. Por ello, al interpretar una norma jurídica, tiene que estar presente para cualquier sujeto que pretenda hacerlo.

7.10 Interpretación real

Podemos decir que la interpretación legislativa, también llamada *real*, da el significado en el sentido de que desde su origen la norma jurídica está interpretada; por ende, no debe hacerse otra interpretación.

Un pequeño antecedente de esta interpretación es que en los tiempos del Imperio romano se estableció como regla absoluta, que el emperador era el único facultado para interpretar las leyes dictadas por él cuando eran oscuras y dudosas. Por ello, el juzgador se abstenía de interpretarla y suspendía el procedimiento, remitiéndolo ante el rey, para que éste lo continuara y fijara el sentido del texto legal debatido. Con esto es notorio que se han modificado las facultades en materia interpretativa

⁵⁸ Eduardo García Máynez, ob cit, pág 335.

en la historia, si bien en principio esta facultad era del legislador y con posterioridad pasó a tener lugar en los órganos judiciales y doctrinales.

Al respecto, **Rojina Villegas** afirma:

La interpretación auténtica no es en realidad interpretación jurídica, según hemos entendido. El legislador puede imponer un sentido determinado de la ley por medio de una ley posterior; pero lo que así hace es sólo expedir una nueva ley, que complementará, aclarará o reformará la primeramente dictada, mas no constituirá por esencia la determinación del significado intrínseco de esta última para aplicarla a un caso concreto.⁵⁹

La interpretación auténtica se presenta en el derecho mexicano con todas las características que la ley contenga en referencia a un texto legal determinado para esclarecer su contenido, pero sin reformar ni derogar la ley interpretada.

También podemos decir que el legislador, después de dictada la ley para figurar su intención y alcance, no olvida que sólo el mandato fija los límites materiales de aplicación de una norma diversa.

Otro punto que debemos tomar en cuenta es que la interpretación se considera técnica integradora del mensaje legislativo, como si fuera un ciclo que sigue con las causas y su interpretación junto con las fases de su empleo, que son la interpretación y aplicación sucesiva, a los casos concretos, donde hay una aplicación de la voluntad expresada por el legislador.

La interpretación y aplicación de la ley son términos relacionados entre sí dialécticamente, que en la experiencia jurídica, se utilizan y relacionan de forma mutua. Asimismo, puede haber una interpretación doctrinal de un mensaje legislativo proveniente de un ordenamiento jurídico que ya no está en vigor.

En ese caso, el intérprete, permaneciendo siempre en el ámbito discursivo, realiza una tarea intelectual similar a la del crítico literario. Pero la interpretación que hace el jurista en relación con una ley del ordenamiento vigente está siempre orientada a firmar una consecuencia práctica suya; sin embargo, no debemos olvidar que no hay aplicación posible de una ley sin recurrir a su interpretación.

El aforismo latino, en su significado original, tenía una función específica: hacer prevalecer la voluntad del legislador sobre la del comenta-

⁵⁹ **Rafael Rojina Villegas**, *Introducción al estudio del derecho*, 3a ed, Editorial Porrúa, México, 1994, pág 182.

rista, pero en el uso habitual ha adquirido un sentido engañoso. Por otra parte, la claridad de una ley nunca está aislada del orden jurídico al que pertenece, y la interpretación puede definirse como una técnica integradora del mensaje legislativo, pues por obra suya dicho mensaje adquiere verdadera forma para los interesados.

La interpretación real expresada como un mensaje legislativo sólo es una especificación de la ley interpretativa en general, de la ley entendida como factor interpretativo de la legislación. Ejemplos de la interpretación real son los conceptos de ventaja, alevosía y traición, establecidos en el código penal federal:

Art 316. *Se entiende que hay ventaja:*

- I. *Cuando el delincuente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se halla armado;*
- II. *Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que lo acompañan;*
- III. *Cuando se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido, y*
- IV. *Cuando éste se halla inerme o caído y aquél armado o de pie.*

Art 318. *La alevosía consiste en sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse, ni evitar el mal que se le quiera hacer.*

Art 319. *Se dice que obra a traición el que no solamente emplea la alevosía sino también la perfidia, violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima, o la tácita que ésta debía prometerse de aquél por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquiera otra que inspire confianza.*

7.10.1 Garantía de la exacta aplicación de la ley

El art 14 constitucional es uno de los pilares en los que descansa el ordenamiento jurídico mexicano. Junto con el art 16, es el más invocado en las demandas con que se inician los juicios de amparo, ya que contiene cuatro de las más importantes garantías de seguridad jurídica:

- La de la irretroactividad de la ley.
- La de audiencia.
- La de legalidad en materia civil.
- La de legalidad en materia penal.

El antecedente directo de este artículo lo encontramos en la Constitución del 5 de febrero de 1857, cuyo proyecto contenía tres artículos que hacían referencia al contenido de aquél: el 40, que prohibía expedir leyes retroactivas (*ex post facto*, agregaba); el 21, el cual señalaba que la imposición de determinadas sanciones penales no podía hacerse “sino por sentencia, pronunciada según las formas y bajo las condiciones establecidas en las leyes del país”; y el 26,⁶⁰ de contenido más amplio, que expresaba: “nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de la propiedad, sino en virtud de sentencia dictada por la autoridad competente y según las formas expresamente fijadas en la ley y exactamente aplicadas al caso”.

La creación en la Constitución de 1917 de los párrafos tercero y cuarto, inexistentes como tales en la de 1857, ha permitido destacar con mayor fuerza la garantía de la exacta aplicación de la ley, como una de las especies de las garantías de procedimientos, al obligar a los juzgadores a ajustar totalmente sus resoluciones al marco de la ley, aunque en materia de juicios civiles, a falta de ésta, deben emplearse la interpretación jurídica, así como los principios generales de derecho para resolver una controversia, aplicando la norma jurídica al caso concreto.

En cuanto a la interpretación de la ley, **Emilio Rabasa** dice⁶¹ con gran seriedad:

Es mucho menos grave que su sustitución por el arbitrio judicial, es absolutamente necesaria en el procedimiento, y todavía lo es en las demás leyes penales, contando aún que definen el delito; durante el juicio, el juez que no pudiera buscar la razón del precepto para guiarse se encontraría a cada paso detenido por falta de disposición expresa para la infinita variedad de los casos prácticos; para calificar un hecho, llegaría a las resoluciones más absurdas si no le fuera permitido penetrar el espíritu de la ley y atenerse a él.

A su vez, el párr tercero del art 14 constitucional establece:

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

⁶⁰ *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, H. Cámara de Diputados, LV Legislatura, 4a ed, t III, Miguel Ángel Porrúa, Librero-Editor, México, 1994, págs 77, 78 y 79.

⁶¹ **Miguel Ángel Cortés y Barra**, *Derecho penal*, 4a ed, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992, pág 42.

Juventino V. Castro, en su obra *Garantías y amparo*, señala:⁶²

Por otra parte, no debe caerse en el fácil error en que algunos autores incurren cuando se afirma que en el derecho penal está prohibido el uso de la analogía, de la mayoría de razón, de la interpretación extensiva y de otros medios de interpretación similares, ya que lo único que se prohíbe es la *creación de delitos y penas* por medio de la interpretación o la extensión, pero en tratándose de situaciones diversas a ésta se pueden perfectamente usar los sistemas interpretativos que son comunes al derecho.

Éste es el caso del uso del método interpretativo para las normas de derecho procesal penal, y otros casos resueltos por los tribunales (cuando no se producen perjuicios, sino beneficios), lo cual permite hacer las aclaraciones siguientes:

1. Cuando la disposición constitucional habla de juicios del orden civil, se refiere exclusivamente a juicios en que se dirimen cuestiones de orden privado en contraposición a las de orden público; por tanto, incluye los juicios estrictamente civiles y los mercantiles.
2. Igualmente, el cuarto párr del art 14 constitucional abarca los juicios laborales y los procesos administrativos.
3. Esta disposición menciona a la sentencia definitiva como el acto en el cual debe haber una conformidad con las disposiciones legales, para que no resulte violatorio de garantías individuales. Por criterio jurisprudencial se ha establecido que el acto reclamado debe referirse a una resolución definitiva, porque contra ésta no existe recurso o medio de defensa legal que permita su modificación o revocación, pero que la sentencia no ha de referirse a la que finaliza un asunto, pues puede ser una sentencia interlocutoria o una resolución definitiva cualquiera, aunque no se trate de una sentencia, sino de un proveimiento que no tenga esas características.

En cuanto a juicios del orden civil, en los cuales debe estarse a lo que a la letra dice la disposición legal, ésta puede ser interpretada y, en los casos de ausencia de ella, atenerse a los principios generales de derecho. La alusión que hace el párr cuarto del art 14 constitucional respecto a los principios generales de derecho reside en que “son aquellas normas de derecho positivo aplicables a la cuestión que está por decidirse, porque

⁶² **Juventino Castro y Castro**, *Garantías y amparo*, 9a ed, Editorial Porrúa, México, 1996, pág 242.

corresponden al sistema o al espíritu del cuerpo concreto de las normas de derecho objetivo aplicables y que, aunque no hacen una referencia exacta al caso, evidentemente lo estructuran y lo envuelven dentro de una correcta sistemática jurídica”.⁶³

El código civil no define tampoco lo que debe entenderse por principios generales de derecho. Al respecto, es interesante el criterio que sobre el tema ha elaborado nuestro máximo tribunal:

*Son principios generales de derecho, verdades jurídicas notorias, indiscutibles de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del derecho, de tal manera que el juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiera pronunciado si hubiera estado presente, o habría establecido si hubiere previsto el caso: siendo condición de los aludidos principios que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de llenar (sentencia del 15 de marzo de 1938, SJF, t IV, pág 2641).*⁶⁴

Y es como lo enseña **Roque Molla**, respecto a este párrafo precedente, que constituyen la plenitud hermética:

...Las notas esenciales de todo ordenamiento jurídico: coherencia y plenitud. Un ordenamiento jurídico, si no es coherente y pleno —esto es, coherencia en el sentido de no tener contradicciones y plenitud en cuanto a autosuficiencia—, desde el punto de vista científico deja de ser tal, es decir, deja de ser ordenamiento jurídico, pues no es una estructura, no es un sistema.⁶⁵

El sistema del orden jurídico vigente ha de considerarse necesariamente completo, plenario y hermético, es decir, sin lagunas. Es evidente que éstas existen en el conjunto de materiales del derecho positivo.

Es un hecho que en el conjunto de leyes, reglamentos, costumbres, precedentes jurisprudenciales, etc, que integran el derecho formulado de un orden jurídico hay vacíos, pero éstos deben ser rellenados por quien ejerce la función jurisdiccional.

La interpretación de las leyes han de hacerla los tribunales y no el legislador. El deber del juez es aplicar la ley, y negarse a resolver el caso o diferirlo cuando la ley no es clara conlleva denegar la justicia.

⁶³ *Ibídem*, pág 242.

⁶⁴ Citado en el *Código civil para el Distrito Federal* en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Libro Primero “De las Personas”, 3a ed, t I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, México, 1993, pág 22.

⁶⁵ **Roque Molla**, “Tasas de interés cuando éste se pacta como cláusula de mantenimiento de valor”, *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t 79, enero a junio de 1993, núms 1 al 6, pág 53.

UNIDAD 8

Ámbitos de validez de la ley penal

Objetivo particular: *Al concluir esta parte del curso, el alumno:*
Advertirá la validez de la ley de acuerdo con sus ámbitos de aplicación.

8.1 Validez de la norma penal

Para que una norma penal surta sus efectos jurídicos, debe someterse a diversos criterios de validez.

8.1.1 Validez espacial

La norma penal sólo puede regir en un territorio determinado. Recordemos al respecto que el Estado lo forman la población, el gobierno y el territorio; este último elemento trata la validez espacial.

Existen también ordenamientos exclusivos dentro de una nación que rigen en un área determinada; por ejemplo, en México cada entidad federativa posee sus códigos penales que sólo tienen valor en dichos estados. Para comprender con mayor exactitud este punto, sólo se puede aplicar la ley mexicana en el territorio nacional (lo marcan la geografía y la Constitución política: haciendo mención de los 31 estados, el Distrito Federal y las islas que forman parte del territorio nacional, el mar territorial y el espacio aéreo).

Asimismo, hay una figura muy interesante que se denomina *ficción jurídica*, la cual considera que también los barcos y aeronaves nacionales forman parte del territorio nacional, al igual que las embajadas y consulados en el exterior de origen mexicano.

8.1.2 Validez temporal

Cuando una ley entra en vigor en un lugar determinado implica una vigencia (ya sea determinada o hasta que se derogue o abrogue dicha norma): la validez temporal. Cuando una ley entra en vigor de forma supletoria, se aplica el código civil federal, que se refiere a la iniciación de vigencia de la ley tres días después de su publicación en el mismo lugar donde se promulga y un día más por cada 40 km de distancia.

8.1.3 Validez personal

La ley penal es igual para todos, apreciación que es teórica, pues en la práctica hay absoluta desigualdad. Este principio debe aplicarse tanto a hombres como mujeres de cualquier edad o condición social.

La excepción a dicha condición la hacen:

- a) Los *militares* (porque tienen su sistema jurídico).
- b) El *fuero*, el cual es una institución que favorece a ciertos funcionarios públicos a quienes hay que desaforar para sancionarlos. En ciertos casos, las cámaras de senadores y diputados los juzgan.
- c) La *inmunidad diplomática*, lo cual quiere decir que los diplomáticos, en virtud de un principio de reciprocidad, están exentos de sanciones penales, pero son castigados únicamente en el lugar de donde proceden.

8.1.4 Validez material

En esta validez conviven los órdenes local y federal, este último con prioridad en la aplicación.

8.1.5 Validez de la ley penal desde el punto de vista de los órganos jurisdiccionales

Los órganos jurisdiccionales que intervienen en los problemas penales son aquellos que tengan competencia, esto es, que estén facultados para la aplicación e impartición de justicia. La competencia la da la ley.

8.2 Ámbito espacial de validez

Para la aplicación de una ley determinada, debemos delimitar su espacio geográfico, esto es, no todas las normas jurídicas que conocemos tienen aplicación indiscriminada en un territorio geográfico específico, dadas las diferentes características que existen entre un estado y otro.

En ese sentido, **Castellanos** dice: “la ley es la expresión de la soberanía de un Estado”.¹ En efecto, no podemos abarcar con una misma jurisdicción todos los espacios geográficos existentes, por tener las leyes una concepción distinta en cada territorio, tanto al considerarlas delitos como al determinar o no su punibilidad.

Para hablar de la aplicación de la ley penal en cierto territorio, debemos conocer en primera instancia lo que entendemos por éste, el cual lo determinamos como la extensión de un estado delimitado por sus fronteras.

Así también, para determinar la validez espacial de la ley penal, **Márquez** habla del principio de territorialidad, en el cual establece dos vertientes: “a) positiva, la ley penal se aplica a todos los residentes o habitantes del espacio territorial de una nación, y b) negativa, la ley penal, en términos generales, no suele aplicarse a nadie fuera del territorio del estado”.²

¹ **Fernando Castellanos Tena**, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 42a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 95.

² **Rafael Márquez Piñero**, *Derecho Penal*, parte general, 2a ed, Trillas, México, 1990, pág 103.

Por lo que respecta a nuestro país, para saber en cuál territorio aplicaremos la ley penal, la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* vigente establece en su art 42 como territorio nacional:

- I. *El de las partes integrantes de la Federación;*
- II. *El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;*
- III. *El de las islas Guadalupe y las de Revillagigedo, situadas en el Océano Pacífico;*
- IV. *La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;*
- V. *Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional, y las marítimas interiores, y*
- VI. *El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio derecho internacional.*

De esa manera se determina el territorio en México; sin embargo, debemos puntualizar un principio denominado *territorio flotante* o *principio de la bandera*, el cual se refiere a que “la ley del Estado es aplicable también a los hechos cometidos en buques o aeronaves que lleven su bandera”;³ esto es, si en determinada embarcación o aeronave se comete un delito, ésta, por el solo hecho de portar una bandera mexicana, se considerará nacional y se aplicarán para ese delito las sanciones que se establecen en nuestro orden jurídico.

Para **Porte Petit**, los principios que debemos considerar para la aplicación de la validez espacial de la ley penal son los siguientes:

1. De la territorialidad.
2. De la nacionalidad, de sujeción, de la personalidad.
3. De la protección, real, objetivo, de defensa, de la tutela, o del orden jurídico interesado.
4. De la justicia mundial, cosmopolita, de la universalidad o comunidad internacional.⁴

El primer principio se refiere a que el Estado debe aplicar las sanciones que correspondan a cada tipo de delito únicamente dentro de este Estado, es decir, dentro de su territorio y que éste es independiente de la nacionalidad de los individuos que cometieron el delito. En consecuencia, aunque el delito se haya cometido por extranjeros, si el delito fue per-

³ Enrique Bacigalupo, *Derecho penal*, 2a ed, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pág 112.

⁴ Celestino Porte Petit, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, t 1, 13a ed, Editorial Porrúa, México, 1990, pág 134.

petrado dentro del territorio nacional, deberá aplicarse la ley imperante en él en forma independiente del orden jurisdiccional que impere en su país.

Lo anterior lo comparamos con el territorio nacional ya visto, y determinamos que el orden de aplicación de la ley penal debe establecerse dentro del territorio, el cual, según **Porte Petit**, consiste en el espacio terrestre, el espacio marítimo, el mar territorial, el espacio aéreo o atmosférico (aire territorial) y el espacio ficticio.

Dicho autor dice que dentro del espacio terrestre se halla el suelo, determinado por el art 42 constitucional; además, se incluye el subsuelo, el cual debe entenderse como la porción de tierra ubicada debajo del suelo.

Al referirnos al espacio marítimo se determinan tres acepciones: la superficie del mar, el fondo del mar y el subsuelo marino.

En cuanto a la superficie del mar ésta se debe delimitar de acuerdo con su límite exterior, es decir, el límite que podemos percibir; y **Porte Petit** menciona cuatro características que cabe destacar y que fueron utilizadas antiguamente para designar el mar territorial:

- El mar costero, que se alcanza a percibir con simple vista.
- Hasta donde llegue el disparo de un cañón.
- El trayecto que se recorre en un barco en un tiempo determinado.
- Hasta tres millas de distancia.

Para determinar el fondo del mar y el subsuelo marino, el mencionado autor se refiere a la connotación de que éstos se encuentran fijados en la superficie terrestre, pues ésta abarca un espacio territorial que incluye el subsuelo marino, según el art 42 constitucional.

Actualmente, según lo prescrito en la Conferencia Internacional sobre Derecho del Mar celebrada en Ginebra en 1958, se llegó a la resolución de delimitar el mar territorial mexicano hasta 12 millas náuticas.

En 1969, mediante la publicación de esta resolución en el *Diario Oficial de la Federación*, se aceptó establecer como mar territorial 12 millas náuticas.

En cuanto al espacio aéreo, **Porte Petit** lo describe como “la zona o capa de aire que envuelve el espacio terrestre y marítimo”.⁵

A su vez, **Márquez Piñero** determina que existen tres teorías referentes al espacio aéreo:

⁵ Celestino Porte Petit, ob cit, pág 138.

- a) La completa libertad del aire, salvaguardado por el Estado, el cual es su único regulador.
- b) La división del espacio aéreo en dos zonas: la denominada territorial y la libre. En la primera el Estado ejerce plena soberanía respecto a su aprovechamiento y, por tanto, son aplicables las leyes estatales; y el espacio libre, que es donde escapa a la jurisdicción del Estado y se denomina el lugar aéreo donde podemos circular libremente.
- c) Todo el aire sobre el Estado subyacente está sometido a la soberanía territorial de dicho Estado, lo cual quiere decir que las leyes imperantes dentro del territorio nacional serán aplicables también al espacio aéreo.

Por último, el espacio ficticio del ámbito de validez espacial ha sido determinado como las aeronaves y embarcaciones flotantes, que llevan consigo la bandera nacional y son consideradas parte del territorio como suelo mexicano.

En cuanto a los buques extranjeros que sean mercantes, serán sometidos a las leyes existentes en nuestro país, mientras que si son buques de guerra, éstos se regirán por las leyes que imperen en su país de origen.

Al referirnos a las aeronaves, debemos tomar en cuenta lo establecido en el art 311 de la *Ley de vías generales de comunicación*, que considera aeronaves aquellos vehículos que puedan sostenerse en aire, las cuales pueden ser del Estado o de particulares. En este punto también se incluye el supuesto de las embarcaciones.

Los delitos cometidos en las aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren dentro del espacio aéreo determinado como territorial en el momento de cometerse un acto ilícito sancionado por la ley también estarán bajo el ámbito de validez espacial para la aplicación de aquélla. Además, se manejan tres supuestos de aplicación de la ley penal en forma extraterritorial, es decir, fuera del territorio nacional establecido y ya descrito:

- a) El de la aplicación de la ley penal a nacionales que hayan cometido el acto delictivo en otro país o, por el contrario, a los extranjeros que hayan cometido el delito en México.
- b) El supuesto de los delitos que se planeen en el extranjero, pero que al llevarlos a cabo tengan repercusiones dentro del territorio nacional, en cuyo caso también se aplicarán las sanciones que dicta

el código en cuanto a la preparación del crimen, aunque éste se haya cometido en el extranjero.

- c) El tercer supuesto se refiere a la persecución de delitos internacionalmente reconocidos, como la piratería, el narcotráfico, el tráfico de infantes, etcétera.

A consecuencia de los supuestos estudiados surge la figura de la extradición, que etimológicamente proviene de *ex* (fuera) y *traditio* (entrega), es decir, *la entrega que se hace de fuera* y que, aplicada al derecho penal, se entiende como “la entrega que un Estado hace a otro de un individuo acusado o ya condenado que se encuentra en el territorio del primer Estado, para que en el segundo país se le enjuicie penalmente o se ejecute la pena”.⁶

La extradición sirve para eliminar la impunidad cuando el delincuente evade el ámbito espacial de aplicación de la ley. Aunque existen discrepancias respecto a este punto, debemos destacar que en México la extradición se lleva a cabo para salvaguardar los derechos existentes; el único supuesto en que no se permite tiene lugar cuando se trate de delitos políticos.

Debido a las características imperantes en la actualidad, las cuales tienden a acercar a las poblaciones mediante la destrucción de barreras geográficas con las comunicaciones, fue necesario replantear la validez espacial de las leyes penales. Así, se creó un derecho penal internacional que resuelve las diferencias existentes en cuanto a la aplicación de normas penales entre dos o más territorios, el cual no tuviera discrepancias de aplicación con el derecho estatal o interno. Por ello, el derecho internacional “se integra por principios del más elevado valor normativo, con la finalidad de dar solución pacífica a los problemas entre los estados”,⁷ a lo que **Bacigalupo** comenta: “se refiere a la aplicación del derecho penal del Estado en casos en los que, por el lugar de comisión o por la nacionalidad o estatuto personal del autor o de la víctima, cabría la posibilidad de aplicar el derecho penal de otro Estado”.⁸

En nuestra Constitución política se reconoce este principio en el art 133, que dicta:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se

⁶ **Rafael Márquez Piñero**, ob cit, pág 113.

⁷ **Fernando Castellanos**, ob cit, pág 96.

⁸ **Enrique Bacigalupo**, ob cit, pág 111.

celebren por el presidente de la República con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión...

Podemos recalcar y observar cómo aun si se reconocen los tratados internacionales, éstos deben apegarse a lo que dicta la Constitución.

8.3 Extradición

La extradición es el acto por el cual un gobierno entrega a un individuo refugiado en su territorio al gobierno de otro país que lo reclama por ser sujeto activo de un delito, para que sea juzgado y, si ya fue condenado, para que se ejecute la pena o la medida de seguridad impuesta.

8.3.1 Antecedentes de la extradición

La extradición fue practicada en tiempos muy remotos. Al respecto se menciona un tratado estipulado por **Ramsés II** con el príncipe **Cheta**, que contenía un documento diplomático contemporáneo de **Moisés**. Ahí se comprometían a entregarse a los delincuentes recíprocamente.

En Grecia, aunque el asilo religioso fuese un obstáculo a la extradición, se concedió ésta para los criminales autores de los delitos más graves.⁹

A su vez, Roma conoció la extradición, y la petición de entrega del delincuente era respecto de los estados dependientes de ella como una manifestación de supremacía, regulada por tratados internacionales que establecían la obligación recíproca de la entrega de los delincuentes, pero es posible que Roma no cumpliera este deber.¹⁰

Durante muchos siglos, el derecho de asilo dificultó la extradición, pero en el derecho longobardo se encuentra en aquel tiempo una institución análoga a la extradición, en la persecución del siervo fugitivo, que dondequiera que fuese detenido era entregado al juez competente.¹¹

Por otro lado, en el siglo IX aparecieron tratados de extradición: en 836 entre un príncipe de Benevento y los magistrados de Nápoles, y en 840

⁹ **Donnedieu de Vabres**, *Introduction a l'étude du Droit pénale international*, Canova, París, 1922, págs 36 y siguientes.

¹⁰ **Contardo Ferrini**, "Esposizione storica e dottrinale del diritto pénale romano" en *Enciclopedia Pessina*, 1a ed, Tipografía Canoveti, Lucca, 1881, pág 16.

¹¹ **August Köler**, *Internationales Strafrecht*, Ed. Mittel, Berlín, 1978, págs 142 y siguientes.

entre el emperador **Lotario** y Venecia; luego, en los siglos siguientes aumentó su número, especialmente en Italia.¹²

Sin embargo, fue hasta el siglo XVIII cuando adquirió mayor desarrollo la extradición, en el siglo XIX continuó su rápida difusión (recuérdese en 1803 el pacto de extradición concertado entre los firmantes de la paz de Amiens y el de Francia con Suiza en ese año) y hoy son pocos los pueblos no ligados a los demás por tratados de extradición.

8.3.2 Clases de extradición

1. *Extradición activa*: es aquella en la que un Estado solicita de otro la entrega de un delincuente que se encuentra en su territorio.

Dicho en otro giro y como lo expresa **Rodríguez Mourullo**, “la extradición activa es, por esencia, facultativa, ya que el pedir es siempre libre, mientras que la pasiva suele entrañar cierta obligatoriedad derivada de tratados, leyes internas, costumbre o reciprocidad”.¹³

2. *Extradición pasiva*: ocurre cuando el Estado donde se encuentra el delincuente recibe la petición para su extradición o hace entrega de dicho delincuente al Estado reclamante.

3. *Extradición de tránsito*: sucede cuando el extraído, para ser entregado al Estado requirente por el requerido, tiene que pasar por el territorio de un tercer Estado.

4. *Extradición espontánea*: ocurre cuando el Estado donde se ubica el delincuente ofrece extraditarlo.

5. *Extradición voluntaria*: tiene lugar cuando el delincuente se entrega sin formalidades al Estado que lo busca. Tal forma de extradición no debe confundirse con la espontánea, que consiste en “el ofrecimiento de la extradición por parte del Estado supuesto reclamado”.¹⁴

6. *Concurso de extradiciones*: consiste en que varios Estados reclaman la extradición de un mismo individuo por delitos cometidos en los respectivos Estados.

7. *Extradición de hecho*: es la mera entrega arbitraria del individuo.

8. *Extradición de derecho*: ocurre cuando se cumplen las formalidades legales.

¹² **Rolf Calisse**, “Svolgimento storico del Diritto penale in Italia dalle insioni barbariche alla riforma del secolo XVIII”, en *Enciclopedia Pessina*, págs 179 y sigts; **Köler**, págs 195 y siguientes.

¹³ **Alfonso Rodríguez Mourullo**, *Derecho penal*, parte general, Civitas, Madrid, 1978, pág 170.

¹⁴ **Celestino Porte Petit**, ob cit, pág 84.

9. *Extradición interregional*: se presenta en México en virtud de la organización federal, pues los estados son soberanos para otorgarse las leyes penales que les convengan y de perseguir y juzgar a quienes hayan delinquirido en su territorio. Esto lo menciona el art 119 constitucional.

8.3.3 Reextradición

Se presenta cuando una vez que un Estado consigue de otro, en virtud de una demanda de extradición, la entrega de un delincuente, éste es reclamado por un tercer Estado a causa de un delito anterior a aquel por el cual fue entregado. Esta segunda extradición no puede ser concedida sin el consentimiento del Estado que lo entregó.

8.3.4 Tratados de extradición

En cuanto a los delincuentes, casi sin excepción se consigna en los tratados el principio de la “no extradición de los nacionales, principio que tiene antiguo arraigo en las legislaciones”.¹⁵

8.3.5 Leyes nacionales

Los códigos penales o procesales, o las leyes especialmente destinadas a regular el derecho de extradición, producen un doble efecto: sólo podrá entregarse al delincuente por delitos que la ley enumera y no se harán tratados en oposición a la ley interna. El tratado se dirige a las altas partes contratantes y la ley a los que habitan en la nación; pero a éstos sólo les obliga el convenio en cuanto se convierte en ley interna.

La Constitución establece que “no se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito la condición de esclavos”.

8.3.6 Expulsión

Esta figura jurídica se refiere a los extranjeros que sin necesidad de juicio son desalojados del país. En México, esta facultad la prevé el art 33 cons-

¹⁵ August Köler, ob cit, pág 169.

titudinal, y no puede ser impugnada de ninguna forma, ni en vía de amparo.

8.3.7 Asilo

El asilo es una institución por medio de la cual el gobierno de un país otorga su protección a una persona perseguida por otro Estado. En la edad media, los conventos y las iglesias fueron reconocidos como lugares de asilo, de manera que el perseguido no podía ser tocado por el señor feudal.

Uno de los requisitos que impiden la extradición es que al individuo se le haya concedido asilo, el cual se limita a los delitos de carácter político.

La doctrina acepta dos clases de asilo:

- a) *Asilo territorial*: es aquel solicitado dentro del territorio del Estado y se refiere a quienes piden el asilo al salir del país donde son perseguidos y lo hacen en el país al que arriban.
- b) *Asilo diplomático*: se presenta cuando un nacional de un país extranjero solicita asilo en la embajada o legación de un Estado instalada en ese país extranjero.

Vale la pena citar la declaración general referente al asilo de la *Declaración de los Derechos del Hombre* de la ONU (10 de diciembre de 1948):

Art 14. *Toda persona perseguida tiene derecho a buscar y beneficiar el asilo de otro país, con excepción de los casos de persecución de delitos comunes o por actividades contrarias a los principios y fines de las Naciones Unidas. Estas modernas fórmulas de asilo rebasan con exceso el otorgado a los perseguidos por hechos delictivos.*

8.3.7.1 Convención Interamericana sobre Extradición

Reafirmando el propósito de perfeccionar la cooperación internacional en materia jurídico-penal que inspiró los convenios celebrados en Lima el 27 de marzo de 1879, en Montevideo el 23 de enero de 1889, en la ciudad de México el 28 de enero de 1902, en Caracas el 18 de julio de 1911, en Washington el 7 de febrero de 1923, en La Habana el 20 de febrero de 1928, en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, en la ciudad de Guatemala el 12 de abril de 1934 y en Montevideo el 19 de marzo de 1940;

Teniendo en cuenta las resoluciones CVII de la Décima Conferencia Interamericana (Caracas, 1954), VII de la Tercera Reunión del Consejo Intera-

americano de Jurisconsultos (México, 1956), IV de la Cuarta Reunión del mismo Consejo (Santiago de Chile, 1959), AG/RES. 91 (II-0/72), 183 (V-0/75) y 310 (VII-0/77) de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, así como los Proyectos de Convención del Comité Jurídico Interamericano elaborados en 1954, 1957, 1973 y 1977;

Estimando que los estrechos lazos y la cooperación existentes en el Continente Americano imponen extender la extradición a fin de evitar la impunidad de los delitos y simplificar las formalidades y permitir la ayuda mutua en materia penal en un ámbito más amplio que el previsto por los tratados en vigor, con el debido respeto de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y

Estando conscientes de que la lucha contra el delito en escala internacional importará el afianzamiento del valor supremo de la justicia en las relaciones jurídico-penales,

Adoptan la siguiente Convención Interamericana sobre Extradición

Art 1. *Obligación de extraditar*

Los Estados Partes se obligan, en los términos de la presente Convención, a entregar a otros Estados Partes que lo soliciten a las personas requeridas judicialmente para procesarlas, así como a las procesadas, las declaradas culpables o las condenadas a cumplir una pena de privación de libertad.

Art 2.

- 1. Para que proceda la extradición, se requiere que el delito que la motiva haya sido cometido en el territorio del Estado requirente.*
- 2. Cuando el delito por el cual se solicita la extradición ha sido cometido fuera del territorio del Estado requirente, se concederá la extradición siempre que el Estado requirente tenga jurisdicción para conocer del delito que motiva la solicitud de extradición, y dictar el fallo consiguiente.*
- 3. El Estado requerido podrá denegar la extradición cuando sea competente, según su propia legislación, para juzgar a la persona cuya extradición se solicitó por el delito en que se funda el requerimiento. Si por este motivo la extradición es denegada por el Estado requerido, éste someterá el caso a sus autoridades competentes y comunicará la decisión al Estado requirente.*

Art 3. *Delitos que dan lugar a la extradición*

- 1. Para determinar la procedencia de la extradición, es necesario que el delito que motivó la solicitud por sus hechos constitutivos, prescindiendo de circunstancias modificativas y de la denominación del delito, esté sancionado en el momento de la infracción con la pena de privación de libertad*

por dos años como mínimo tanto en la legislación del Estado requirente como en la del Estado requerido, salvo el principio de la retroactividad favorable de la ley penal.

2. Si se ejercita entre Estados cuyas legislaciones establecen penas mínimas y máximas, será necesario que el delito materia del proceso, de acuerdo con la legislación del Estado requirente y del Estado requerido, sea pasible de una pena intermedia mínima de dos años de pena privativa de libertad. Se considera pena intermedia la semisuma de los extremos de cada una de las penas privativas de la libertad.
3. Si la extradición se solicita para el cumplimiento de una sentencia de privación de libertad, se requerirá además que la parte de la sentencia que aún reste por cumplir no sea menor de seis meses.
4. Al determinar si procede la extradición a un Estado que tenga una forma federal de gobierno y legislaciones penales federales y estatales distintas, el Estado requerido tomará en cuenta únicamente los elementos esenciales del delito y prescindirá de elementos tales como el uso del servicio de correos u otros servicios de comercio interestatal, ya que el único objetivo de dichos elementos es el de establecer la jurisdicción de los tribunales federales del Estado requirente.

Art 4. Improcedencia de la extradición

La extradición no es procedente:

1. Cuando el reclamado haya cumplido la pena correspondiente o haya sido amnistiado, indultado o beneficiado con la gracia por el delito que motivó la solicitud de extradición, o cuando haya sido absuelto o se haya sobreseído definitivamente a su favor por el mismo delito;
2. Cuando esté prescrita la acción penal o la pena, sea de conformidad con la legislación del Estado requirente o con la del Estado requerido, con anterioridad a la presentación de la solicitud de extradición;
3. Cuando el reclamado haya sido juzgado o condenado o vaya a ser juzgado ante un tribunal de excepción o ante el Estado requirente;
4. Cuando con arreglo a la calificación del Estado requerido se trate de delitos políticos, o de delitos conexos o de delitos comunes perseguidos con una finalidad política. El Estado requerido puede decidir que la circunstancia de que la víctima del hecho punible de que se trata ejerciera funciones políticas no justifica por sí sola que dicho delito será calificado como político;
5. Cuando de las circunstancias del caso pueda inferirse que media propósito persecutorio por consideraciones de raza, religión o nacionalidad, o que la situación de la persona corra el riesgo de verse agravada por alguno de tales motivos;
6. Con respecto a los delitos que en el Estado requerido no puedan perseguirse de oficio, a no ser que hubiese querrela, denuncia o acusación de parte legítima.

Art 5. *Delitos específicos*

Ninguna disposición de la presente Convención impedirá la extradición prevista en tratados o convenciones vigentes entre el Estado requirente y el Estado requerido, que tengan por objeto prevenir o reprimir una categoría específica de delitos y que obliguen a dichos Estados a procesar a la persona reclamada o a conceder su extradición.

Art 6. *Derecho de asilo*

Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como limitación del derecho de asilo cuando éste proceda.

Art 7. *Nacionalidad*

- 1. La nacionalidad del reclamado no podrá ser invocada como causa para denegar la extradición, salvo que la legislación del Estado requerido establezca lo contrario.*
- 2. Tratándose de condenados, los Estados Partes podrán negociar entre sí acuerdos de entrega mutua de nacionales para que éstos cumplan sus penas en los Estados de su nacionalidad.*

Art 8. *Enjuiciamiento por el Estado requerido*

Cuando, correspondiendo la extradición, un Estado no entregare a la persona reclamada, el Estado requerido queda obligado, cuando su legislación u otros tratados se lo permitan, a juzgarla por el delito que se le impute, de igual manera que si éste hubiera sido cometido en su territorio, y deberá comunicar al Estado requirente la sentencia que se dicte.

Art 9. *Penas excluidas*

Los Estados Partes no deberán conceder la extradición cuando se trate de un delito sancionado en el Estado requirente con la pena de muerte, con la privación de libertad por vida o con penas infamantes, a menos que el Estado requerido obtuviera previamente del Estado requirente las seguridades suficientes, dadas por la vía diplomática, que no impondrá ninguna de las citadas penas a la persona reclamada o que, si son impuestas, dichas penas no serán ejecutadas.

Art 10. *Transmisión de la solicitud*

La solicitud de extradición será formulada por el agente diplomático del Estado requirente o, en defecto de éste, por su agente consular o, en su caso, por el agente diplomático de un tercer Estado al que esté confiada, con el consentimiento del gobierno del Estado requerido y la presentación y pro-

tección de los intereses del Estado requirente. Esa solicitud podrá también ser formulada directamente de gobierno a gobierno, según el procedimiento que uno y otro convengan.

Art 11. Documento de prueba

1. Con la solicitud de extradición deberán presentarse los documentos que se expresan a continuación, debidamente autenticados en la forma prescrita por las leyes del Estado requirente:
 - a) Copia certificada del auto de prisión, de la orden de detención u otro documento de igual naturaleza emanado de autoridad judicial competente o del Ministerio Público, así como de los elementos de prueba que según la legislación del Estado requerido sean suficientes para aprehender y enjuiciar al reclamado. Este último requisito no será exigible en el caso de que no esté previsto en las leyes del Estado requirente y del Estado requerido. Cuando el reclamado haya sido juzgado y condenado por los tribunales del Estado requirente, bastará acompañar certificación literal de la sentencia ejecutoriada;
 - b) Texto de las disposiciones legales que tipifican y sancionan el delito imputado, así como de las referentes a la prescripción de la acción penal y de la pena.
2. Con la solicitud de extradición deberán presentarse, además, la traducción al idioma del Estado requerido, en su caso, de los documentos que se expresan en el párrafo anterior, así como los datos personales que permitan la identificación del reclamado, indicación sobre su nacionalidad e incluso, cuando sea posible, su ubicación dentro del territorio del Estado requerido, fotografías, impresiones digitales o cualquier otro medio satisfactorio de identificación.

Art 12. Información suplementaria y asistencia legal

1. El Estado requerido, cuando considere insuficiente la documentación presentada de acuerdo con lo establecido en el art 11 de esta Convención, lo hará saber lo más pronto posible al Estado requirente, el que deberá subsanar las omisiones o deficiencias que se hayan observado dentro del plazo de treinta días, en el caso de que el reclamado ya estuviere detenido o sujeto a medidas precautorias. Si en virtud de circunstancias especiales el Estado requirente no pudiera dentro del referido plazo subsanar dichas omisiones o deficiencias, podrá solicitar al Estado requerido que se prorrogue el plazo por treinta días.
2. El Estado requerido proveerá asistencia legal al Estado requirente, sin costo alguno para éste, a fin de proteger los intereses del Estado requirente ante las autoridades competentes del Estado requerido.

Art 13. Principio de la especialidad

1. *Ninguna persona extraditada conforme a esta Convención será detenida, procesada o penada en el Estado requirente por un delito que haya sido cometido con anterioridad a la fecha de la solicitud de su extradición y que sea distinto del propio delito por el cual se ha concedido la extradición, a menos que:*
 - a) *La persona abandone el territorio del Estado requirente después de la extradición y luego regrese voluntariamente a él; o*
 - b) *La persona no abandone el territorio del Estado requirente dentro de los treinta días de haber quedado en libertad para abandonarlo; o*
 - c) *La autoridad competente del Estado requerido dé su consentimiento a la detención, procesamiento o sanción de la persona por otro delito; en tal caso, el Estado requerido podrá exigir al Estado requirente la presentación de los documentos previstos en el art 11 de esta Convención.*
2. *Cuando haya sido concedida la extradición, el Estado requirente comunicará al Estado requerido la resolución definitiva tomada en el caso contra la persona extraditada.*

Art 14. Detención provisional y medidas cautelares

1. *En casos urgentes, los Estados Partes podrán solicitar por cualquiera de los medios previstos en el art 10 de esta Convención u otros medios de comunicación que se proceda a detener provisionalmente a la persona reclamada judicialmente, procesada o condenada y a la retención de los objetos concernientes al delito. La solicitud de detención provisional deberá declarar la intención de presentar el pedido formal para la extradición de la persona reclamada, hacer constar la existencia de una orden de detención o de un fallo condenatorio dictado contra dicha persona por parte de una autoridad judicial y contener la descripción del delito. La responsabilidad que pudiera originarse por la detención provisional corresponderá exclusivamente al Estado que hubiera solicitado la medida.*
2. *El Estado requerido deberá ordenar la detención provisional y en su caso la retención de objetos y comunicar inmediatamente al Estado requirente la fecha de la detención.*
3. *Si el pedido de extradición, acompañado de los documentos a que hace referencia el art 11 de esta Convención, no fuese presentado dentro de los sesenta días contados a partir de la fecha de la detención provisional de que trata el párrafo primero del presente artículo, la persona reclamada será puesta en libertad.*
4. *Cumplido el plazo a que hace referencia el párrafo anterior, no se podrá solicitar nuevamente la detención de la persona reclamada, sino después*

de la presentación de los documentos exigidos por el art 11 de esta Convención.

Art 15. Solicitudes por más de un Estado

Quando la extradición fuere pedida por más de un Estado con referencia al mismo delito, el Estado requerido dará preferencia a la solicitud del Estado en cuyo territorio se cometió el delito. Si en las solicitudes concurre esta circunstancia por delitos diferentes, se dará preferencia al Estado que reclame a la persona por el delito que sea sancionado con pena más grave según la ley del Estado requerido. Si se tratare de hechos diferentes que el Estado requerido considera de igual gravedad, la preferencia será determinada por la prioridad del pedido.

Art 16. Derechos y asistencia

1. *La persona reclamada gozará en el Estado requerido de todos los derechos y garantías que concede la legislación de dicho Estado.*
2. *El reclamado deberá ser asistido por un defensor, y si el idioma oficial del país fuere distinto del suyo, también por un intérprete.*

Art 17. Comunicación de la decisión

El Estado requerido comunicará sin demora al Estado requirente su decisión respecto a la solicitud de extradición y las razones por las cuales se concede o se deniega.

Art 18. Non bis in ídem

Negada la extradición de una persona, no podrá solicitarse de nuevo por el mismo delito.

Art 19. Entrega de la persona reclamada y de objetos

1. *La entrega del reclamado a los agentes del Estado requirente se efectuará en el sitio que determine el Estado requerido. Dicho sitio será, de ser posible, un aeropuerto de salida de vuelos internacionales directos para el Estado requirente.*
2. *Si la solicitud de detención provisional o la de extradición se extendiere a la retención judicial de documentos, dinero u otros objetos que provengan del delito imputado o que puedan servir para la prueba, tales objetos serán recogidos y depositados bajo inventario por el Estado requerido, para ser entregados al Estado requirente si la extradición fuere concedida o, en su caso, se frustrare por fuerza mayor, a menos que la ley del Estado requerido se oponga a dicha entrega. En todo caso, quedarán a salvo los derechos de terceros.*

Art 20. *Postergación de la entrega*

1. *Cuando la persona reclamada judicialmente estuviera sometida a juicio o cumpliendo condena en el Estado requerido por delito distinto del que motivó la solicitud de extradición, su entrega podrá ser postergada hasta que tenga derecho a ser liberada en virtud de sentencia absolutoria, cumplimiento o conmutación de pena, sobreseimiento, indulto, amnistía o gracia. Ningún proceso civil que pudiera tener pendiente el reclamado en el Estado requerido podrá impedir o demorar su entrega.*
2. *Cuando por circunstancias de salud el traslado pusiera en peligro la vida de la persona reclamada, su entrega podrá ser postergada hasta que desaparezcan tales circunstancias.*

Art 21. *Extradición simplificada*

Un Estado requerido podrá conceder la extradición sin proceder con las diligencias formales de extradición siempre que:

- a) *Sus leyes no la prohíban específicamente, y*
- b) *La persona reclamada acceda por escrito y de manera irrevocable a su extradición, después de haber sido informada por un juez u otra autoridad competente acerca de sus derechos a un procedimiento formal y de la protección que éste le brinda.*

Art 22. *Plazo de recepción del extraditado*

Si la extradición se hubiera concedido, el Estado requirente deberá hacerse cargo de la persona reclamada dentro del término de treinta días a contar de la fecha en que hubiera sido puesta a su disposición. Si no lo hiciera dentro de dicho plazo, se pondrá en libertad al reclamado, quien no podrá ser sometido a nuevo procedimiento de extradición por el mismo delito o delitos. Sin embargo, ese plazo podrá ser prorrogado por treinta días si el Estado requirente se ve imposibilitado, por circunstancias que no le sean imputables, de hacerse cargo del reclamado y conducirlo fuera del territorio del Estado requerido.

Art 23. *Custodia*

Los agentes del Estado requirente que se encuentren en el territorio del otro Estado Parte para hacerse cargo de una persona cuya extradición hubiese sido concedida estarán autorizados para custodiarla y conducirla hasta el territorio del Estado requirente, sin perjuicio de estar sometidos a la jurisdicción del Estado en que se hallen.

Art 24. Tránsito

1. *Los Estados Partes permitirán y colaborarán, avisados previamente, de gobierno a gobierno, por vía diplomática o consular, el tránsito por sus territorios de una persona cuya extradición haya sido concedida, bajo la custodia de agentes del Estado requirente y/o del requerido, según el caso, con la presentación de copia de la resolución que concedió la extradición.*
2. *El mencionado aviso previo no será necesario cuando se haga uso de los medios de transporte aéreo y no se haya previsto ningún aterrizaje regular en el territorio del Estado Parte que se vaya a sobrevolar.*

Art 25. Gastos

Los gastos de detención, custodia, manutención y transporte de la persona extraditada y de los objetos a que se refiere el art 19 de esta Convención serán por cuenta del Estado requerido, hasta el momento de su entrega, y desde entonces quedarán a cargo del Estado requirente.

Art 26. Exención de legalización

Cuando en la aplicación de la presente Convención se utilice la vía diplomática, consular o directa de gobierno a gobierno, no se exigirá la legalización de los documentos.

Art 27. Firma

La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos.

Art 28. Ratificación

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Art 29. Adhesión

1. *La presente Convención estará abierta a la adhesión de cualquier Estado americano.*
2. *La presente Convención estará abierta a la adhesión de los Estados que tengan la calidad de observadores permanentes ante la Organización de los Estados Americanos, previa aprobación de la solicitud correspondiente por parte de la Asamblea General de la Organización.*

Art 30. Reservas

Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de firmarla, aprobarla, ratificarla o adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas y no sea incompatible con el objeto y fin de la Convención.

Art 31. Entrada en vigor

1. *La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.*
2. *Para cada Estado que ratifique la Convención o adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.*

Art 32. Casos especiales de aplicación territorial

1. *Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención deberán declarar, en el momento de la firma, ratificación o de la adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.*
2. *Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la unidad o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.*

Art 33. Relación con otras convenciones sobre extradición

1. *La presente Convención regirá entre los Estados Partes que la ratifiquen o adhieran a ella y no dejará sin efecto los tratados multilaterales o bilaterales vigentes o concluidos anteriormente, salvo que medie, respectivamente, declaración expresa de voluntad de los Estados Partes o acuerdo de éstos en contrario.*
2. *Los Estados Partes podrán decidir el mantenimiento de la vigencia de los tratados anteriores en forma supletoria.*

Art 34. Vigencia y denuncia

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Partes.

Art 35. *Depósito, registro, publicación y notificación*

El instrumento original de la presente Convención cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el art 102 de su Carta Constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de esta Organización y a los Estados que se hayan adherido a la Convención acerca de las firmas y los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como de las reservas que se formularen. También les transmitirá las declaraciones previstas en el art 32 de la presente Convención.

En fe de lo cual los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman la presente Convención.

Hecha en la ciudad de Caracas, República de Venezuela, el día veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta y uno.

8.4 Ámbito de validez temporal

8.4.1 Vigencia ordinaria

El carácter eminentemente imperativo de la ley se orienta al porvenir y en que lo mandado o prohibido en ella ha de obligar a sus destinatarios.

Expedida conforme a la Constitución, publicada en el *Diario Oficial* sin las formas solemnes de antes y corrido un término para que la publicación surta efectos de acuerdo con los arts 3o y 4o del código civil, la ley adquiere pleno vigor.

Respecto a la cesación de su fuerza obligatoria, los arts 9o y 10o señalan que una ley sólo puede ser abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare o que tenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la anterior, sin que contra su observancia se alegue desuso, costumbre o práctica en contrario.

8.4.2 Momento de comisión del delito

Así como el principio territorial requería determinar el lugar de comisión para aplicar la ley, la exigencia de la ley previa sólo podrá llevarse a la práctica si se establece el tiempo de comisión del delito.

La doctrina dominante entiende que el delito se comete en el momento de ejecución de la acción o cuando debía realizarse la acción omitida o en el momento del resultado no impedido.¹⁶

8.4.3 Nacimiento y derogación de la ley penal

La vida de la ley se desenvuelve entre dos momentos: el instante en que nace por su promulgación y publicación, y aquel en que muere por la derogación.

Por otro lado, la validez temporal de la ley cesa en los casos siguientes:

- Por otra ley posterior que expresamente deroga a la primera o que implícitamente la abroga.
- Por llevar en el propio texto o en otra ley, de igual o superior rango, la fecha de su caducidad (leyes temporales).
- Por haber desaparecido el objeto, circunstancia o privilegio que le dieron nacimiento (leyes excepcionales).

En la doctrina se distinguen diversas clases de derogación:

Derogación expresa concreta: cuando la nueva ley indica claramente que la ley anterior, a la que suple, dejará de tener vigencia al iniciar la suya (generalmente en sus artículos transitorios).

Derogación expresa genérica: cuando en el artículo se refiere “así como a todas las demás leyes”.

Derogación tácita: es omisa, pues nada dice respecto a los ordenamientos que se supone va a sustituir. En este aspecto se deben considerar los puntos siguientes:

- La nueva ley y la anterior deben tratar la misma materia.
- Las dos leyes deben tener los mismos destinatarios.
- Las normas o disposiciones de la nueva ley que contradigan a la anterior.

¹⁶ Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal*, parte general, 3a ed, vol 20, Editorial Bosch, Barcelona, 1978, pág 109.

Derogación total: cuyo término está equivocado y su denominación correcta es abrogación. En tal caso, todo un cuerpo de leyes, código o ley específica deja de tener vigencia.

Derogación parcial: sólo una o varias disposiciones del cuerpo de leyes o código dejan de tener vigencia.

Derogación legislativa: ocurre mediante un proceso. En el sistema jurídico mexicano es la única forma como una ley deja de tener vigor.

Derogación judicial: sucede en un procedimiento de esa naturaleza la inconstitucionalidad de una ley con efectos generales. En amparo se dan efectos favorables para el quejoso, pero no para los que no impugnaron la ley.

8.4.4 Teoría acerca de la retroactividad e irretroactividad de las leyes penales

Hälschner y **Bekker** proclaman la irretroactividad absoluta debido al derecho adquirido por el reo a ser juzgado por la ley que existía en el instante en que se perpetró el delito.

La doctrina habla de que será válida la irretroactividad sólo en caso de una nueva ley más benigna. **Van der Poll** y **Civoli** dicen que se trata de un principio de derecho adquirido por el Estado.

Con propósitos novedosos defendieron los positivistas la retroactividad, salvo cuando la ley creara un delito no existente. **Florián** aduce múltiples motivos: necesidad de adaptar la ley a las condiciones de vida; que si un precepto nuevo llega es porque el antiguo no llenaba las condiciones de defensa; que la ley penal es el termómetro que mide las variaciones de los sentimientos sociales, etcétera.

8.4.5 Retroactividad y supervivencia

Cuando el Estado expide una ley nueva, o estima dar solución a un problema o mejorar las soluciones existentes, se aplica a todo caso pendiente de juicio o que tenga aún vida que deba regularse por el derecho.

El art 14 constitucional ofrece una fórmula conciliatoria que permite usar las nuevas leyes, aun para resolver problemas anteriores, pero con la limitación que dicta la ley: “a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

Respecto a la materia penal, no se puede calificar de delito un hecho que ocurrió antes de que una ley lo prohibiera o especificara como deli-

to (*nullum crimen sine lege*), ni imponerse una sanción mayor que la señalada en el momento en que se realizó el acto delictuoso, así haya entrado en vigor posteriormente otra ley más severa. En cambio, cuando se suprime un hecho en el catálogo de los delitos, no hay por qué imponer pena alguna, porque esa conducta se ha declarado lícita.

En ese orden de ideas, **Florián** comenta:

Los positivistas vieron una preeminencia concedida a los intereses del reo: afirmaban que lo más interesante era el delincuente y no el delito, porque el delincuente ya existía desde antes, mostrándonos que lo fundamental es la restitución del delincuente para beneficio no sólo de él, sino también de la sociedad.

La función jurisdiccional en materia punitiva no crea derechos, ni hace más que declarar los ya existentes.¹⁷

No se puede hablar de que una ley prolongue su vigencia después de su abrogación, porque un proceso se realiza con preceptos vigentes. La única aplicación irregular de la ley en cuanto al tiempo es la retroactiva, que trata de juzgar hechos ocurridos con anterioridad; sería prolongar la vigencia hasta después de ser anulado, si por él se tratara de regir o juzgar hechos posteriores a la fecha de abrogación.

La no retroactividad de la ley (o sea, la nueva ley) no debe retroceder a regular sucesos acaecidos antes de iniciar su vigencia. Puede suceder que en ciertos supuestos sea aplicable la ley que ha entrado en vigencia después de ocurrido el hecho delictivo, lo cual resulta una aplicación retroactiva, surgiendo diversos problemas; pero, como mencionamos con anterioridad, se aplica únicamente en beneficio del inculpaado.

8.4.6 Retroactividad de la ley penal adjetiva o procesal

En materia adjetiva o procesal no se admite. La doctrina señala que en las leyes de derecho adjetivo no cabe la aplicación retroactiva, corroborado por el criterio de los tribunales colegiados federales, en una reforma al art 16 acaecida en 1993, en la cual se proveía, entre otros requisitos, que para librar una orden de aprehensión se debían “acreditar los elementos” del tipo penal, aclarando que antes de la reforma sólo se requería para librar la citada orden “la denuncia, acusación o querrela apoyada por testigos o indicios”.

¹⁷ **Enrico Ferri**, *Sociología criminal*, 4a ed italiana, pág 653; *Principii*, pág 149; **Eugenio Florián**, *Parte general del derecho penal*, t I, núm 131, Edit, pág 85.

En caso de que se hubiese librado una orden de aprehensión, satisfaciendo los requisitos del art 16, durante su vigencia antes de la reforma y el inculpado fuese aprehendido después de la reforma, los requisitos de la nueva ley “no deben ser aplicados retroactivamente en beneficio del reo, pues se refiere sin duda a aspectos sustantivos del delito y de la pena, mas no al adjetivo o procesal, máxime que no puede exigirse que se apliquen los requisitos u obligaciones que la nueva ley exige... y no podía ajustarse a formalidades que ahora se exigen”.

Sin embargo, lo anterior no es aceptado de forma unánime; así, el penalista mexicano **José Arturo González Quintanilla** no lo acepta, ya que estima que en ocasiones la norma procesal se ve vinculada con la materia sustantiva, y opina que debe operar la retroactividad de las normas procesales.¹⁸

8.4.7 Retroactividad de las normas procesales

Para que una ley sea considerada retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, algo que no sucede con las normas procesales, porque su principal función es instrumentar el procedimiento, así como establecer las atribuciones, términos y medios con que cuenta para obtener la sanción judicial de sus propios derechos.

Estas normas se derivan del procedimiento, se agotan en cada etapa procesal y se rigen por la norma vigente que las regula. Si antes de que se actualice una etapa del procedimiento el legislador modifica la tramitación de ésta, suprime un recurso, amplía un término o cambia lo relativo a la valoración de las pruebas, no podrá hablarse de su aplicación retroactiva de la ley, pues no se priva, con la nueva ley, de alguna facultad con que se contaba, por lo cual debe aplicarse esta última.

8.4.8 Retroactividad de la ley sustantiva

Se aplicará a favor del inculpado, según sea el caso, como sigue:

- a) Si al tiempo de cometerse el delito, la pena resulta distinta de la pena prevista para el delito cometido al dictarse sentencia, se aplicará la más benigna.

¹⁸ **José Arturo González Quintanilla**, *Derecho penal mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1997, pág 138.

- b) Si al tiempo en que el delincuente esté cumpliendo su sentencia se dicta una ley con pena más benigna, se le reducirá la pena proporcionalmente.
- c) Si al tiempo en que al sujeto se le está procesando, o se le haya dictado sentencia, la pena se sustituirá por multa, sanción compensatoria, etcétera.

En relación con las normas penales que modifican o suprimen el tipo o los elementos de éste es aplicable lo siguiente:

- a) Si el tipo existente a la fecha en que se cometió el ilícito es derogado, se ordenará la libertad absoluta, y si aún es proceso cesarán todos los efectos.
- b) Si al tipo existente a la fecha en que se cometió el delito se le suprimen calificativos y se eliminan elementos objetivos, subjetivos o normativos, se preverán atenuantes que se puedan aplicar.
- c) Si la nueva ley crea un nuevo tipo delictivo, no será aplicable a conductas realizadas con anterioridad a ella.
- d) La retroactividad de la ley penal sustantiva no puede aplicarse en ningún supuesto que modifique la conducta típica, o su resultado que le sea perjudicial y que le redunde en mayor penalidad.

8.4.9 Hipótesis que pueden originar la sucesión de leyes

1. *Creación de un nuevo delito no sancionado en la ley anterior.* Atendiendo al principio de no retroactividad, es imposible incriminar aquellas conductas o hechos cometidos con anterioridad a la nueva ley.

Porte Petit plantea, en esta hipótesis, los problemas surgidos según se trate de delitos instantáneos, permanentes o continuados.

Dicho autor dice que acerca de los primeros, la nueva ley no puede abarcar los hechos o conductas de consumación instantánea, por resultar en tal caso retroactiva.

Respecto a los segundos, se inclina por la aplicación de la nueva ley cuando la conducta o el hecho continúan realizándose hasta su vigencia, invocando al respecto las opiniones de **Manzini, Ranieri y Battaglini**. En cuanto a los últimos, **Porte Petit** aduce que puede suceder que se hayan realizado conductas o hechos antes de la nueva ley y que continúen has-

ta su vigencia, en cuyo caso ésta será aplicable en relación con los que caen bajo su obligatoriedad.¹⁹

2. *Supresión de un delito que la ley anterior sancionaba.* En ésta es obligatoria la retroactividad de la nueva ley, fundamentalmente en la falta del interés estatal para punir un hecho que ha dejado de ser estimado delictivo.

3. *Modificaciones en la nueva ley respecto a la pena.* Se refiere a los casos siguientes:

- Una disminución de la pena establecida en la ley anterior.
- La sustitución de la pena por una menos grave.
- La agravación de la pena en relación con la señalada en la ley anterior.

4. *Modificaciones en el tipo penal respecto a sus elementos constitutivos.* Aquí puede ocurrir lo siguiente:

- a) Aumentar los elementos del tipo o ampliar su alcance, como en el delito de estupro si se señalara en 20 años la edad de la mujer.
- b) Disminuir tales elementos o restringir su alcance para facilitar la punición del hecho, como en el delito de estupro si se suprimieran los medios comisivos: seducción o engaño.

5. *Modificaciones en la nueva ley referente a las circunstancias atenuantes o agravantes.* Puede suceder que la nueva ley no modifique la punibilidad de la conducta, sino que amplíe o restrinja el alcance de las circunstancias que con ellas hacen operar un aumento o disminución de la sanción.

8.4.10 Concepto de la ley más benigna

Cuello Calón se pregunta, como muchos juristas, cuál es la ley más benigna; si bien el problema tiene fácil solución cuando la nueva ley seña-

¹⁹ Textualmente expresa **Silvio Ranieri**: “En cuanto hace a la hipótesis de delito permanente por haberse prolongado voluntariamente el estado antijurídico que cae bajo la nueva ley, es ésta la que ha de aplicarse y en el caso de delito continuado, puesto que se tiene una pluralidad de hechos de los cuales una parte cae bajo la anterior y otra bajo la ley posterior, si esta última es abrogatoria no habrá lugar a ningún castigo. *Manual de derecho penal*, t 1, Editorial Temis, Bogotá, 1974, págs 93 y 94. Versión en español de **Jorge Guerrero** sobre la 4a ed en italiano.

la una pena menor, no siempre se presenta tal cuestión con claridad, en cuyo caso la determinación de la pena más favorable resulta sumamente difícil, lo que ha dado pie a proponer varias soluciones, incluso la de sostener el criterio general de no retroactividad. Pero en tal caso, señala dicho autor, lo más racional será dejar que el reo determine la ley por la que desea ser juzgado y sentenciado, pues nadie mejor que él puede conocer las disposiciones que le son más benéficas.

8.4.11 Procedimiento legal

La guía de los tribunales se basa en el art 14 constitucional y en los siguientes del código penal:

Art 56. *Cuando entre la perpetración del delito y la sentencia irrevocable que sobre él se pronuncie se promulgaren una o más leyes que disminuyan la sanción establecida en otra ley vigente al cometerse el delito o la sustituyan con otra menor, se aplicará la nueva ley.*

En dicho artículo, ante el supuesto es que se dicten una o más leyes que disminuyan la sanción, ¿cuál de las dos se aplica? Esta pregunta la responde el art 2o transitorio, que sólo admite la ley del tiempo en que se cometió el delito y la vigente al dictarse la sentencia.

Otra duda es que la pena sea sustituida por otra menor, pero ¿cuál es menor o mayor? Por ejemplo: para el rico será menor una multa de mil pesos que 15 días de prisión y habrá personas con escasos recursos que preferirán la cárcel, lo cual es una responsabilidad atribuida a los tribunales.

Cuando pronunciada una sentencia irrevocable en que se hubiese impuesto una sanción corporal se dictare una ley que dejando subsistente la sanción señalada al delito sólo disminuya su sanción, si el reo lo pidiere y se hallare en el caso de la nueva ley, se reducirá la sanción impuesta, en la misma proporción en que estén al mínimo de la señalada en la ley anterior y la establecida en la posterior.

Art 57. *Cuando una ley quite a un hecho u omisión el carácter de delito que otra ley le daba, se pondrá en absoluta libertad a los acusados a quienes se esté juzgando y a los condenados que se hallen cumpliendo o vayan a cumplir sus condenas, y cesarán de derecho todos los efectos que éstas y los procesos debieran producir en lo futuro.*

Art 2o. *(transitorio). Desde esa misma fecha (17 de septiembre de 1931) queda abrogado el código penal del 15 de diciembre de 1929, así como todas*

las demás leyes que se opongan a la presente; pero tanto ese código como el del 7 de diciembre de 1871 deberán continuar aplicándose por los hechos ejecutados, respectivamente, durante su vigencia, a menos que los acusados manifiesten su voluntad de acogerse al ordenamiento que estimen más favorable entre el presente código y el que regía en la época de la perpetración del delito.

8.4.12 Validez temporal respecto a las especies de leyes penales

8.4.12.1 Leyes interpretativas y fe de erratas

La ley interpretativa no es una nueva ley, sino que reviste el carácter de norma interpretativa, por lo cual rige *ex tunc*, según han dicho **Manzini**, **Battaglini**, **Grispigni**, etcétera.

La fe de erratas no es una ley, pues sólo restituye a su estado original la que se imprimió con errores. Pero si se aprovecha la coyuntura para añadir nuevos tipos o disposiciones que no se hallaban en el código o en la ley errada, comportándose como una nueva ley, deberá regirse por el criterio de no retroactividad.

8.4.12.2 Cosa juzgada

Los problemas de la retroactividad surgen cuando nos encontramos ante un fallo firme. Los franceses proclamaban la irretroactividad en esta situación y se amparaban en el indulto. A su vez, los italianos, siguiendo sus códigos, distinguen el caso de que la nueva ley suprima delitos o que sólo queden modificados en su tipo o sanción. En la primera hipótesis, la cosa juzgada no es óbice para que la ley tenga efecto retroactivo; en la segunda, la cosa juzgada impera y sólo puede remediarse el conflicto mediante disposiciones transitorias.

El sistema de excepción a la autoridad de la cosa juzgada es seguido, entre otros, por los códigos argentino (art 2), brasileño (art 2) y español (art 24), que declaran la retroactividad de la ley más benigna.

El chileno **Eduardo Novoa** comenta al respecto: “la retroactividad de la ley más favorable no tiene lugar cuando el juicio ha sido fallado. Concluida la litis, la intangibilidad que la ley reconoce a la cosa juzgada impide que la ley posterior más benigna pueda ser aplicada al reo”.²⁰

²⁰ **Eduardo Novoa**, *Curso de derecho penal chileno*, 1a ed, Editorial Jurídica de Chile, 1960, pág 196.

8.5 Ámbito personal de validez y excepciones

En este concepto, es oportuno citar lo siguiente:

Abolidos la esclavitud, el régimen de los siervos, las aristocracias y los privilegios que antiguamente se reconocían a determinadas corporaciones y a determinados individuos, la igualdad natural de los hombres se ha reflejado en los regímenes políticos de casi todos los pueblos civilizados que pregonan hoy la igualdad y libertad como bases de toda constitución estatal.²¹

Así es como el maestro **Villalobos** da una introducción a lo que es la igualdad que debiera existir entre todos los seres humanos.

De igual manera el maestro **Pavón** habla acerca de un moderno derecho penal: “el moderno derecho penal afirma la igualdad de los súbditos ante la ley, pues ésta se dirige a todos sin excepción, lo que la hace impersonal”.²² Aquí se refiere a un atributo propio de la ley; sin embargo, este principio de igualdad no fue respetado en otros tiempos históricos; el mundo antiguo no conoció otro orden de cosas que el de la desigualdad ante la ley. En tal virtud, hay que hacer memoria para recordar el derecho romano en la antigüedad, donde encontramos las figuras de *cives*, que gozaban de todos los privilegios, el *peregrinus* de una condición inferior, y el *servus*, el cual pertenecía a la clase más baja de dicha organización social.

En la edad media se acentuó aún más la desigualdad, a pesar de que la esclavitud quedó remplazada por la servidumbre feudal. En este periodo histórico existió notable diferencia entre los señores o nobles y los siervos o plebeyos, consagrándose el derecho del delincuente a ser juzgados sus iguales, lo cual pone de manifiesto la diferente justicia impartida a unos y a otros.²³

En México, el primer decreto que suprimió la esclavitud fue dictado por Hidalgo en Guadalajara el 6 de diciembre de 1810. Los gobiernos posteriores publicaron diversas leyes encaminadas al mismo fin, como las del 13 de julio de 1823 y 15 de septiembre de 1829, en tanto que los títulos de nobleza quedaron abolidos por decreto del 2 de mayo de 1826.

²¹ **Ignacio Villalobos**, *Derecho penal mexicano*, parte general, 5a ed, Editorial Porrúa, México, 1947, pág 187.

²² **Francisco Pavón Vasconcelos**, *Manual de derecho penal mexicano*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1976, pág 149.

²³ Ídem.

Desde entonces se ha repetido en nuestra organización jurídica el reconocimiento de las mismas bases de libertad e igualdad que aparecen consagradas en los arts 1o, 2o, 12 y 13 de la Constitución actual.

Ante la ley penal son iguales todas las personas, pues nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales.

Últimamente se ha hecho sentir una corriente favorable a la idea de una especial legislación penal para ciertos grupos étnicos tenidos por inferiores cultural y económicamente. Entre las conclusiones que aprobó el Segundo Congreso Latinoamericano de Criminología se cuenta recomendar a los países americanos que al emprender la reforma de sus legislaciones penales tengan en cuenta el factor indígena, sobre todo aquellas naciones donde este elemento étnico es numeroso, procurando la adopción de una legislación tutelar que tienda a su incorporación a la vida civilizada.

Nada más opuesto a ello que lo hecho en la India, donde, con el pretexto de proteger, se inferiorizó y mantuvo al margen de la vida común a los grupos indígenas y los hicieron más fácilmente explotables.

En el México actual se tiene una ley general indígena, que no cumple con sus principales objetivos, lo cual causa un efecto similar al que ocurre en la India. No es posible que todavía no se pueda lidiar con ese tema.

A tal problema propone una solución **Carrancá y Trujillo**: “la solución correcta radica en la mayor extensión del arbitrio y en la adecuada preparación técnica de los funcionarios judiciales”.²⁴

8.5.1 Excepciones al principio de igualdad ante la ley penal

Esta igualdad esencial de los hombres no impide tener en consideración las notas diferenciales de cada delito y de cada delincuente, en cuanto influyan para fijar la responsabilidad y la peligrosidad que han de individualizar los juicios y los tratamientos de una ley común.

El mandato constitucional en México, el principio general de igualdad, ofrece ciertas excepciones, entre las cuales cabe mencionar dos especies de ellas:

- Las relativas a la responsabilidad penal.
- Las referentes al procedimiento para exigirla.

²⁴ **Raúl Carrancá y Trujillo**, *Derecho penal mexicano*, parte general, t I, 5a ed, Editorial Porrúa, México, 1972, pág 164.

El art 108 de la Constitución justifica la excepción por delitos leves cometidos por el presidente de la República, a fin de no perturbar en lo posible su importante función política y de no someterlo en leve causa al Poder judicial, obstaculizando así el libre ejercicio de su cargo; así, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y por delitos graves del orden común.

En cuanto al procedimiento, el art 109 establece que el presidente debe ser acusado ante la Cámara de Senadores, la que se erigirá en Gran Jurado para oír al acusado y practicar las diligencias oportunas.

Si por el voto de las dos terceras partes de sus miembros resolviese la Cámara que el acusado es culpable, éste quedará privado del cargo y a disposición de las autoridades comunes.

El art 111 señala que son inatacables las resoluciones del Gran Jurado, mientras que lo relativo al procedimiento representa una excepción de carácter procesal.

Hay otro tipo de funcionarios que, por sus atribuciones, no deben quedar sujetos a represalias y a la suspensión repentina de su ejercicio, pero para los cuales sólo se ha creado un juicio político previo, y un requisito procesal que ha de llenarse antes de que los tribunales comunes puedan ejercer su jurisdicción sobre ellos.

El juicio político, tal como aún se consigna en nuestras leyes, tuvo su origen en Gran Bretaña cuando en el siglo xiv los lores juzgaban a los altos funcionarios del Estado bajo la acusación de los condados, que luego fueron sustituidos por los comunes.

Como esos procedimientos extraordinarios ampliaron su radio de acción a las faltas graves, a la conducta inmoral y aun a la ineptitud para desempeñar el cargo, el *impeachment* perdió su carácter judicial y se convirtió en juicio político, evolución que acaso fuera responsable del desprestigio de la institución y de su consiguiente abandono en las constituciones europeas, que optan hoy por reglamentar la intervención de los tribunales, recordando los juicios de residencia realizados en España e introducidos a todos los virreinos de América por la recapitulación de las Leyes de Indias del 18 de mayo de 1680.²⁵

Por último veremos las dos figuras que son las excepciones al principio de igualdad ante la ley: una de derecho internacional público (la inmunidad diplomática) y la otra de derecho público interno (el fuero).

Pavón Vasconcelos dice al respecto:

²⁵ Ignacio Villalobos, ob cit, págs 189 y 190.

La inmunidad supone inaplicación absoluta de la ley penal y se la refiere a la persona de los representantes diplomáticos de países extranjeros. El fuero, por tanto, no constituye sino un privilegio frente a ella; quien goza de fuero es responsable de los hechos delictivos cometidos, pero para serle aplicadas las sanciones respectivas debe ser despojado de su privilegio, o bien satisfacerse determinados requisitos con antelación a su procesamiento.²⁶

8.5.2 Inmunidad diplomática

Antiguamente se consideraba la inmunidad de los representantes diplomáticos; por ello, los pueblos primitivos respetaron la persona de los legados al establecer el principio de inviolabilidad. No obstante, la inviolabilidad absoluta no ha sido reconocida de forma unánime, a pesar de constituir la corriente más aceptada.

Algunos ilustres autores del derecho de gentes han limitado su alcance al señalar excepciones para aquellos casos de actividades ilícitas (como la conspiración) que ponen en peligro la integridad del Estado ante el cual se encuentran acreditados tales representantes diplomáticos, pues —afirman— la inmunidad diplomática protege a la persona en razón de su investidura, y la ponen a salvo de cualquier acción que interfiera con su alta misión, pero no le proporciona impunidad.

La función específica encomendada a los agentes diplomáticos, cualquiera que sea su jerarquía, reside en representar internacionalmente los derechos del Estado y sus relaciones con aquel ante el que se encuentran acreditados, lo cual les da su carácter diplomático.

Por la naturaleza de su función y fundamentalmente por la representación que ostenta, el agente diplomático se encuentra investido de inmunidad, lo cual significa el goce del privilegio de no hallarse bajo el imperio de la autoridad y las leyes del Estado donde reside. Esta situación frente al Estado ante el que ejerce su representación es lo que llamamos *inmunidad* o *extraterritorialidad*.

8.5.3 Fuero

Cuando se habla de fuero dentro de los límites del derecho punitivo, se da a este término una connotación diversa de la que tiene en el campo del derecho en general.

²⁶ Francisco Pavón Vasconcelos, ob cit, pág 48.

En el campo de aplicación del derecho penal, el fuero es un privilegio de la persona en virtud de la función que desempeña, frente a la ley penal.

Fuera de nuestra disciplina, se han dado a la palabra *fuero* significados diversos, según se refiera a la competencia del tribunal que debe conocer de determinados delitos, o se aluda a la jurisdicción del mismo o se trate de la persona. Así, se habla de fuero común y fuero federal para referirse a la competencia específica de determinados tribunales para conocer de los delitos cometidos, según sean estimados por la ley pertenecientes a uno u otro fuero; igualmente, se habla de delitos del fuero militar cuando de ellos deben conocer los tribunales castrenses.

Hasta antes de la reforma de diciembre de 1982, los arts 108 a 113 de la *Constitución General de la República* consagraron el fuero constitucional, estableciendo el procedimiento a seguir para exigir responsabilidad por delitos comunes y oficiales a los altos funcionarios de los tres poderes de la Unión.

Los preceptos en cuestión declararon que los senadores y diputados del Congreso de la Unión, los magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Unión, los secretarios del despacho y el procurador general de la República eran responsables de los delitos comunes que cometieran durante el tiempo de su encargo y por los delitos, faltas u omisiones en que incurrieran en el ejercicio de ese cargo.

A su vez, el presidente de la República sólo podía ser acusado, durante el tiempo de su gestión, por traición a la patria y por delitos graves del orden común. Igualmente, se declaraba que los gobernadores de los estados y los diputados a las legislaturas locales eran responsables por violaciones a la Constitución y a las leyes federales.²⁷

Con la intención de hacer una comparación con el derecho argentino, presentamos una breve perspectiva de las excepciones personales de aplicación de la ley penal en esa legislación.

Soler señala lo siguiente:

El orden jurídico fija no solamente el ámbito espacial y temporal de validez de las leyes penales, sino que contiene normas referidas a la validez de aquellas en relación con las personas. El estudio de esas normas ofrece muy distinto interés según sea la organización política del Estado, pues la limitación de las leyes penales con referencia a las personas está constituida por privilegios políticos superiores a la ley penal misma y dependientes direc-

²⁷ *Ibíd.*, pág 49.

tamente del orden constitucional. Siendo la esencia de nuestro Estado la igualdad, en éste no existen fueros personales.²⁸

Dicho autor añade:

La responsabilidad por las propias acciones es la base del sistema democrático y a ello no se sustraen los funcionarios, cualquiera que sea su jerarquía. No debemos, pues, buscar en nuestro sistema jurídico ningún rastro de privilegio o exención que sea estrictamente personal, como lo es el del papa o el de los monarcas con relación a la ley penal, cuyas disposiciones no les alcanzan.²⁹

Como se señala en la cita anterior se habla de la sustracción de los funcionarios y de su goce de la inaplicación de la ley penal y también de que es distinta esta figura a una que es estrictamente personal.

Soler también habla de una figura conocida en el derecho de su país como antejuicio, y lo distingue del privilegio de irresponsabilidad al decir que:

El antejuicio es solamente una sustracción temporal del sujeto a la ley procesal común y sólo tiene el alcance de un impedimento que posterga el proceso común hasta que se hayan producido ciertos actos no jurisdiccionales, después de los cuales la parte condenada quedará sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios, y el segundo es una verdadera limitación personal del alcance de las leyes penales.³⁰

Al analizar este tipo de figuras se observa un parentesco con la legislación mexicana en materia de ley penal.

Las excepciones verdaderas que encontramos tienen un carácter mixto más funcional que personal, derivadas del derecho internacional y del derecho constitucional, y son las siguientes:

8.5.3.1 Privilegio de los ministros, embajadores y cónsules extranjeros

La ficción de extraterritorialidad, que hacía considerar cometido en el extranjero un delito realizado en la sede de una embajada, ha perdido en general su viejo prestigio. Así, el delito cometido en tales condiciones es perpetrado en el territorio del Estado, pues la exención tiene un carácter

²⁸ **Sebastián Soler**, *Derecho penal argentino*, t I, 2a ed, Editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1985, págs 265 y 266.

²⁹ Ídem.

³⁰ Ídem.

funcional y referida a la persona del ministro que representa ante una nación a otro Estado soberano.

8.5.3.2 Privilegio de las opiniones parlamentarias

En algunos países subsiste una verdadera inmunidad penal para los miembros del congreso, los cuales no pueden ser acusados, interrogados judicialmente, ni molestados por las opiniones y discursos que emitan en el desempeño de su mandato.

Raúl Zaffaroni establece que todas las personas son iguales para la ley penal, y si bien éste es el principio general, se prevén ciertas excepciones, sobre todo relativas a personas que desempeñan determinadas funciones para el Estado. En ese caso, se necesitan ciertos requisitos procesales antes de su juzgamiento, un proceso conocido en el derecho argentino como *antejuicio* (**Soler**), cuyo estudio corresponde al derecho procesal.

El sometimiento a ese juicio previo al penal configura lo que se denomina *inmunidad*; sin embargo, no debe confundirse la inmunidad con la indemnidad, que ocurre cuando ciertos actos de una persona quedan eximidos de responsabilidad penal.

Este segundo aspecto corresponde al derecho penal, aunque no se trate directamente de normas penales, sino de derecho de aplicación de la ley penal.

Las inmunidades las hallamos en la Constitución, cuyo art 61 dispone:

Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado, excepto en caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de algún crimen que merezca la pena de muerte, infamante u otra afflictiva.

El art 62 establece:

Cuando se forme querrela por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o diputado, examinado el mérito del sumario en juicio público, podrá cada cámara, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento.

Entendemos que las inmunidades no pueden extenderse por ley, pues requieren un fundamento constitucional. Por ley del Congreso se estableció el fuero policial y muchos años después el fuero sindical; no obstante, ambos eran inconstitucionales y fueron derogados al poco andar. Si bien el llamado fuero sindical podría hallar un fundamento constitu-

cional en la consagración del derecho de huelga y en su necesidad como condición de efectividad del mismo, su instrumentación legal concreta era inconstitucional.

En cuanto a las indemnidades, cabe aclarar que, según la determinante disposición del art 16 CN, en Argentina nadie puede ser excluido de la ley penal en consideración a su persona, como sucede en las monarquías con la persona del monarca y de la familia real. Empero, hay indemnidades impuestas por el derecho constitucional en lo referente a las opiniones parlamentarias, pero que tienen carácter funcional y en modo alguno personal.

No se trata de una indemnidad completamente personal, porque lo que se halla fuera de la ley penal son los actos y no el actor por su calidad de miembro del Congreso. Tampoco se trata de una inmunidad, pues aunque el legislador cesare en su mandato, seguiría amparado por la indemnidad del acto. Lo que queda excluido de la ley penal son las acciones de opinar y pronunciar discursos desempeñando el mandato de legislador, es decir, dentro del recinto de la Cámara de Senadores o de Diputados, en sus comisiones o fuera del recinto de sus cámaras siempre que fuese en el desempeño de su mandato. La misma indemnidad se extiende a los actos similares de los convencionales constituyentes.

8.5.4 Inmunidades diplomáticas y consulares

El art 100 CN establece que “corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la nación el conocimiento y decisión de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros”.

A su vez, el art 101 fija la competencia ordinaria de la Corte Suprema “en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros”. No obstante, la Corte no se limita a aplicar el CP, sino que debe resolver de la forma impuesta por el derecho internacional. Ello lo preceptúa el art 21 del *Código de Procedimientos Penales* en materia federal:

*La Suprema Corte Nacional conocerá originalmente de las causas criminales concernientes a embajadores, ministros o agentes diplomáticos extranjeros, a las personas que propongan la legación, a los individuos de su familia o servidumbre, del modo y en los casos de que una corte de justicia pueda proceder con arreglo al derecho internacional.*³¹

³¹ **Eugenio Zaffaroni**, *Tratado de derecho penal*, parte general, 1a ed, Editorial Cárdenas, México, 1988, págs 184-186.

Lo expuesto por el maestro **Zaffaroni** complementa lo señalado por **Soler** en cuanto a las figuras jurídicas que hay en el derecho penal de Argentina.

Como nos damos cuenta, este derecho posee una figura llamada *inmunidad*, la cual es parecida a la nuestra, pero aquí el autor muestra una figura distinta de la inmunidad, que es la indemnidad.

Bibliografía

- AMUCHATEGI REQUENA, Irma G., *Derecho penal*, 6a ed, Harla, México, 1998.
- ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, 2a ed, Editorial Akal, Madrid, 1986.
- ARRILLA BAS, Fernando, *Derecho penal*, parte general, Editorial Porrúa, México, 2001.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal*, parte general, 2a ed, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987.
- , *Manual de derecho penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1989.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgar, *Derecho civil*, Colección diccionarios jurídicos temáticos, vol 1, Oxford University Press, México, 2000.
- BAUMANN, Jürgen, *Derecho penal*, 4a ed, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, 2a ed, Editorial Temis, Bogotá, 1997.
- BOLIO PENICHE, Francisco J., *Introducción al estudio del derecho*, 11a ed, Editorial Porrúa, México, 1993.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Introducción al derecho penal*, 2a ed, Editorial Temis, Bogotá, 1994.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Derecho penal mexicano*, 20a ed, Editorial Porrúa, México, 2001.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 20a ed, Editorial Porrúa, México, 1978.
- CASTRO Y CASTRO, Juventino, *Garantías y amparo*, 9a ed, Editorial Porrúa, México, 1996.
- CISNEROS FARÍAS, Germán, *La interpretación de la ley*, 3a ed, Trillas, México, 2000

- COLÍN SÁNCHEZ, **Guillermo**, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 5a ed, Editorial Porrúa, México, 1979.
- CORTÉS IBARRA, **Miguel Ángel**, *Derecho penal*, 4a ed, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992.
- COVIELLO, **Nicolás**, *Doctrina general del derecho civil*, 4a ed en italiano revisada por Leonardo Coviello, traducción de Felipe de Jesús Tena, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938.
- CUELLO CALÓN, **Eugenio**, *Derecho penal*, parte general, t 1, 4a ed, Editorial Bosch, Barcelona, 1937.
- CURY URSÚA, **Enrique**, *Derecho penal*, parte general, t 1, 2a ed, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992.
- , *La ley penal en blanco*, 5a ed, Editorial Temis, Bogotá, 1988.
- DAMIANOVICH, **T. A., Laura**, *Derecho penal*, t 1, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1972.
- DELMAS-MARTY, **Mareille**, *Modelos actuales de política criminal*, Editorial Gráficas Arias Montano, Madrid, 1986.
- Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, H. Cámara de Diputados, LV Legislatura, t III, 4a ed, México, 1994.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, **Jorge Alfredo**, *Derecho civil*, 8a ed, Editorial Porrúa, México, 2000.
- FALCÓN Y TELLA, **María José**, *El argumento analógico en el derecho*, Civitas, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, **Juan**, *Derecho penal fundamental*, 2a ed, t I, Editorial Temis, Bogotá, 1989.
- FONTÁN BALESTRA, **Carlos**, *Derecho penal*, 1a ed, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.
- GALINDO GARFIAS, **Ignacio**, *Derecho civil*, 14a ed, Editorial Porrúa, México, 1995.
- GARCÍA MÁYNEZ, **Eduardo**, *Introducción al estudio del derecho*, 45a ed, Editorial Porrúa, México, 1993.
- GARCÍA RAMÍREZ, **Sergio**, *Los derechos humanos y el derecho penal*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1988.
- , *Cuestiones criminológicas y penales contemporáneas*, Instituto Nacional de las Ciencias Penales, México, 1984.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, **René**, *Política criminológica mexicana*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 2000.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, **José Arturo**, *Derecho penal mexicano*, 4a ed, Editorial Porrúa, México, 2001.
- GRAMÁTICA, **Filipo**, *Principios de derecho penal subjetivo*, traducción de Juan del Rosal y Víctor Conde, Editorial Reus, Madrid, 1941.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, **Eduardo**, *Introducción al derecho*, 2a ed, Fundación de Cultura Universitaria, México, 1991.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, **Luis**, *Principios de derecho penal*. La ley y el delito, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980.
- , *Lecciones de derecho penal*, Biblioteca clásicos del derecho, t 7, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1997.
- , *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, 3a ed, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- JIMÉNEZ HUERTA, **Mariano**, *Derecho penal mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1985.

- KANT, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, 85a ed, Editorial Cajica, Puebla, 1962.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 6a ed, Editorial Porrúa, México, 1999.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Editorial, Ariel, Barcelona, 1994.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Introducción al derecho penal*, 9a ed, Editorial Porrúa, México, 2001.
- LOZANO Y LOZANO, Carlos, *Elementos de derecho penal*, 3a ed, Editorial Temis, Bogotá, 1989.
- MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, 1a ed, Editorial Porrúa, México, 1997.
- MARGADANT, Guillermo F., *Introducción a la historia del derecho mexicano*, 5a ed, Esfinge, México, 1998.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho penal*, parte general, 2a ed, Trillas, México, 1990.
- MAURACH, Reinhart, y ZIPF HEINZ, *Derecho penal*, parte general, 7a ed, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*, parte general, 2a ed, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias o Universitius, Barcelona, 1985.
- MOLLA, Roque, "Tasas de interés cuando éste se pacta como cláusula de mantenimiento de valor", *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t 79, enero a junio de 1993, núms 1 a 6.
- MORENO, Antonio, *Curso de derecho penal mexicano*, 4a ed, Editorial Porrúa, México, 1962.
- NINO, José Antonio, *La interpretación de las leyes*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1979.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984.
- OPELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *Curso de derecho penal*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 2001.
- ORTIZ URQUIDI, Raúl, *Derecho civil*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1982.
- OVILLA MANDUJANO, Manuel, *Teoría del derecho*, Editorial Duero, México, 1990.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Manual en derecho penal mexicano*, 8a ed, Editorial Porrúa, México, 1990.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Derecho civil*, Clásicos del derecho, vol 8, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1997.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, 1a ed, Editorial Porrúa, México, 2001.
- , *Derecho penal*, parte general, 2a ed, t I, Editorial Bosch, Barcelona, 1990.
- PORTE PETIT, Celestino, *Apuntamientos de la parte general del derecho penal*, 11a ed, Editorial Porrúa, México, 1987.
- , *Derecho penal*, parte general, 2a ed, Trillas, México, 1990.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de derecho penal*, parte general, Editorial Aranzadi, Madrid, 1999.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 2a ed, Fondo de Cultura Económica, México, 1956.
- , *Introducción al estudio del derecho*. 5a ed, Editorial Porrúa, México, 1979.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminología*, 16a ed, Editorial Porrúa, México, 2001.
- , *Penología*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 2000.

- ROJINA VILLEGAS, **Rafael**, *Introducción al estudio del derecho*, 3a ed, Editorial Porrúa, México, 1994.
- ROWICS, **Kant**, *Introducción al estudio del derecho*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1983
- SAAVEDRA, **Modesto**, *Interpretación del derecho*, 4a ed, Fontamara, México, 1994.
- SÁINZ CATERO, **José Antonio**, *Lecciones de derecho penal*, parte general, 3a ed, Editorial Bosch, Barcelona, 1990.
- SEARA VÁZQUEZ, **Modesto**, *Derecho internacional público*, ed, Editorial Porrúa, México, 1988.
- SILVA SÁNCHEZ, **Jesús María**, *Política criminal y nuevo derecho penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.
- , *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1992.
- SOLER, **Sebastián**, *Derecho penal argentino*, t I, y II, 2a ed, Editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1985.
- STAMPA BRAUN, **José María**, *Introducción a la ciencia del derecho penal*, 1a ed, Editorial Miñón, México, 1953.
- TOCORA, **Fernando**, *Política criminal contemporánea*, Editorial Temis, Bogotá, 1997.
- TORRES LÓPEZ, **Mario Alberto**, *Las leyes penales*, 4a ed, Editorial Porrúa, México, 2001.
- TOVAR, **Antonio**, *Gran diccionario patria de la lengua española*, 5a ed, Editorial Patria, México, 1999.
- VALLADO BERRÓN, **Fausto**, *Introducción al estudio del derecho*, Herrero, México, 1961.
- VARIOS AUTORES, *Sagrada Biblia*, Editorial Católica, Biblioteca de Autores Cristianos, México, 1982.
- VILLALOBOS, **Ignacio**, *Derecho penal mexicano*, parte general, 5a ed, Editorial Porrúa, México, 1993.
- VILLORO TORANZO, **Miguel**, *Introducción al estudio del derecho*, 7a ed, Editorial Porrúa, México, 1987.
- WELZEL, **HANS**, *Derecho penal alemán*, parte general, 2a ed, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.
- ZAFFARONI, **Eugenio**, *Tratado de derecho penal*, parte general, ed, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988.

Índice de materias

ámbito(s)
de validez
de la ley penal, 167-204
temporal, 187
espacial de validez, 169-173
personal de validez y excepciones,
196-204
antecedentes de la extradición, 174
Antón Oneca, José, 57
antropología criminal, 30-31
asilo, 177
Atienza Rodríguez, Manuel, 157
aztecas y el derecho penal, 86-88

Bacigalupo, Enrique, 3, 6, 173
Baqueiro Rojas, Edgar, 132
Baumann, Jürgen, 116-117
biología criminal, 32
Bobbio, Norberto, 152
Bustos Ramírez, Juan, 6, 122

Carbonell Mateu, Juan Carlos, 15
Carrancá y Rivas, Raúl, 73
Carrancá y Trujillo, Raúl, 2, 6, 8, 11, 25,
35, 55, 72, 75, 133, 148, 157, 197
Carrara, Francesco, 68
Castellanos Tena, Fernando, 10, 28, 46,
78-79, 80, 88, 148, 169
Castro y Castro, Juventino, 164
ciencia(s)
del derecho penal, 21-52
concepto de, 21-22
método de estudio de la, 23
fundamentales, 26-37
penales auxiliares, 38-42
Cisneros Farías, Germán, 144
clases
de extradición, 175
de interpretación, 137
clasificación(es)
de las normas, 118-130

y relaciones del derecho penal con
otras ramas del derecho, 7-13

concepto

de ciencia del derecho penal, 21-22

de interpretación, 131-136

de la ley más benigna, 193

de norma, 111-117

y contenido del derecho penal, 1-20

convención Interamericana sobre

Extradición, 177

cosa juzgada, 195

oviello, Nicolás, 137

formalística, 38-39

hermenéutica, 26-27

niveles de interpretación conductual,

general y personal en la, 27

uello Calón, Eugenio, 2, 14, 31-32, 39,

59, 61, 65, 71, 80, 94, 97,

148, 151

amianovich T. A., Laura, 95

el Rosal, Juan, 45

delito, momento de comisión del, 188

elmas-Marty, Mareille, 47-48

derecho

a castigar, estado de derecho y, 15-17

penal

actual, 82-84

ciencia del, 21-52

concepto y contenido del, 1-20

corporativo, 13

económico, 12

en México, desarrollo del, 85-110

financiero, 12

fiscal, 12

laboral, 12

objetivo (*ius penale*), 5-6

subjetivo (*ius puniendi*), 13-14

y derecho

administrativo, 9

civil, 10

comparado, 11

constitucional, 10

internacional, 7

mercantil, 10

político, 8

procesal, 8

desarrollo

del derecho penal en México, 85-110

época

colonial en el, 93-100

contemporánea en el, 104-110

independiente en el, 101-103

prehispánica en el, 85

histórico del derecho penal en el

mundo, 67-84

escuela clásica en el, 67-70

escuela positivista en el, 71-76

otras tendencias y escuelas en el,

78-81

tercera escuela o *terza scuola* en el, 77

dignidad de la persona, principio de la, 17

dogmática jurídico-penal, 42

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, 132

elementos de la interpretación

teleológica, 146

endocrinología criminal, 33

época

colonial en México, derecho penal en

la, 93-100

contemporánea en México, derecho

penal en la, 104-110

independiente en México, derecho

penal en la, 101-103

prehispánica en México

aztecas y el derecho penal en la,

86-88

derecho penal en la, 85

mayas y el derecho penal en la, 89

purépechas y el derecho penal en

la, 89

escuela(s)

clásica, 67-70

correcionalista, 81

eclécticas, 78-81

positivista, 71-76

sociológica, 79

técnico-jurídica, 80

estadística criminal, 36-37

estado de derecho y derecho a castigar,

15-17

evolución histórica de las ideas penales, 53-66
 periodo científico en la, 64-66
 periodo de la venganza divina en la, 58-59
 privada en la, 54-57
 pública en la, 60-61
 periodo humanitario en la, 62-63
 excepciones al principio de igualdad ante la ley penal, 197-198
 expulsión, 176
 extradición, 174-186
 antecedentes de la, 174
 clases de, 175
 Convención Interamericana sobre, 177
 leyes nacionales de, 176
 tratados de, 176

Fernández Doblado, 116

Florián, Eugenio, 190

Fontán Balestra, Carlos, 81

fuentes

de cognición, 143

de producción, 143

históricas, 142

reales, 142

fuero, 199-202

Galindo Garfias, Ignacio, 132, 137, 149

garantía de la exacta aplicación de la ley, 162-166

García Máynez, Eduardo, 5, 6, 119, 134, 138, 160

Goldschmidt, James, 117

Gómez, Eusebio, 68

González de la Vega, René, 52

Grispigni, Felipe, 23, 43-44

hipótesis que pueden originar la sucesión de leyes, 192

Husserl, Edmund, 131

ideas penales, evolución histórica de las, 53-66

inmunidad(es) diplomáticas(s), 199
 v consulares. 203

interpretación

a *contrario sensu*, 160

clases de, 137

concepto de, 131-136

de acuerdo con

el sujeto, 139-141

la fuente, 142-143

los medios, 143-149

los resultados, 150-151

de la norma penal, 131-166

fuentes

de cognición en la, 143

de producción en la, 143

históricas en la, 142

reales en la, 142

gramatical, 144

histórica, 147-148

lógica o teleológica, 145

métodos de, 149

por analogía, 152-156

por mayoría y minoría de razón, 157

real, 160-161

teleológica, elementos de la, 146

ius puniendi, límites de, 15

Jiménez de Asúa, Luis, 3, 6, 24, 39, 42, 70-71, 77, 79, 114

Kelsen, Hans, 127, 150

ley(es)

interpretativas y fe de erratas, 195

nacionales de extradición, 176

penal(es)

adjetiva o procesal, retroactividad de la, 190

ámbitos de validez de la, 167-204

nacimiento y derogación de la, 188

teoría acerca de la retroactividad e

irretroactividad de las, 189

vigencia ordinaria de la, 187

sustantiva, retroactividad de la, 191

Límites del *ius puniendi*, 15

Lombroso, César, 30, 76

López Betancourt, Eduardo, 21, 46, 59, 100, 133, 148

alo Camacho, Gustavo, 9, 40, 111, 121, 124

anzini, Vincenzo, 44, 115, 147

árquez Piñero, Rafael, 32, 37, 169, 171

ayayas y el derecho penal, 89

ayoría de razón, requisitos de existencia de la, 158-159

edicina forense, 40

étodo(s)

- de estudio de la ciencia del derecho penal, 23
- de interpretación, 149

ir Puig, Santiago, 13, 16-17, 122, 126, 128-130

olla, Roque, 165

omomento de comisión del delito, 188

acimimiento y derogación de la ley penal, 188

ecesidad de intervención, principio de la, 16

ino, José Antonio, 136

veles de interpretación

- conductual, 27
- general, 28
- personal, 27

orma(s)

- clasificación de las, 118-130
- completas, 124
- concepto de, 111-117
- en blanco, 120-123
 - concepciones amplia y restringida de las, 123
- incompletas, 125-126
- penal
 - interpretación de la, 131-166
 - teoría de la, 111-130
 - validez de la, 167-168
- primarias, 127
- procesales, retroactividad de las, 191
- secundarias, 128

ovoa, Eduardo, 195

rellana Wiarco, Octavio Alberto, 4, 14, 112

rtiz Urquidi, Raúl, 138

Pavón Vasconcelos, Francisco, 2, 14, 21, 25-26, 39, 57, 72, 86, 103, 120-121, 143-144, 196, 198

Pegaza Ramírez, Armando, 10

periodo

- científico, 64-66
- de la venganza divina, 58-59
- privada, 54-57
- pública, 60-61
- humanitario, 62-63

Polaino Navarrete, Miguel, 9, 22, 26, 46

política criminal, 46-52

Porte Petit, Celestino, 2, 22-23, 25, 45, 114, 118, 142, 170-171

principio

- de igualdad ante la ley penal, excepciones al, 197-198
- de la dignidad de la persona, 17
- de la necesidad de intervención, 16
- de la protección de bienes jurídicos, 17

privilegio

- de las opiniones parlamentarias, 202
- de los ministros, embajadores y cónsules extranjeros, 201

procedimiento legal para aplicar la ley, 194

protección de bienes jurídicos, principio de la, 17

psicología

- criminal, 34-35
- judicial, 42

psiquiatría forense, 41

purépechas y el derecho penal, 89

Queralt, Joan J., 48

Quintero Olivares, Gonzalo, 120, 123

Rabasa, Emilio, 163

Ranieri, Silvio, 24, 44

Recaséns Siches, Luis, 15, 141

reextradición, 176

Reinhart, Maurach, 125

relación(es)

- de la ciencia del derecho penal con otras ciencias, 25

del derecho penal con otras ramas del derecho, 7

requisitos de existencia de la mayoría de razón, 158-159

retroactividad

- de la ley
 - penal adjetiva o procesal, 190
 - sustantiva, 191
- de las normas procesales, 191
- y supervivencia de una ley, 189

Rodríguez Mourullo, 175

Rojina Villegas Rafael, 161

Rowics, Kant, 140

Sáinz Cantero, José A., 122

Silvia Sánchez, Jesús María, 128-130

sociología criminal, 28-29

Soler, Sebastián, 5, 43, 133, 135, 200

Stampa Braun, José María, 112, 120-122, 126

teoría

- acerca de la retroactividad e irretroactividad de la leyes penales, 189
- de la norma penal, 111-130
- tercera escuela o *terza scuola*, 77

Tocora, Fernando, 47, 49

Torres López, Mario Alberto, 29, 125

tratados de extradición, 176

Ulrich, Klug, 153

validez

- ámbito espacial de, 169-173
- de la ley penal desde el punto de vista de los órganos jurisdiccionales, 169
- de la norma penal, 167-168
- espacial, 167
- material, 169
- personal, 168
- temporal, 168
 - ámbito de, 187
 - respecto a las especies de leyes penales, 195
 - y excepciones, ámbito personal de, 196-204

venganza

- divina, periodo de la, 58-59
- privada, periodo de la, 54-57
- pública, periodo de la, 60-61

vigencia ordinaria de la ley penal, 187

Villalobos, Ignacio, 2, 14, 55, 58, 63, 96, 100, 145

Vives Antón, Tomás, 14

Welsel, Hans, 5