

CAPÍTULO IV

EL DELITO. LEGALIDAD

Si en algún espacio debiera atenderse con rigor y convicción, sin licencia perniciosa, la regla platónica sobre el gobierno de las leyes superior al de los hombres —expresión sujeta a reflexiones—,¹ es en el ámbito penal. En un tiempo —pero no emprenderé la historia del arbitrio— la definición de los delitos y el establecimiento de las penas quedaron a merced del gobernante. De ahí que el principio de legalidad marcara el destino y el camino del sistema penal, que aborreció el absolutismo del monarca y del juzgador y entregó al Parlamento la encomienda de administrar la “voluntad general”, formulando las descripciones de la conducta ilícita y fijando sus consecuencias jurídicas, en calidad y cantidad. No habría “excepción alguna —señaló Beccaria— en este axioma general: cada ciudadano debe saber cuándo es reo y cuándo es inocente”.² El dogma liberal, que arraigó en las democracias, se expresa en una fórmula rotunda: “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos”.³

Desde los primeros años de nuestra vida independiente, el gobierno expuso las ideas que conducirían la gestión del Estado en el marco

¹ Norberto Bobbio sostiene que “el principio del buen gobierno frente al gobierno de las leyes se cambia completamente: no es la buena ley la que hace al buen gobernante, sino que el legislador sabio es el que realiza el buen gobierno introduciendo buenas leyes”. *El futuro de la democracia*, 2a. ed., trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, pp. 181 y 182.

² *De los delitos...*, cit., p. 237.

³ *Ibidem*, p. 218.

de la legalidad, con respecto a la administración de la justicia penal: “el reconocimiento de la generación presente, es haber estampado en la ley fundamental las admirables bases de la administración de la justicia, esas fórmulas protectoras de la inocencia. La infamia de un delito no recaerá sino sobre el que lo cometa. Una esposa y unos hijos inmaculados no gemirán en la orfandad y la miseria los desaciertos de un padre ó de un esposo delincuente: los dolores y angustias del tormento no arrancarán de la boca de la inocencia, confesiones de delitos no cometidos, ni pondrán a prueba el valor y sufrimiento de los criminales. No resonarán ya los hondos calabozos con los gemidos de las víctimas del furor, y las acciones de los ciudadanos serán sólo calificadas por jueces naturales y en virtud de leyes dadas con anterioridad”.⁴

La legalidad penal se despliega en diversas actividades de la autoridad⁵ y tiene distintas vertientes: sustantiva, procesal, ejecutiva.⁶ La primera y la segunda avanzaron con mayor diligencia; la tercera llegó más tarde: durante mucho tiempo, el condenado fue “cosa de la administración, que disponía, enjuiciaba, calificaba y ejecutaba”.⁷ Nuestras disposiciones supremas cuidaron de establecer el principio de legalidad penal, ordenando así la tarea del legislador —que no es, sin embargo, omnímodo: lo circunscriben los valores del Estado democrático— y acotando el en-

⁴ Cfr. “General Guadalupe Victoria, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, al cerrar las sesiones del Congreso Constituyente el 24 de diciembre de 1824”, en *Los Presidentes de México...*, cit., t. I, p. 26.

⁵ Trayectoria: Apat. 21; ACF. 19; PrimeraLC. 2, V; PR. 9, XIV; Proy. Min. 5, XII; Seg. Proy. 116; BO. 9, VIII; EOP. 58; C57. 14; PC16. 14; C17. 14, 16. Trayectoria de escrito fundado y motivado: PriemraLC. 2, I; QuintaLC. 41; PR. 9, II; Proy. May. 7, VI, 82, VI, 117; Seg. Proy. 111; BO. 9, V; EOP. 117, XXVIII; C57. 16; EPI. 60; C17. 14, 16.

⁶ La doctrina ha considerado que el principio de legalidad comprende distintas garantías, a saber: garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), garantía penal (*nulla poena sine lege*), garantía procesal y garantía ejecutiva. Cfr. Arroyo Zapatero, Luis, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 3, núm. 8, mayo-agosto 1983, pp. 20 y ss.; Cárdenas Rioseco, Raúl F., *El principio de legalidad penal*, México, Porrúa, 2009, pp. 28 y ss.; Huerta Tocildo, Susana, “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 13, núm. 39, 1993, pp. 85 y ss., y Vicente Martínez, Rosario de, *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 62 y ss.

⁷ Cfr. García Ramírez, “Prisiones, prisioneros y derechos humanos”, en *Derechos humanos de los reclusos en México. Guía y diagnóstico nacional de supervisión penitenciaria*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2007, p. 44.

cargo del juzgador. En la era del Derecho penal mínimo,⁸ se reprobaría utilizar “la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico”,⁹ “justo porque la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, el principio de necesidad (acogido por el Derecho penal y que implica una limitación a la capacidad prohibitiva del Estado) exige que se recurra a ella como remedio extremo”.¹⁰

Prácticamente todos los proyectos y los ordenamientos del máximo rango reservaron a la ley la definición de los delitos y de las penas y aseguraron que la imposición de castigos se sujetaría a las estipulaciones de aquélla, sea que establecieran directamente el principio de legalidad, sea que lo tomaran del ordenamiento punitivo secundario. Desde luego, ninguno se pronunció sobre los límites materiales —que están implícitos— de la potestad tipificadora del Estado. La frontera quedó en penumbra cuando los preámbulos invocaron a Dios como fuente o guía de la legislación constitucional, invocación mayoritaria que alcanzó, inclusive, a la Carta de 1857, en cuyo preámbulo comparten presencia ambos titulares de autoridad: “En el nombre de Dios y con la autoridad del Pueblo Mexicano (...)”.¹¹ Al cabo, la intolerancia quedaría confinada en el pasado¹² y prevalecería la libertad de religión, que el Estado respeta y garantiza.¹³

⁸ “En el Derecho penal se habla de una intervención mínima, es decir, de la moderación más completa que se pueda en el doble campo del Derecho sustantivo: la tipificación de las conductas y la fijación —en entidad y cantidad— de los castigos. En el Derecho adjetivo se debe mirar al proceso penal como un método, pero no el único, para la composición del litigio. Esto significa que el proceso recoja únicamente los casos inmanejables —o muy difícilmente manejables— por otros medios”. García Ramírez, “Los principios rectores del proceso penal”, *Estudios jurídicos...*, *cit.*, pp. 579 y ss.

⁹ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, t. I, p. 66.

¹⁰ *Cfr.* Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *cit.*, p. 465.

¹¹ Trayectoria: Cádiz, C24, LC, PR, AR, PC56, C57.

¹² Trayectoria de la intolerancia religiosa: Cádiz 12; ER. 1; Apat. 1; PI. 1; RI. 3; PC. Deber: 1; ACF. 4; C24. 3; BC. 1; PR. 1; Proy. May. 2; Proy. Min. 19 (no se permite el ejercicio “público” de otra religión); Seg. Proy. 31 (*idem*); BO. 6. Obligación de los extranjeros de respetar la religión católica: Apat. 17; Proy. May. 10, I; BC. 2; PR. 22; PrimeraLC. 12.

¹³ C17. 24.

Se acentuó la penumbra cuando el Constituyente —en pleno compromiso con el pasado, para no arriesgar el futuro— estableció la intolerancia religiosa, que deslegitima las conductas (y pensamientos) discrepantes: primero lo hizo en forma absoluta; luego, limitada al culto externo. El Acta Solemne de Declaración de la Independencia de América Septentrional, del 6 de noviembre de 1813, declaró que “no profesa ni reconoce otra religión mas (*sic*) que la católica, ni permitirá ni tolerará el uso público ni secreto de otra alguna”. Esta norma era un resabio de los años de mayor oscuridad, cuando la infracción religiosa quedó bajo la atenta mirada del Santo Oficio, que operó con el beneplácito del Estado. Finalmente, la criminalización del pecado y el castigo de la discrepancia obedecieron a la misma “razón”: la diferencia residió en el grado —intensidad de la ilicitud— y en el castigo —intensidad de la punición—: un buen trecho mediaba entre el auto de fe y la sanción civil. La Constitución de 1824 consagró, a perpetuidad, la religión católica de la nación mexicana, protegida por “leyes sabias y justas”, y proscribió el ejercicio de cualquiera otra: a estos fines atendería la ley penal.¹⁴

En diversos momentos llegó al texto supremo la referencia a delitos de gravedad extrema, sancionados con las penas más elevadas. He aquí el máximo reproche, de raíz social o política; un reproche elevado al peldaño que ocupan las decisiones fundamentales; testimonio “dramático” de política criminal: dramático, pero no necesariamente eficaz. Esto, que fue advertencia para el individuo y autorización para el legislador ordinario, también debió operar como moderación: sería frontera que detuviese al Congreso; este no podría ir más allá.

Entre aquellos delitos se hallaban, por supuesto, los atentados contra la nación, la independencia, el orden político —naturalmente: fueron tiempos de incertidumbre o zozobra; todo estaba en peligro—, además de ciertos crímenes contra las personas, según la jerarquía del bien afectado —asesinato— o las circunstancias de comisión —despo-

¹⁴ El diputado Portugal sostuvo que “la religión sin protección de parte del gobierno vendría á ser en nuestros días un manantial de odios y discordias (...) Por esto ofrece nuestro proyecto proteger la religión católica por leyes sabias y justas (...) no solamente se protege con leyes remuneratorias, sino también con leyes penales”. *Constitución Federal de 1824. Crónicas...*, cit., t. I, p. 144.

blado, camino real—, o bien, empleo de medios determinados.¹⁵ Otras acotaciones para el legislador provienen del régimen sobre los derechos y las libertades fundamentales: la ilicitud inicia donde aquéllos concluyen, es decir, donde comienza la tutela al derecho del tercero o se pisa el umbral del bien colectivo. Ha sucedido con frecuencia, en el campo minado de la libertad de expresión, para deslindar el derecho del delito.¹⁶

La norma constitucional no acostumbró describir, ella misma, conductas delictuosas. Con alguna salvedad, en que acometió la caracterización material del delito,¹⁷ se limitó a invocarlas genéricamente o a mencionarlas específicamente, como acabamos de ver, suponiendo que otras disposiciones se harían cargo de la descripción que daría pie a la punición.¹⁸ Es cosa de los últimos años —y, por lo tanto, de la Cons-

¹⁵ Trayectoria: Apat: lesa nación (10, 15); PI: conspiración contra la independencia, lesa magestad divina (21); RI: conspiración contra el Estado (51); C24: ofensas contra los Estados Unidos Mexicanos (142); PrimeraLC: alta traición contra la independencia de la patria, conspirar contra la vida del supremo magistrado de la Nación, asesino alevoso (5, VI); PR: alta traición contra la independencia de la patria, conspirar contra la vida del supremo magistrado de la Nación, asesino alevoso (12, VI); Proy. May: asesino o alevoso, robo, prevaricación o cohecho (79, XXXII); C17: Delincuencia organizada (16).

¹⁶ Trayectoria de delitos de imprenta: RI. 18; PrimeraLC. 2, VII; Proy. May. 7, IV, 127; Proy. Min. 5, II, III; Seg. Proy. 13, X, 118; BO. 9, III, IV, 195, 196; ACR. 26; PC56. 14; C57. 7; PC16. 7; C17. 7. Trayectoria de libertad de expresión: RI. 17; PC. 1, Derecho 1; PrimeraLC. 2, VII; Proy. May. 7, III; Proy. Min. 5, II; Seg. Proy. 13, IX; BO. 9, II; EOP. 35; PC56. 13; C57. 6, 7; EPI. 58, 76; PC16. 6; C17. 6.

¹⁷ Trayectoria: RI. 48.

¹⁸ Trayectoria de delitos específicos o conductas ilícitas: Cádiz: desobediencia de mandamiento (288); Apat: lesa nación (10,15), herejía, apostasía (15); PI: conspiración contra la independencia, lesa magestad divina (21); RI: conspiración contra el Estado (51); C24: almirantazgo, presas de mar y tierra, contrabando, crímenes cometidos en altamar, ofensas contra los Estados Unidos Mexicanos (142); PrimeraLC: alta traición contra la independencia de la patria, conspirar contra la vida del supremo magistrado de la nación, incendiario, envenenador, asesino alevoso (5, VI), vago, mal entendido, no tener industria o modo honesto de vivir (11, V); PR: alta traición contra la independencia de la patria, conspirar contra la vida del supremo magistrado de la Nación, incendiario, envenenador, asesino alevoso (12, VI), vago, mal entendido, carecer de industria o modo honesto de vivir (17, IV); Proy. May: ebrio consuetudinario, tahúr de profesión, tener casas de juegos prohibidos por las leyes, vago o mal entretenido (24, III), incendiario, envenenador, asesino o alevoso, robo, prevaricación o cohecho (79, XXXII); Proy. Min: oficio de doméstico, ebrio consuetudinario, tahúr de profesión, vago, mal entendido, por tener casa de juegos prohibidos (8); BO: ebrio consuetudinario, tahúr de profesión, vago, tener casa de juegos prohibidos (21, IV); AR: ebrio

titución vigente, alimentada por reformas espectaculares, en el estricto sentido de la expresión— que esta misma caracterice las conductas que reprueba e inicie (o tal vez consume) de esta manera el proceso de tipificación.

Así se ocupa la escena propia del legislador penal, con la recepción de promesas políticas o exigencias sociales. De esto dan testimonio las descripciones del enriquecimiento ilícito de servidores públicos, incorporada en 1982,¹⁹ que utiliza una fórmula llamada a abrir el camino de la tipificación, y de la delincuencia organizada, introducida en la norma constitucional en 2008, que avanza en ese camino con una fórmula más enfática.²⁰ El camino es arriesgado: se distrae la frontera —natural y conveniente— entre la norma constitucional y la norma penal, con

consuetudinario, tahúr de profesión, vago, estado religioso (3); ACR: ebrio consuetudinario, tahúr de profesión, vago, estado religioso (3); EOP: ebrio consuetudinario, tahúr de profesión, vago, tener casa de juegos prohibidos (24, III); C17: enriquecimiento ilícito (109), delincuencia organizada (16). (Véase, además, el comentario sobre pena de muerte, *infra*, cap. 4).

¹⁹ El dictamen correspondiente a la reforma del 28 de diciembre de 1982 dijo “Se propone configurar constitucionalmente el ‘enriquecimiento ilícito’ de los servidores públicos como base de sanción para acabar con cualquier duda que pudiese existir sobre el imperativo de sancionarlo. El régimen actual ofrece bases endebles para pretender combatirla con efectividad por lagunas que permiten enriquecer el patrimonio con cargo al servicio público, sin la obligación de comprobar los medios lícitos de dicho enriquecimiento. La experiencia muestra que esta debilidad del régimen jurídico derrota la voluntad política cuando se busca sancionar las conductas corruptas y reintegrar al pueblo los bienes que se sustraen del patrimonio nacional. Sancionar el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, cualquiera que sea su fuente, es exigencia ineludible del pueblo”. Cfr. <http://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion1917/>— “Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar” (artículo 109, penúltimo párrafo). La definición de enriquecimiento ilícito contenida en el artículo 109 constitucional fue modificada el 27 de mayo de 2015 (fracción II), para eliminar la exigencia de que el incremento injustificado del patrimonio sea sustancial. Lo cuestionable en este punto es la inversión de la carga de la prueba que exige al servidor público acreditar el origen lícito de su patrimonio; esta carga probatoria debiera asumirse por el órgano acusador. Cfr. D.O. de 27 de mayo de 2015.

²⁰ “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia” (artículo 16, noveno párrafo).

sus funciones respectivas; penalizamos la Constitución o constitucionalizamos el Código Penal.

No sobra recordar que el concepto de delincuencia organizada llegó a la Constitución como hipótesis de ampliación de la detención, bajo el rubro de “retención”. Entonces se entendió que la organización delictiva constituía —para los fines de la ley suprema y del ordenamiento secundario— una “forma de actuar”, un *modus operandi*, que suscitaba ciertas consecuencias procesales,²¹ no un delito autónomo, como ocurriría bajo la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que ha inspirado a la Constitución en este delicado extremo.²²

Señalaré desde ahora que el régimen sobre delincuencia organizada ha empañado la trayectoria liberal y democrática del sistema penal constitucional: hoy tenemos un doble orden en esta materia; uno, derivado de la plausible tradición que prosperó a lo largo de mucho tiempo, afanosamente; otro, determinado por novedades que prohíjan reducción de garantías.²³ Esta bifurcación en el rumbo del enjuiciamiento penal —que ciertamente es conocida en otros países, de donde la tomó el Poder Revisor de la Constitución mexicana— implica el más inquietante viraje acogido en los últimos años.²⁴

El principio de legalidad sustantiva implica *lex scripta, certa, praevia* y *stricta*.²⁵ También se relaciona con el significado amplio de la expresión “ley” cuando se trata de restringir derechos y libertades, como lo hace el Derecho penal. La jurisprudencia internacional de los dere-

²¹ La duplicación del plazo en estos supuestos fue justificada en el proceso de reformas de 1993. Así, el diputado Cuauhtémoc López Sánchez Coello advirtió que sólo excepcionalmente el Ministerio Público podría exceder el periodo de retención (ordinariamente, cuarenta y ocho horas): “la excepción (...) es única y exclusivamente cuando se trate de delincuencia organizada (...) Se justifica la ampliación (en estos casos) por el peligro que para la sociedad, la economía y en especial la salud de las personas, representa dicha clase de criminalidad y las dificultades que conlleva integrar esas averiguaciones”. *Derechos del pueblo mexicano...*, cit., t. III, p. 451.

²² Cfr: García Ramírez, *Delincuencia organizada...*, cit., pp. 102 y ss., y *La reforma penal constitucional...*, cit., pp. 49 y ss.

²³ Cfr: un panorama general sobre esta materia en García Ramírez, *Delincuencia organizada...*, cit.

²⁴ Cfr: García Ramírez, *La reforma penal constitucional...*, cit., pp. 49 y ss.

²⁵ Cfr: Muñoz Conde, Francisco, y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 100, y Hassemer, Winfried, *Fundamentos de Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 313-314.

chos humanos²⁶ —hoy día— no se conforma con que el ordenamiento emane de un proceso legislativo formalmente establecido; requiere, además, elementos materiales²⁷ en los que no me extenderé ahora. Por otro lado, el principio de separación de poderes —ya no digo la fuente democrática de los gobernantes— implica que esa normativa provenga del órgano legislativo. Sin embargo, como ya se mencionó, diversos ordenamientos penales mexicanos fueron expedidos por el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades extraordinarias para legislar.²⁸

Puesto que nos hemos movido siempre en el ámbito de influencia del Derecho continental europeo —hasta el arribo triunfal de figuras y procedimientos provenientes del Derecho anglosajón, que se ha visto los últimos años—, resulta obvia la exigencia de norma escrita: ésta figura, por lo demás, en la tradición rigurosa de la legalidad. Este principio se acoge en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, del que México es Estado parte, obligado conforme al artículo 21 de la ley suprema, según la reforma de 2005. Nótese que la asunción del principio de legalidad y la tipificación por parte de ese Estatuto no cierran la puerta a otras incriminaciones de Derecho internacional.²⁹ Esto nos lleva a mencionar la vinculación de nuestro país al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que también es ley suprema de la

²⁶ Sobre la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos aplicables al derecho penal *cfr.* García Ramírez, “Recepción nacional del Derecho interamericano de los derechos humanos. Implicaciones penales”, en Varios, *Criterios y jurisprudencia interamericanos de derechos humanos. Influencia y repercusión en la justicia penal*, García Ramírez e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2014, pp. 3 y ss.; igualmente, Orozco Henríquez, J. Jesús y Quintana Osuna, Karla, “Criterios relevantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aplicables a la justicia penal”, en *ibidem*, pp. 19 y ss., y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal”, en *ibidem*, pp. 39 y ss.

²⁷ *Cfr.* CorteIDH, *La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1976*, Serie A, núm. 6, pp. 27-37.

²⁸ El caso más reciente y sabido, en lo que toca a nuestra materia, corresponde al Código Penal de 1931.

²⁹ El artículo 22 del Estatuto recoge el principio *nullum crimen sine lege*; el párrafo 3, que requiere cuidadosa interpretación, destaca: “Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”.

Unión, según el artículo 133 constitucional. El Pacto considera delictuosos, y por lo tanto perseguibles penalmente, los comportamientos reprobados por los principios generales del Derecho en el marco del orden jurídico internacional.³⁰

El dogma de legalidad comprende la irretroactividad en perjuicio de las personas: sea porque se halle proscrita la emisión de leyes retroactivas, sea porque se prohíba su aplicación, aunque no su expedición. Este mandamiento también ha figurado en el sistema penal constitucional mexicano, aunque de diversa manera. Hubo tiempo en que el gobernante quiso abrir la puerta a la retroactividad, con cautela o disimulo: proscrita en general, no lo estaba cuando se tratase solamente de leyes “acleratorias”, con todo lo que esta expresión podía entrañar.³¹ En otro turno, el legislador advirtió el artificio y sentenció expresamente: ni siquiera las normas aclaratorias tendrán aplicación retroactiva.³²

Recientemente, la propia Constitución impuso un giro a la materia; pudiera ser anuncio de otros movimientos en la misma dirección, que erosiona el principio de irretroactividad, aunque no, por lo pronto, en lo que respecta a la incriminación. En efecto, la reforma de 1999 autorizó la aplicación retroactiva desfavorable de normas sobre permanencia de personal en instituciones de seguridad pública;³³ este desvío fue reiterado, con mayor alcance, por la reforma de 2008.³⁴

³⁰ Tras exponer el principio de legalidad (artículo 15, párrafo 1), el Pacto declara (párrafo 2): “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos conforme a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

³¹ Trayectoria: Tercera LC. 45, IV; PR. 64, IV; Proy. May. 81, III.

³² Trayectoria: ACF. 19; C24. 148; Proy. Min. 5, XII; Seg. Proy. 116; BO. 67, III; EOP. 58; PC56. 4; C57. 14; EPI. 62; PC16. 14; C17. 14.

³³ Artículo 123, apartado B), fracción XIII, acerca de miembros de instituciones policiales. En ningún caso procede la reinstalación del individuo separado; sólo cabe la indemnización. *Cfr.* mi comentario en *Delincuencia organizada...*, *cit.*, p. 87.

³⁴ La reforma alcanzó al mismo artículo 123, apartado B), fracción XIII, en este caso para abarcar a agentes del Ministerio Público y peritos, en la inteligencia de que si la autoridad judicial ante la que se impugne una separación considera que ésta fue injustificada, se deberá indemnizar al funcionario removido, pero no se le reinstalará en el servicio, como ocurre en otros supuestos de separación injustificada. *Cfr.* mi comentario en *La reforma penal constitucional...*, *cit.*, pp. 217 y ss.

Esas disposiciones, que se creyó necesario elevar al rango constitucional —donde también se alojan las normas del Derecho social laboral, de signo radicalmente distinto—, sirven al propósito de “sanear” las corporaciones de seguridad y enfrentar, fuera de los lineamientos acostumbrados en el orden jurídico tradicional, las alianzas entre los delincuentes y los miembros de esas instituciones.³⁵ También por esta vía comienza a penetrar un “doble derecho”, con todo lo que ello implica, en el marco constitucional dirigido a combatir el crimen.³⁶

Un rasgo más de la legalidad: *lex stricta y certa*, norma penal estrictamente aplicable y aplicada a la situación sujeta al conocimiento de la autoridad. La disposición tiene doble destinatario: legislador y juzga-

³⁵ En la iniciativa de reforma constitucional se advirtió la existencia de “malos elementos” de seguridad pública, que “han deteriorado gravemente la confianza de la población en estas instituciones”, quienes además han abusado “de un recurso tan noble como el juicio de garantías, para hacer prevalecer sus intereses particulares por sobre el interés de la nación, a fin de continuar aprovechando el cargo que ocupan para alentar la impunidad y la corrupción”. Se advirtió que no se pretendía impedir a estos servidores públicos desarrollar una carrera profesional; sin embargo se debía contar con mecanismos que permitieran “separar oportunamente a los elementos que abusen de su posición y corrompan las instituciones”. *Diario de los debates*, Cámara de Senadores, 10 de diciembre de 1997, Diario 37, disponible en: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=3&sm=2&lg=57&ano=1&id=7106>.

³⁶ A través de la reforma constitucional consumada en 1999 se imprimió un giro radical al derecho a la estabilidad en el empleo de los servidores de instituciones policiales. La norma respondió al fracaso “en los sistemas de incorporación de miembros en las corporaciones de policía, así como en la detección y comprobación de conductas ilícitas que pudieran sustentar, ante cualquier jurisdicción, la pertinencia del despido”. Al respecto, *cfr.* García Ramírez, *Delincuencia organizada...*, *cit.*, p. 87. Según la reforma de 1999, este régimen laboral de excepción se contrajo a los miembros de las instituciones policiales. La reforma penal constitucional de 2008 abarcó tanto a los miembros de las instituciones policiales, señalados desde 1999, como a los agentes del Ministerio Público y a los peritos. Con esto último estableció una nueva excepción al Derecho social laboral y al principio de irretroactividad desfavorable. El dictamen elaborado en la Cámara de Diputados explicó: “Se ha considerado importante incluir a los agentes del ministerio público y peritos en esta previsión constitucional, en la medida que son elementos fundamentales en el proceso de procuración de justicia e investigación y se requiere mantener su desempeño en los principios de profesionalismo, la ética y eficiencia plena en sus ámbitos laborales”. Esta explicación marcha en la misma línea que condujo a introducir la primera adición a la fracción XIII del artículo 123, en 1999, pero no manifiesta por qué se ha incorporado solamente a los integrantes de dos categorías —Ministerio Público y peritos—, además de la policía, en la hipótesis de inestabilidad laboral y aplicación retroactiva de la norma desfavorable. *Cfr.*, García Ramírez, *La reforma penal constitucional...*, *cit.*, pp. 217 y ss.

dor. Aquél deberá acuñar rigurosamente las fórmulas punitivas; éste no tendrá espacio para la “imaginación”, que sería “integración”, es decir, creación judicial de una norma general y vía de acceso al más completo arbitrio, precisamente en un ámbito —el penal— donde el poder público debe hallarse rigurosamente acotado. Así lo previnieron los pensadores del siglo XVIII, cuyas ideas conocieron nuestros ilustrados predecesores. Fue la enseñanza de Montesquieu³⁷ y Beccaria.³⁸ El legislador, por su parte, debe generar tipos penales que permitan determinar con precisión cuál es la conducta que se pretende sancionar, sin que ello impida emplear términos valorativos,³⁹ siempre que la norma penal pueda cumplir con sus funciones de seguridad y garantía de libertad.⁴⁰

Algunos proyectos y constituciones han facultado al juzgador —y así ocurre hoy día— para atenerse a otras fuentes, ya no sólo la ley, a la hora de resolver asuntos en contienda: analogía, mayoría de razón, costumbre, principios generales del Derecho.⁴¹ Esta autorización, que abre el horizonte de las sentencias, no opera en materia penal, al menos nunca en perjuicio del individuo. Durante un siglo y medio, la norma suprema ha ordenado resolver conforme a la ley exactamente aplicable al caso controvertido⁴². “Esta preciosa garantía importa un principio elemental en la jurisprudencia criminal”, observó un estudioso insigne de la Carta de 1857.⁴³

³⁷ El poder judicial sería, en fin de cuentas, un poder sin poder, “en cierta forma nulo”; o bien, “la boca que pronuncia las palabras de la ley”. *Del espíritu de las leyes*, 4a. ed., trad. de Nicolás Estévez, México, Porrúa, 1980, pp. 106 y 108.

³⁸ Beccaria se preguntó quién será el legítimo intérprete de la ley: “¿El soberano, esto es, el depositario de las actuales voluntades de todos, o el juez, cuyo oficio es sólo examinar si tal hombre ha hecho o no una acción contraria a las leyes?” *De los delitos...*, cit., p. 220.

³⁹ Claus Roxin sostiene que “si las leyes sólo pudieran contener conceptos descriptivos y no valorativos, entonces, o bien tendrían que ser infinitamente largas o presentar tal rigidez en su aplicación que podrían producirse resultados sumamente desafortunados a efectos político-criminales”. *Derecho penal...*, cit., p. 170.

⁴⁰ En este sentido, Luigi Ferrajoli indica que la legalidad penal garantiza “la esfera intangible de libertad”. *Derecho y razón...*, cit., p. 36. Véase además: Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal. Filosofía y ley penal*, 4a. ed., Buenos Aires, Losada, 1964, t. II, p. 379, Huerta Tocildo, Susana, “El derecho fundamental a la legalidad penal...”, cit., p. 103, y Vicente Martínez, *El principio de legalidad...*, cit., p. 13.

⁴¹ Artículo 14 constitucional, párrafo cuarto.

⁴² Trayectoria constitucional de analogía y mayoría de razón: PC16. 14; C17. 14.

⁴³ Lozano, *Tratado de los derechos...*, cit., p. 272.

En este punto es útil considerar que el Derecho constitucional histórico, hostil para los enemigos del orden político y de la paz social⁴⁴, contuvo algunas referencias a lo que en su hora se denominaría el estado peligroso, factor de medidas de seguridad. No fueron éstas las expresiones normativas, pero resultaba obvio que el legislador supremo ponía la mirada en situaciones de peligro y aceptaba la prevención de daños: así, en relación con alcohólicos, vagos, malvivientes y otros supuestos.⁴⁵

Aquí se encuentra la huidiza frontera entre el Derecho penal de acto y el Derecho penal de autor, que reaparecería en el espacio de la Constitución a partir de las reformas del 2008 sobre delincuencia organizada y “situaciones” colindantes. No omitiré mencionar las conexiones ideológicas entre esta preocupación penalista y la prevención política que priva de ciudadanía a quien no tenga “modo honesto de vivir” (artículo 34, fracción II), noción tan dilatada como pudieran serlo el rigor y la imaginación del intérprete, llamado a valorar el alcance de ese requisito, fundado “en que sólo aquéllos que efectivamente cumplen con las normas de convivencia social pueden participar en la alta tarea de su elaboración e imposición”.⁴⁶



⁴⁴ “Descalificar al contrario, como el perverso, el apátrida, el traidor, son todos adjetivos para demostrar la confirmación de la causa propia como santa, buena y justa”. Suárez Muñoz, Manuel y Jiménez Gómez, Juan Ricardo, “Introducción” a *Constitución de 1857*. edición facsimilar náhuatl-español, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales-Gobierno del Estado de Querétaro, 1994, p. IX.

⁴⁵ Trayectoria: PrimeraLC: vago, mal entendido, no tener industria o modo honesto de vivir (11, V); PR: vago, mal entendido, carecer de industria o modo honesto de vivir (17, IV); Proy. May: ebrio consuetudinario, tahúr de profesión, tener casas de juegos prohibidos por las leyes, vago o mal entretenido (24, III); Proy. Min: oficio de doméstico, ebrio consuetudinario, tahúr de profesión, vago, mal entendido, por tener casa de juegos prohibidos (8); BO: ebrio consuetudinario, tahúr de profesión, vago, tener casa de juegos prohibidos (21, IV); AR: ebrio consuetudinario, tahúr de profesión, vago (3); ACR: ebrio consuetudinario, tahúr de profesión, vago (3); EOP: ebrio consuetudinario, tahúr de profesión, vago, tener casa de juegos prohibidos (24, III).

⁴⁶ Cfr. Gamas Torruco, *Derecho constitucional...*, cit., p. 775.