

## ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL ELABORADO POR EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (2001)

Moisés MORENO HERNÁNDEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La necesidad de una nueva legislación penal y los criterios que deben orientarla*. III. *Algunos comentarios sobre el proyecto del Instituto de Investigaciones Jurídicas*.

### I. INTRODUCCIÓN

Mis primeras palabras son para agradecer a los organizadores de estas *Segundas Jornadas sobre Justicia Penal*, principalmente a los doctores Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, por haberme invitado a participar en ellas y darme la oportunidad de expresar algunas opiniones en torno al proyecto de Código Penal para el Distrito Federal, que ha sido elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y en el que los mencionados profesores han tenido importante intervención.

A principios de 2001 fueron presentadas al seno de la Asamblea Legislativa tres iniciativas de Código Penal para el Distrito Federal, una por cada uno de los partidos políticos más importantes representados en ella, PRI, PAN y PRD. Cada uno de estos proyectos tiene la pretensión de sustituir al Código Penal vigente; por lo que, surge ahora el problema para la Asamblea Legislativa de determinar por cuál de ellos habrá de decidirse, o si de ellos habrá de generar una nueva y consensuada versión, que pueda constituir el nuevo Código Penal para la capital de la República.

\* Abogado postulante y profesor de la Escuela Libre de Derecho.

Sobre estas iniciativas ya he hecho algunas consideraciones, que aparecen publicadas, a manera de presentación de los proyectos legislativos de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en la revista *Criminalia* de hace algunos meses.<sup>1</sup> En esas consideraciones —más de carácter político criminal que dogmático— me he ocupado del *porqué* de un nuevo Código Penal para el Distrito Federal; asimismo, he destacado algunos de los rasgos característicos de dichos proyectos, así como he señalado el *cómo* debe ser ese nuevo Código Penal y cuál ha de ser la orientación que debe seguir la futura legislación penal para que responda tanto a las expectativas de la sociedad capitalina como a las exigencias del Estado democrático de derecho. Me cuestioné, por ello, si los citados proyectos se ajustan o no a las exigencias de una legislación penal de corte democrático y si efectivamente constituyen una respuesta adecuada a las expectativas sociales.

En este trabajo abordaré, en primer lugar —aun cuando pueda resultar repetitivo—, algunos aspectos muy generales que tienen que ver con la *justificación* para la transformación de la legislación penal y con el *cómo* de esa transformación, según mi punto de vista. Asimismo, haré un breve señalamiento sobre los diversos intentos que en otras épocas ha habido con la misma pretensión de sustituir al Código Penal vigente, para evitar que los actuales esfuerzos corran la misma suerte.

## II. LA NECESIDAD DE UNA NUEVA LEGISLACIÓN PENAL Y LOS CRITERIOS QUE DEBEN ORIENTARLA

### 1. *El porqué de un nuevo Código Penal*

a) Es necesario que la legislación penal se ajuste a los cambios sociales. Como he afirmado en otras ocasiones, en los tiempos actuales es totalmente justificable la generación de un *nuevo* Código Penal para el Distrito Federal —así como lo es la generación de un Código Penal único para toda la República Mexicana.

En efecto, es justificable un nuevo Código Penal porque, ante los profundos cambios que en las últimas décadas está experimentando la reali-

<sup>1</sup> Véase *Criminalia*, número especial, año LXVII, núm. 1, México, D.F., enero-abril, 2001, pp. XV a XXXIV.

dad socioeconómica, política y cultural del país, el ordenamiento jurídico en general, y el penal en particular, se ven también necesitados de transformaciones para que puedan constituir un instrumento adecuado para el cambio social. Por lo tanto, es innegable que la legislación penal requiere de constante actualización para que se encuentre siempre al día de los cambios sociales. Pero habrá que entender que esa actualización no debe circunscribirse únicamente a la legislación penal “sustantiva” o “material”, sino que debe partir de la idea de una *reforma penal integral*, que además de comprender a la legislación penal “procesal” y “ejecutiva”, abarque también los otros sectores del sistema de justicia penal; pues es indudable que se requiere algo más que un Código Penal para poder enfrentar con cierto éxito el fenómeno que lo motiva.

b) Es necesario superar la crisis de la justicia penal. Aún cuando desde el sector oficial con cierta frecuencia suele negarse que hay *crisis en la justicia penal*, es incuestionable que ella existe; y esa crisis es observable, en mayor o menor medida, tanto en el ámbito de la procuración e impartición de la justicia penal como en el campo de la ejecución penal, precisamente porque no han resultado funcionales. En otras palabras, la justicia penal se encuentra en crisis, porque ha fracasado, porque no ha logrado satisfacer las aspiraciones o reclamos de la colectividad; y eso es así, a pesar del constante endurecimiento que en los últimos tiempos han experimentado las medidas penales.

Esta situación se torna aún más preocupante, porque, aparte de no cumplir adecuadamente con su función, que es proteger los intereses de los individuos y de la colectividad, la forma de funcionar del sistema penal con frecuencia se traduce en vulneración de los derechos del hombre. Con lo que, sin duda, se aleja de las exigencias del Estado de derecho, es decir, del Estado que conforma su existencia y su funcionamiento dentro del marco del derecho y cuyo poder debe, por ello, ser limitado; siendo uno de los criterios determinantes para esa limitación el reconocimiento y respeto de los derechos del hombre.

c) He sostenido en otras ocasiones,<sup>2</sup> y ahora lo reitero, que entre las razones de la mencionada crisis destaca la existencia de *leyes penales obsoletas* (tanto *sustantivas* como *procesales* y *ejecutivas*), las que, además de no adecuarse totalmente a las directrices de la ley fundamental, no res-

2 Véase mi libro *Política Criminal y Reforma Penal. Algunas bases para su democratización en México*, México, Ius Poenale, CEPOLCRIM, 1999.

ponden a las cambiantes necesidades actuales de la sociedad ni se corresponden con las concepciones modernas de la ciencia penal y de la política criminal. También he señalado que dicha crisis tiene que ver con la *deficiente procuración y administración de la justicia penal*, que a su vez es atribuible a diversas causas;<sup>3</sup> con el *deplorable estado de las prisiones*, que aparte de la superpoblación carcelaria también padece abuso de poder, corrupción administrativa y desvinculación con los otros sectores del sistema de justicia penal; con el *abuso de la prisión preventiva*, que revela la poca imaginación de alternativas mejores; con el *déficit particularmente cualitativo de personal* de los diferentes sectores del sistema de justicia penal, por falta de criterios uniformes de selección y de programas coordinados para la capacitación y actualización de dicho personal;<sup>4</sup> con la *insuficiencia crónica de recursos materiales y financieros, o inadecuada distribución y utilización de los mismos*; etc., sin que a la fecha alguno de estos problemas haya tenido una debida atención. Y todo ello ha obedecido, fundamentalmente, a la *falta de una política criminal integral*, producto de un *diagnóstico* de la realidad en la que operará y que, por ello, sea debidamente planificada y esté basada en criterios uniformes y coherentes,<sup>5</sup> además de ser incorporada a la política social general del Estado mexicano, para que pueda tener la misma importancia que otros tipos de políticas.

d) Independientemente de lo anterior, la atención se centra por ahora en el aspecto *legislativo* del sistema penal. Una vez centrado en este punto, vale decir que resulta relativamente fácil encontrar argumentos para afirmar que la legislación penal ha estado casi siempre a la zaga de los cam-

3 Como, por ejemplo: existencia de resabios inquisitivos en el enjuiciamiento penal mexicano; carencia de métodos y técnicas modernos en la investigación de los delitos; complejidad y lentitud de los procedimientos por incongruentes normas y viciadas prácticas procesales; falta de un órgano judicial realmente autónomo y absolutamente imparcial; inestabilidad de los jueces; jurisprudencia a menudo contradictoria e inconsistente; entre otras.

4 Y todo ello sigue siendo así, no obstante la existencia del Sistema Nacional de Seguridad Pública y de su Academia Nacional, cuyos logros, después de casi más de cinco años, son muy poco perceptibles.

5 Es claro que no puede negarse la existencia de una política criminal en México, pero sí puede afirmarse que ella carece de unidad, de consistencia y de rumbo. Puede decirse, incluso, que en el ámbito del sistema de justicia penal no hay unidad, pues cada uno de sus sectores sigue su propio criterio, su propio rumbo, como si se tratara de islotes totalmente separados. Y aun cuando recientemente ha sido creada la Secretaría de Seguridad Pública y en ella se contempla un área específica para el diseño de la política criminal del Estado mexicano, tampoco se observa aún claridad sobre lo que es y cómo debe ser esa política.

bios sociales;<sup>6</sup> y si bien con relativa facilidad se plantea y se logra su constante modificación, de ninguna manera puede afirmarse que con tales cambios ha logrado ya salir del rezago en que se encuentra.<sup>7</sup>

En efecto, aun cuando es en la aplicación concreta de la ley más que en el proceso de su formación donde los ciudadanos sienten con mayor rigor el filo agudo y cortante de la ley,<sup>8</sup> se ha reconocido que gran parte de esos efectos se debe también a la forma como es y como está diseñada la ley, así como a su contenido y al espíritu que la orienta, es decir, a la ideología que la anima y a los alcances que en ella se da al *ius puniendi* estatal. En otras palabras, muchos de esos efectos —negativos o positivos— que se dan en el funcionamiento del sistema de justicia penal tienen que ver con la concepción filosófica y política que se tiene<sup>9</sup> del hombre, así como también del Estado y del propio derecho penal y las penas a la hora de dar origen a las leyes penales y determinar sus contenidos.

Por lo anterior, surge la necesidad de su constante revisión para determinar cuál es su filosofía y si ésta se corresponde o no con los postulados constitucionales y los lineamientos contenidos en instrumentos internacionales, que son directrices político-criminales de corte democrático. De esa revisión de la parte ideológica se derivará, por tanto, la necesidad de su actualización o no; pero otro tanto de esa necesidad se desprenderá, también, de la revisión de su aspecto funcional.

## 2. *¿Cómo debe ser la reforma a la legislación penal?*

Ahora bien, si la reforma a la legislación penal, se considerara necesaria:

### A. *Debe responder a exigencias del Estado democrático de derecho*

Al hacer una revisión del Código Penal vigente en el Distrito Federal, que no es sino el de 1931,<sup>10</sup> se observa que éste, no obstante las importan-

6 No falta razón, por ello, cuando se afirma que el derecho, y particularmente el derecho penal, más que un factor que promueva los cambios sociales, se ha convertido en un obstáculo al cambio social. Véase, Novoa Monreal, E., *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI, 1980.

7 Muestra de ello es que el Código Penal vigente ha sido objeto de múltiples reformas y, a pesar de ello, ahora se le quiere sustituir.

8 Y, por tanto, es el aspecto que debe merecer mayor atención en un proceso de reforma.

9 Fundamentalmente por el propio Estado; por quienes dan origen a la ley penal y hacen uso de ella.

10 A pesar del cambio de nomenclatura que se adoptó en 1999.

tes reformas introducidas en 1983-1984 y en 1994, aún contiene diversos criterios y conceptos —reforzados sobre todo con las reformas de 1999— que no resultan compatibles con los criterios y principios plasmados en la Constitución Política y en instrumentos internacionales suscritos por México,<sup>11</sup> no obstante que estos instrumentos establecen directrices para la política criminal y la legislación penal del Estado mexicano. Según esas directrices, la legislación penal debe responder a exigencias propias de un Estado democrático de derecho, cuyo poder penal (*ius puniendi*) tiene límites, en virtud del reconocimiento y respeto de los derechos humanos.<sup>12</sup>

En efecto, el Código Penal de 1931 incluyó desde el principio criterios que eran totalmente opuestos a ciertos principios fundamentales del derecho penal de un Estado democrático de derecho,<sup>13</sup> que rigieron durante más de cincuenta años. Si bien esta situación se ha ido subsanando poco a poco con procesos reformistas como los citados de 1984 y 1994, aún subsisten los criterios opuestos, que igualmente se han visto reforzados por procesos legislativos que han seguido y fortalecido una tendencia no democrática, como los de 1999. Por ello, podemos afirmar que aún falta una tarea legislativa de mayor cala, que le imprima una orientación más definida a la legislación penal, de suerte que responda de manera más decidida a las exigencias democráticas.

Al ocuparnos más adelante de la iniciativa para un nuevo Código Penal, podremos constatar concretamente si la tendencia que sigue ésta es de corte democrático, o si, por el contrario, aún habrá que esperar otros tiempos para ello.

## B. *La reforma debe plantear nuevas alternativas político-criminales*

Por otra parte, habrá que ver si la propuesta para sustituir al Código Penal vigente contiene algunas otras alternativas político-criminales de

11 Como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, publicado en el *Diario Oficial* el 20 de mayo de 1981, y la *Convención Americana de Derechos Humanos*, publicada en el *Diario Oficial* el 7 de mayo de 1981.

12 Así lo establecen la teoría de la política criminal y la ciencia penal modernas. Véase, entre otros, Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984; Garrorena Morales, A., *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1992; Jiménez Campo, Javier, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, septiembre-diciembre de 1983.

13 Como era el caso del *principio de culpabilidad*, pues en su lugar se adoptó el *principio de peligrosidad o temibilidad* del sujeto. Véase el contenido de los artículos 12 y 52 del Código Penal que rigió hasta 1994.

reacción frente al delito que puedan hacer que los objetivos del derecho penal se logren efectivamente. Como también lo he destacado en otras ocasiones al comentar este tema, la moderna política criminal recomienda que el Estado busque y haga uso de otras alternativas para reaccionar frente al delito, en el sentido de que éstas no deben limitarse sólo a las medidas represivas de carácter penal,<sup>14</sup> como tampoco que la única pena sea la de prisión. Por ello, se sugiere igualmente buscar alternativas a la pena de prisión, ya que se ha podido demostrar que ésta no es el medio de control más adecuado para los objetivos del derecho penal.<sup>15</sup>

De acuerdo con la idea anterior, de ninguna manera es recomendable como estrategia político-criminal para una adecuada protección de los bienes jurídicos de los individuos y de la sociedad un mero incremento de las penas, y mucho menos si ese incremento es totalmente irracional. Se recomienda, en cambio, contener y racionalizar el uso del derecho penal y, consecuentemente, el proceso de reformas a la legislación penal, que en los últimos tiempos se manifiesta en forma desbordada, carente de alternativas y de uniformidad ideológica. El actual proceso de reformas a la legislación penal es, en realidad, sumamente improvisado y carente de consistencia ideológica, sobre todo político-criminal, pues sigue orientaciones diversas, con frecuencia contradictorias,<sup>16</sup> dando la idea de un movimiento vacilante y pendular. Se trata, además, de un proceso que se basa en la creencia de que la forma de responder eficazmente a las exigencias de seguridad pública es a través del “endurecimiento” constante de las medidas represivas. Es decir, se basa en el mito de que la pena constituye la panacea y que, por ello, lejos de prescindir de ella o de convertirla en el recurso de *ultima ratio*, acudiendo de manera preferente a otras alternativas, habrá que hacer un mayor uso de la misma.

Es incuestionable que, dentro de un programa de modernización integral del sistema de justicia penal, modernizar el marco jurídico que le sirve de referencia es fundamental; pero esa modernización debe ser reflexiva y racional. Por ello, la elaboración de un proyecto de Código Penal no debe ser de manera precipitada e improvisada; por el contrario, debe par-

14 Por eso se plantea la necesidad de hacer uso preferente de *medidas de prevención general* del delito, entre las que, a su vez, deben tener prioridad las de carácter *no penal*.

15 Cfr. Granados Chaverri, Mónica, Baratta, A. et al., *El sistema penitenciario: entre el temor y la esperanza*, Irapuato, México, O. Cárdenas Editor, S.A. de C.V., 1991; Morris, N., *El futuro de las prisiones. Estudio sobre crimen y justicia*, México, Siglo XXI, 1978; Foucault, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México, Siglo XXI, 1980.

16 Véase Moreno Hernández, M., *Política criminal y reforma penal*, pp. 137 y ss.

tir de una *diagnosis* de la realidad social, del fenómeno delictivo y de sus causas, que nos indique el *por qué* y el *para qué* de ese nuevo Código. Debe, además, hacerse una revisión de la legislación penal vigente, para ver por qué no constituye una respuesta adecuada a las exigencias de la realidad social y, en su caso, por qué no es adecuada a los principios y criterios que se derivan de la ley fundamental y de instrumentos internacionales,<sup>17</sup> para así determinar *cómo* debe ser la reforma; y, finalmente, debe hacerse una proyección de ésta, que permita tener cierta convicción de que el nuevo Código Penal realmente constituirá una alternativa mejor y, además, que ésta no será la única.

Por ello, ante la perspectiva de un nuevo Código Penal para el Distrito Federal, debe procurarse que los cambios logren sacarlo del rezago en que se encuentra, para que efectivamente constituya una respuesta adecuada a las exigencias sociales de la realidad actual y, además, se ajuste mayormente a la ideología de la Constitución.

### C. La reforma debe ser integral y consistente en su ideología

Pero aparte de lo anterior, no debe olvidarse que para lograr una transformación a fondo del *sistema de justicia penal*, no basta con la sola reforma a la legislación penal, y mucho menos si ésta es sólo *parcial*. Habrá que atender, también, el aspecto relativo a su *aplicación concreta*, pues gran parte de su eficacia o ineficacia —si no toda— radica en este aspecto; de ahí que la visión deba ser *integral*.

Lo anterior quiere decir que la transformación no debe circunscribirse únicamente a la legislación penal “sustantiva” o “material”, sino partir de la idea de una reforma penal integral, que abarque también la legislación “procesal penal” y la de “ejecución de sanciones”, como parte esencial del sistema de justicia penal. Asimismo, debe comprender a los otros sectores de dicho sistema, que sin duda son los que más requieren de una transformación de fondo, como el sector de la procuración y el de la administración de justicia, que tienen que ver con la aplicación concreta de la ley penal.<sup>18</sup>

17 Asimismo, tomar en cuenta las recomendaciones de la legislación comparada y de la política criminal moderna.

18 Lo anterior quiere decir que de muy poco sirve transformar la legislación penal —y lograr incluso su perfección— si los que tienen la función de aplicarla se mantienen sin cambio y arraigados a los criterios más tradicionales, ampliamente superados, y muy poco o nada comprenden de los nuevos contenidos y los nuevos propósitos de la ley que se transforma. La ley penal puede ser buena en sí, pero su aplicación deficiente e incorrecta; consecuentemente, el objetivo de ella no se logrará.



Pues, como arriba he afirmado, aparte de la forma y del contenido de la ley penal, no puede negarse que la mayor parte de los rigores de la ley se sienten a la hora de su aplicación concreta, tanto por parte del órgano ejecutivo (que abarca, a su vez, la actuación del Ministerio Público y la del encargado de la ejecución penal) como del órgano judicial.

### 3. *Los intentos frustrados por un nuevo Código Penal*

Al existir ahora la pretensión de sustituir al Código Penal vigente, habrá que recordar que ya han habido otros intentos en ese mismo sentido.

a) En efecto, por lo que hace al desarrollo del derecho penal, debe recordarse que el Estado mexicano ha sido también escenario importante de esa evolución legislativa; pues ha contado, desde la segunda mitad del siglo pasado a la fecha con tres códigos penales en los ámbitos federal y distrital (1871, 1929 y 1931). Cada uno de esos códigos ha manifestado —con mayor o menor claridad— las influencias del pensamiento prevalente en sus épocas de origen. Y, por supuesto, durante ese desarrollo de 130 años no han faltado los señalamientos críticos en torno al funcionamiento del sistema penal y, en particular, de la legislación penal, así como en torno a su ideología.

b) En relación con el Código Penal de 1931, ha habido diversos intentos para sustituirlo (1949, 1958, 1963, 1983,<sup>19</sup> 1991-1992<sup>20</sup>), sin que a la

19 En 1983 se dio origen a un Anteproyecto de Código Penal para el D.F., elaborado por la Procuraduría General de la República (PGR), la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (PGJDF) y el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), que planteó cambios de fondo en relación con el Código vigente, pero sin haber llegado al seno del Poder Legislativo, por razones bastante conocidas; sin embargo, constituyó un motivo determinante para que a partir de entonces se sometiera al Código vigente a una amplia revisión y a modificaciones importantes, como las que entraron en vigor en 1984 y las de 1994, que pusieron de manifiesto que la original filiación ideológica del Código de 1931 representaba una gran incompatibilidad con la ideología de la Constitución Política de 1917. En 1988 esta idea fue adoptada por las Comisiones del Marco Jurídico y de Seguridad Pública del IEPES, y retomada a partir de 1989 por la Comisión Legislativa del Consejo Consultivo de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, la que en 1990-1991 dio a conocer una nueva versión del anteproyecto de Código Penal, así como una del anteproyecto de Código de Procedimientos Penales.

20 En 1989 la idea de un nuevo Código Penal fue adoptada por la Comisión Legislativa del Consejo Consultivo de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, la que en 1990-1991 dio a conocer una nueva versión del anteproyecto de Código Penal, así como una del anteproyecto de Código de Procedimientos Penales. Un impulso más se dio en 1992, cuando la PGR creó una Coordinación Interinstitucional, que estuvo a mi cargo, así como el programa “Hacia una Reforma Penal Integral”, encabezada por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, que organizó diversos Foros de Consulta en distintas partes de la República, para recibir opiniones y propuestas con miras a

fecha haya podido lograrse; pero ha sido objeto de muchas críticas y de múltiples reformas, que han cambiado totalmente su fisonomía original. Sin embargo, el Código de 1931 sigue vigente, se ha aferrado a la vida y —como lo dijera Sergio García Ramírez hace casi 20 años<sup>21</sup>—, a la manera del Mío Cid, “sigue ganando batallas aun después de muerto”. Y lo sigue haciendo, a pesar de todo ese intenso proceso de reforma penal que México ha vivido en los últimos años. No obstante, es evidente que en todo ese proceso reformista ha estado presente la idea de dar origen a un nuevo Código Penal,<sup>22</sup> así como la de lograr una reforma penal integral.

c) Pero mientras ello pudiera suceder, muchas otras reformas se le han hecho a la legislación penal. Así, a raíz de las reformas de 1993 a los artículos 16, 19, 20, 107, y 119 de la Constitución,<sup>23</sup> se originó igualmente la necesidad de ajustes a la legislación secundaria en materia penal, dándose lugar a las numerosas e importantes reformas de 1994 tanto al Código Penal como a los Códigos de Procedimientos Penales, federal y distrital,<sup>24</sup> que sin duda han sido las más trascendentes a que se ha sometido nuestra legislación penal en sus primeros sesenta años de existencia.<sup>25</sup> Estas reformas, lamentablemente, no fueron debidamente comprendidas, sobre todo por quienes tienen la función de aplicar la ley a los casos concretos,<sup>26</sup> no obstante su mayor claridad y su más amplio ajuste a las exigencias del sistema de justicia penal de un Estado democrático de derecho.

una reforma penal integral, de la que formaba parte importante la elaboración de una nueva legislación penal, retomándose sobre todo los anteproyectos de la Procuraduría, los que fueron enriquecidos y concluidos a finales de 1992.

21 Al intervenir, siendo procurador general de la República, en el Segundo Congreso Nacional de Doctores en Derecho, el 11 de noviembre de 1983. En ese evento dio respuesta a quienes, por diversas razones, se aferran al Código de 1931.

22 En efecto, a pesar de los constantes cambios, la idea de un nuevo Código Penal no fue desechada; con frecuencia se insistió en ello. Así ha quedado de manifiesto con los anteproyectos ates citados (de 1983, de 1990-1991 y de 1992).

23 Que fueron publicadas el 3 de septiembre de 1993 y entraron en vigor al día siguiente.

24 Que fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de enero de 1994 y que entraron en vigor el 1o. de febrero de ese año. Intervinieron en el diseño del anteproyecto de reformas representantes de la Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Dirección Jurídica de la Presidencia de la República y la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados.

25 Según lo expresó el propio gobierno federal.

26 Sobresalen quienes forman parte del órgano acusador, así como un amplio sector del personal judicial.

Las últimas reformas que ha tenido el Código Penal —al menos hasta antes de esta exposición— son las que entraron en vigor en 1999, que siguieron una tendencia marcadamente opuesta a la que orientó al legislador de 1993 y 1994 y, por ello, se alejaron de la anterior tendencia democratizadora. Es decir, con esas reformas (de 1999) el Código vigente, lejos de ajustarse mayormente a los principios y lineamientos constitucionales —y a los que se prevén en instrumentos internacionales suscritos por México—, se ha ido apartando de ellos.

Por otra parte, y a pesar de esos cambios y de los endurecimientos de las medidas, tampoco puede afirmarse que el Código Penal vigente satisface —no ya de una manera más amplia, sino al menos en una medida aceptable— las exigencias de la realidad social actual. Por el contrario, cada vez se aleja más de ellas, dando la sensación de que el legislador, cuando se plantea la necesidad de una reforma, está atendiendo a otra realidad, pues por más que cambia la ley, ésta no ha podido constituir aún una respuesta adecuada a las expectativas sociales. Y esta es una crítica que no puede dirigirse más que a quien tiene la función de dar origen a la ley, al legislador.

d) Todas estas y otras reformas de menor importancia han logrado que a la fecha, después de 70 años de vigencia, el Código de 1931 haya adquirido una fisonomía muy distinta a la de origen.<sup>27</sup> Por ello se ha afirmado, incluso, que de él no queda más que el nombre; pero con la desventaja de haber sido prácticamente desnaturalizado y de adquirir un contenido “arlequinesco”, tanto por la gran cantidad de parches que tiene como por su carencia de uniformidad de criterios y por no constituir ya un instrumento serio y confiable para los fines que —se supone— fue diseñado.

Por todo ello, en lugar de haberse desvanecido la idea de un *nuevo* Código Penal, ésta se ha fortalecido. Pero ya que ahora resurge la idea de un nuevo Código Penal para el Distrito Federal y que, al parecer, también existe la voluntad política de impulsarlo,<sup>28</sup> conviene pedir al legislador que, antes de generarlo, dé respuesta a las siguientes preguntas para que tenga claro: *a)* Por qué y para qué un nuevo Código Penal; *b)* qué tipo de Código Penal es el que se quiere para esta ciudad: ¿uno que responda a exigencias “democráticas” o uno de corte “autoritario”?<sup>29</sup> es decir, ¿cuál

27 Lo propio puede decirse del Código de Procedimientos Penales, federal y distrital.

28 Como se observa actualmente de la tarea emprendida por el órgano legislativo.

29 Esta interrogante tiene su razón de ser, porque aunque el Estado mexicano sea un “Estado de derecho”, o incluso un “Estado democrático de derecho”, como se desprende de su Constitución

debe ser su orientación filosófico-política?; c) qué nuevas alternativas político-criminales debe contener, que representen una superación a las previstas en el Código Penal vigente y que garanticen que ahora sí se responderá de mejor manera a las expectativas de la sociedad?

Si el legislador no tiene claridad en torno a estas cuestiones, no hay razón para que se precipite en su deseo legislativo, pues cuando mucho logrará un parche más y, por tanto, una medida infuncional. Es urgente, en cambio, que desde ahora se ponga a reflexionar sobre cómo podría garantizarse de mejor manera la protección de los bienes jurídicos de los individuos y de la colectividad frente al delito.<sup>30</sup> Seguramente de esa reflexión detenida, el legislador llegaría a la conclusión de que, definitivamente, no es creando más figuras delictivas o incrementando las penas a límites irracionales como se va a lograr ese objetivo;<sup>31</sup> que no es aumentando las corporaciones policiacas o los centros de reclusión, ni “flexibilizando” las exigencias legales y permitiendo una actuación “sin límites”, a quienes tienen la función de investigar y perseguir los delitos, aún a costa de las garantías individuales, como se va a combatir eficazmente la delincuencia y se va a garantizar la seguridad pública.<sup>32</sup> En fin, se dará cuenta que se requiere algo más que un solo Código Penal, algo más que un simple endurecimiento de las medidas penales, para poder enfrentar con cierto éxito el fenómeno que los motiva.<sup>33</sup>

e) Pero mientras llega ese momento de la reflexión y se tenga, además, la convicción de que son otras las prioridades, ante la inminencia de un nuevo Código Penal o de una nueva reforma al Código vigente se sugiere considerar: 1) Que la base de que debe partir el legislador, al emprender una tarea como ésta, es que el Estado Mexicano es un Estado de derecho y, además, democrático, y que esa es la característica de toda entidad fe-

Política, no significa que la legislación penal sea también “democrática”, pues el legislador secundario no siempre tiene presente esa concepción a la hora de dar origen a la legislación penal. Muestra de ello, según lo he señalado, la constituye el hecho de que diversos contenidos de la legislación penal vigente obedecen — no obstante la Constitución— a orientaciones “autoritarias”.

30 Pero esta reflexión, por supuesto, no sólo es exigible al legislador, sino también a los otros órganos del Estado, en tanto que cada uno de ellos tiene injerencia en esta materia.

31 De la misma manera que no es creando más y más leyes como se logra que el Estado se convierta en un Estado de derecho.

32 Como tampoco se puede lograr este objetivo otorgando a la policía preventiva funciones investigatorias o acusatorias, como algunos pretenden.

33 Antes que ello es necesario y urgente que se diseñe la política criminal que requiere el Estado mexicano, como Estado democrático y de derecho que es.

derativa; 2) que el sistema de justicia penal y, por tanto, la legislación penal que ha de regir en ella, debe ser aquella que responda a las exigencias de un Estado democrático de derecho; 3) que, en virtud de ello, el nuevo Código Penal para el Distrito Federal debe ser uno que se ajuste a ese tipo de sistema de justicia penal, y que, 4) por tal razón, debe basarse en criterios y principios fundamentales que puedan garantizar la observancia de los derechos de los individuos frente a los órganos del Estado, cuya potestad punitiva (*ius puniendi*), por ello, tiene límites.

Con base en esos principios,<sup>34</sup> el legislador debe precisar en la ley los presupuestos de la pena y de la medida de seguridad, así como los supuestos en los que éstas son innecesarias y, por tanto, en los que el órgano jurisdiccional prescindirá de ellas. Igualmente, enmarcándose en el sistema penal democrático, habrá que revisar y, en su caso, actualizar el sistema de penas y medidas de seguridad y los criterios político-criminales que habrán de seguirse para la individualización judicial de las mismas, y buscar una mayor racionalización de las penas, atendiendo a la importancia del bien jurídico que se trata de proteger y a la gravedad de su afectación, entre otros criterios. En fin, el legislador debe generar un Código Penal que, además de ser ampliamente respetuoso de los derechos humanos, tenga como misión fundamental la protección de los bienes jurídicos (individuales, colectivos o estatales) de mayor importancia para la vida ordenada en comunidad frente a las graves afectaciones de que pueden ser objeto y, por tanto, debe procurar que no se le utilice únicamente como un medio de represión —mucho menos como un medio de sumisión del hombre—, sino como un instrumento racional al servicio del hombre.

### III. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE EL PROYECTO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Luego de las anteriores reflexiones generales, que tienen que ver con la legislación penal y con la orientación que puede seguirse en una tarea legislativa que tiene la pretensión de generar un nuevo Código Penal, quiero hacer algunos breves comentarios sobre el Proyecto elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Y advierto que

<sup>34</sup> Entre los que resaltan: el principio de legalidad, el de tipicidad, el de acto, el del bien jurídico, el de culpabilidad, el de racionalidad de las penas y de las medidas de seguridad, entre otros.

aquí sólo me ocuparé de algunas cuestiones de la Parte General, como la relativa a su filiación filosófico-política y la que tiene que ver con los presupuestos de la pena; además, mis comentarios se orientan principalmente a aspectos político-criminales de ciertos contenidos de la Iniciativa, no obstante la gran importancia que las consideraciones dogmáticas tienen para los efectos prácticos. Por otro lado, como fácilmente se advertirá, mis comentarios son muy generales, pues las características de este trabajo no permiten entrar en detalles.

## 1. *Caracterización general*

### A. *Identificación del proyecto del Instituto de Investigaciones Jurídicas*

En virtud de que para esta exposición he tenido a la mano un documento proporcionado por la Comisión de Justicia de la Asamblea Legislativa, que presenta los textos de las tres iniciativas en forma comparativa, tomando como referente el texto del Código Penal vigente —lo cual ha dificultado mucho su comprensión integral—, parto de la base de que el proyecto presentado por el PRI es el que ha sido elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Igualmente, al analizar el Libro Primero de estas tres iniciativas, he llegado a la conclusión de que la presentada por el Partido de la Revolución Democrática (PRD) tiene grandes similitudes con el Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal que fue elaborado bajo mi coordinación a solicitud de la Comisión de Trabajo que para tal efecto integró la propia Asamblea Legislativa.<sup>35</sup> La presentada por el PAN, por su parte, reviste también importantes similitudes con el mencionado proyecto de 1999, por lo que mantiene varias coincidencias con la del PRD, sobre todo en cuanto al título relativo a los principios y garantías penales que deben orientar a la legislación penal, lo que sin duda constituye un importante avance de su tendencia político-criminal. La iniciativa presentada por el PRI, en cambio, tiene diferencias sustanciales con las dos primeras, que se observan tanto en el libro primero (parte general) como en el libro segundo (parte especial).

35 Entregué este proyecto a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en junio de 1999.

Encuentro, por otra parte, una gran coincidencia entre la iniciativa priísta de ahora y el proyecto de Código Penal para el Distrito Federal que a principios de 1999 fue entregado a la Asamblea Legislativa por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.<sup>36</sup>

## B. *La orientación filosófico-política de la iniciativa*

1) Atendiendo a su origen<sup>37</sup> y a ciertos contenidos relacionados con los presupuestos de la pena, así como con el propio sistema de penas y con los criterios para la individualización judicial de éstas, podría afirmar en términos generales que el proyecto de Código Penal elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas se enmarca, en principio, en la concepción de que el Estado mexicano es democrático, liberal, de derecho. Es decir, un Estado que se caracteriza porque todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste; además, que se ciñe a aquellos principios que parten del reconocimiento del hombre como persona humana, como fin en sí mismo, como un ser capaz y libre, por cuya naturaleza le son inherentes o consustanciales una serie de derechos y libertades, que el Estado debe respetar en el ejercicio de su poder penal. El poder penal estatal (*ius puniendi*), por tanto, debe ser ejercido en beneficio de aquellos de quienes dimana su propia existencia y su legitimación.

Lo anterior quiere decir, que el poder penal del Estado no es absoluto, por lo que no debe ejercerse sin límites o de manera arbitraria, sino en forma limitada en cada una de sus manifestaciones. Una de éstas es la que tiene que ver con el Poder Legislativo, es decir, con el poder al que le corresponde dar origen a las leyes penales; y ese poder —en un Estado democrático de derecho— es igualmente limitado, ya que en su ejercicio deben observarse determinados criterios y principios que tienen la función de garantizar el respeto a los derechos del hombre por parte de los órganos del Estado. Y todo ello debe también manifestarse en la legislación penal a la que el legislador da origen en el ejercicio de su poder.

Por lo tanto, al ser el derecho penal un instrumento del Estado que el hombre ha ideado para beneficio suyo, no puede sino corresponderle una función específica, que es la protección de los bienes jurídicos individua-

<sup>36</sup> Dicho proyecto, según tengo entendido, fue elaborado a solicitud de la fracción del PRD en la Asamblea.

<sup>37</sup> Es decir, a quienes han participado en su diseño y elaboración, entre quienes, sin duda, destacan la doctora Olga Islas de González Mariscal y el doctor Sergio García Ramírez.

les o colectivos, fundamentales para la vida ordenada en comunidad frente a los ataques provenientes de los comportamientos humanos. Pero, para el cumplimiento de esa importante función debe, igualmente, ser utilizado con ciertos límites, para evitar que se revierta en contra de quienes —se supone— lo han ideado.

Ya he dicho que el derecho penal que debe regir en el Estado mexicano, como Estado democrático de derecho que es, por ello debe estar acorde con las concepciones características del Estado al que sirve de instrumento. Por lo tanto, debe adecuarse a los postulados constitucionales que consagran esas concepciones y reconocer y respetar la dignidad y las libertades humanas, especialmente en el ámbito en el que los bienes jurídicos que entran en juego son más vulnerables, sobre todo por la gravedad de las consecuencias jurídicas que su lesión o puesta en peligro trae consigo.

2) A diferencia de las iniciativas presentadas por el PRD y el PAN,<sup>38</sup> la elaborada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas no establece un título preliminar que se refiera a los principios y garantías penales, en el cual se plasmen expresamente principios fundamentales, como el principio de legalidad, el de tipicidad, el de acto, el del bien jurídico, el de culpabilidad, el de racionalidad de las penas y de las medidas de seguridad, entre otros. Algunos de estos principios se derivan expresamente del contenido de la Constitución Política, mientras que otros son extraídos de instrumentos internacionales<sup>39</sup> que México ha suscrito.

Ahora bien, el hecho de que el proyecto del Instituto de Investigaciones Jurídicas no contenga un título que se refiera de manera específica a estos principios y garantías, no quiere decir sin más que siga una postura opuesta a ellos. Como ya lo afirmé párrafos anteriores, el proyecto del Instituto de Investigaciones Jurídicas se enmarca, en principio, dentro de la concepción de que el Estado Mexicano es un Estado democrático, liberal, de derecho; por lo que, sin duda, reconoce estos principios fundamentales, como se desprende de una interpretación teleológica de ciertos contenidos. Es claro que sus autores no los plasmaron expresamente, no por negarlos, sino por considerar que dichos principios ya se encuentran pre-

38 Que contienen un título relativo a los principios y garantías penales, tal como lo hizo el mencionado proyecto de 1999 que entregamos a la Asamblea Legislativa.

39 Como el Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos (*Diario Oficial de la Federación*, 20 de mayo de 1981) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*Diario Oficial de la Federación*, 7 de mayo de 1981).



vistos en la Constitución o en los instrumentos internacionales citados y, por tanto, resulta innecesario repetirlos.

Un argumento así sería totalmente aceptable en un sistema de justicia penal, en el que los aplicadores de la ley tuviesen una noción muy clara de los criterios constitucionales que orientan su actuación a la hora de aplicar la ley a los casos concretos y que, por ello, no tendrían ningún problema para que dichos principios se hicieran realidad. Sin embargo, en sistemas penales como el nuestro eso no sucede así; pues, si quien aplica la ley<sup>40</sup> no encuentra en ésta expresamente establecido el principio o criterio que debe observar, aún cuando éste pueda desprenderse de una adecuada interpretación, simplemente no lo observa y, entonces, puede aplicar uno diferente. Una muestra palpable de ello, es lo que ha sucedido al suprimirse desde 1984 la presunción de intencionalidad,<sup>41</sup> que claramente contravenía tanto al principio de presunción de inocencia como al de culpabilidad. Pero la supresión de aquélla no se acompañó de la introducción expresa de estos dos principios; por lo que, no obstante que ellos podían deducirse de una interpretación teleológica de la ley, no sucedió así y, en cambio, se siguió manejando el principio de “presunción de intencionalidad”, como se sigue haciendo hasta ahora.

Por otro lado, debe destacarse que no todos los principios se encuentran expresa o claramente previstos en la Constitución; tal es el caso de los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia, entre otros; lo que obliga a preverlos en alguna parte del ordenamiento jurídico (que puede ser en la misma Constitución Política o en la legislación secundaria), y es indudable que lo más fácil sería hacerlo en esta última. Es *communis opinio* que el principio de culpabilidad es piedra angular de todo derecho penal de un Estado democrático de derecho, que puede cumplir la función político-criminal de fundamento y el límite de la pena,<sup>42</sup> por lo que su regulación expresa en la ley resulta ineludible. Lo mismo puede decirse del principio de presunción de inocencia, que está estrechamente vinculado con el anterior.

Contra esto podría argumentarse que, si bien esos principios no se encuentran expresamente previstos en la Constitución, están ya establecidos

40 El agente del Ministerio Público o el juzgador.

41 Que establecía el original artículo 9 del Código Penal.

42 Ya que establece, por una parte: “A nadie podrá aplicarse pena alguna, si no se demuestra que es culpable”; y, por otra: “La medida de la pena no deberá rebasar el grado de la culpabilidad del autor del hecho cometido”.

en instrumentos internacionales suscritos por México; por lo que, si se atiende a lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución, ellos constituyen también la ley suprema de toda la Unión y, por ello, deben ser observados. Ciertamente, eso es así desde el punto de vista formal; sin embargo, otra vez habrá que atender a la realidad de nuestro sistema de justicia penal, en el cual hay una gran carencia de cultura en cuanto a la observancia de los instrumentos internacionales, ya que sus contenidos —así sean de los más ajustados a exigencias de sistemas penales democráticos— si no tienen expresión clara en la ley,<sup>43</sup> no son aplicados.<sup>44</sup> Por ello, creo que se impone la necesidad de su regulación en la legislación secundaria, aun cuando ello pudiera resultar repetitivo.

3) Por razón de lo anterior, considero preferible seguir el criterio de los proyectos del PRD y del PAN, en el sentido de precisar en la ley los principios que la deben orientar. Y esto se impone, incluso en relación con aquellos principios que ya se encuentran previstos en la Constitución, sobre todo si esa previsión no es muy clara. Tal es el caso, por ejemplo, del principio de legalidad<sup>45</sup> que, para hacer efectivo el *nullum crimen nulla poena sine previa lege*,<sup>46</sup> requiere estar claramente expresado en la ley, de la misma manera que deben precisarse los presupuestos de la pena, o los que deben acreditarse en el caso concreto para la imposición de una medida de seguridad; pues ello servirá para orientar al juzgador a la hora de sentenciar<sup>47</sup> y para garantizar mayor seguridad jurídica.

## 2. Las propuestas de reforma en torno al delito

En el libro primero del proyecto de Código Penal, además del título relativo a la ley penal, destacan los que se ocupan del delito, de las conse-

43 Que es la que cotidianamente manejan tanto el agente del Ministerio Público como el juzgador.

44 Tampoco existe una cultura desarrollada en el ámbito de la defensa, como para hacer valer dichos instrumentos internacionales cuando una resolución judicial los contraviene.

45 Según el cual, en ningún caso el Estado podrá aplicar una sanción penal, sino por la realización de una conducta que previamente se encuentre descrita en la ley como delito y a la cual igualmente le esté señalada la conminación penal.

46 Que es limitar el poder penal del Estado y garantizar los derechos de los individuos.

47 Dado que actualmente no hay una regulación clara al respecto, frecuentemente se observa que para los efectos de la sentencia se manejan las mismas categorías procesales que la Constitución (artículos 16 y 19) y la legislación secundaria señalan para la orden de aprehensión y el auto de formal prisión (artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales), no obstante que las exigencias son diferentes.

cuencias jurídicas del delito, de las consecuencias para las personas jurídicas y el de la aplicación de las penas y medidas de seguridad, entre otros. En cada uno de ellos hay aspectos muy importantes que pueden ser objeto de consideraciones; pero mis comentarios por ahora se limitan sólo a algunos puntos que estimo de mayor interés en torno al delito y a las penas.

### *A. Aspectos político-criminales sobre el delito*

El Título Segundo del proyecto que se comenta se refiere al delito, sobre el cual puede decirse que, en principio, existen pocos cambios sustanciales, ya que se trata de un tema que en los últimos años —sobre todo con las reformas de 1983-1984 y de 1994— ha experimentado diversas modificaciones de fondo. Sin embargo, debe destacarse que, por tratarse de un proyecto completo de nuevo Código Penal y no sólo de meras reformas parciales, el proyecto sigue en este punto una sistematización más adecuada y contiene precisiones conceptuales sobre los presupuestos de la pena, que sin duda procuran estar en mayor concordancia con los criterios político-criminales que le sirven de referencia.

1) Por lo que hace a los presupuestos de la pena, que tienen que ver con los elementos del delito y con los contenidos de cada uno de ellos, el proyecto del Instituto de Investigaciones Jurídicas no plantea ni mayores ni menores exigencias a las ya previstas por el Código Penal vigente. Pero, no puede negarse que contiene algunas modalidades que lo diferencian tanto del Código vigente como de los proyectos del PRD y del PAN, y que seguramente tendrán sus implicaciones político-criminales y dogmáticas. Así se observa, por ejemplo, en relación con la fórmula de la omisión impropia o comisión por omisión, que en esencia es igual a la prevista en el Código Penal vigente,<sup>48</sup> en tanto que persigue el mismo objetivo político-criminal de darle al juzgador una base para sancionar a quien no evita un resultado típico y, por otra, de que se precise el ámbito de quienes pueden responder por ese tipo de omisiones, según exigencias del principio de legalidad. No obstante, se diferencia de ella, no tanto por considerar “autor” del resultado típico al que “omite evitarlo” si es “garante” del bien jurídico y podía evitar dicho resultado, sino por utilizar un criterio distinto respecto de las fuentes del “deber de garantía” o “deber

48 Véase el párrafo segundo del actual artículo 7o. del Código Penal.

de actuar”, que sin duda será objeto de discusiones dogmáticas diversas en el ámbito nacional, ya que se trata de un tema que ha sido objeto de amplio tratamiento dogmático en otras latitudes y que ha provocado la generación de diversos criterios sobre el particular.<sup>49</sup>

2) El proyecto reafirma la idea de que, para que una acción o una omisión sean delictivas, deben realizarse dolosa o culposamente (artículo 12). Este contenido del proyecto, equivalente al del vigente artículo 9o., se interpreta desde el punto de vista político-criminal, en el sentido de que no es admisible el antiguo criterio de la responsabilidad puramente objetiva; es decir, que necesariamente deben acreditarse elementos de carácter “subjetivo” para poder afirmar uno de los presupuestos de la pena o de la medida de seguridad. Esta exigencia dirigida al órgano del Estado<sup>50</sup> se vincula, a su vez, con aquellas circunstancias que el individuo puede hacer valer en su favor —que en otras épocas eran negadas—, como es el caso del error, particularmente del llamado error de tipo,<sup>51</sup> cuya presencia en el caso concreto trae como consecuencia la exclusión del dolo, o bien la exclusión del dolo y de la culpa, según que dicho error sea “vencible” o “invencible”, como consecuentemente lo prevé el proyecto en su artículo 15, fracción X, inciso a). Previsiones como ésta amplían, sin duda, las posibilidades de defensa; lo que también dependerá de las exigencias que se establezcan para afirmar la existencia de una conducta dolosa o culposa.

3) En relación con la punibilidad de los delitos culposos, el proyecto del Instituto de Investigaciones Jurídicas —al igual que las iniciativas del PAN (artículo 61) y del PRD (artículos 18 y 76)— adopta el criterio del *numerus clausus*, al establecer que “los delitos culposos solamente serán punibles en los casos expresamente determinados por la ley” (artículo 12), e indica, además, los casos en que se dará dicha punibilidad (artículo 62), que es un criterio político-criminal que ofrece mayor seguridad jurídica y

49 Véanse, Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959; Androulakis, Nikolas K., *Studien sur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, Berlín, 1963; Baccigalupo, Enrique, *Delitos improprios de omisión*, Buenos Aires, 1970; Novoa Monreal, Eduardo, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Buenos Aires, 1984; Huerta Tocildo, Susana, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987; Silva Sánchez, J.M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.

50 Que ya no debe partir de meras presunciones, como sucedía con anterioridad —y aún sucede— al haberlo permitido el original artículo 9o. del Código Penal vigente, que fue reformado desde 1984.

51 Previsto actualmente en el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal.

que el Código Penal vigente adoptó desde 1994 (artículo 60).<sup>52</sup> El listado, en cambio, que contiene los casos en que podría darse la punibilidad del delito culposo, habrá que revisarlo detenidamente, ya que incluye algunas figuras delictivas en las que definitivamente no es admisible esta forma de realización, al menos desde el punto de vista político-criminal, como es el caso del “allanamiento de casa habitación o dependencia” (artículo 170), del “abigeato” (artículos 190 y ss.) o de la “enajenación fraudulenta de medicinas nocivas o inapropiadas”.

4) En la materia relativa a la autoría y participación se observa un cambio esencial en el proyecto del Instituto. En efecto, mientras que las iniciativas del PRD y PAN son coincidentes al adoptar el criterio político-criminal del proyecto de 1999, que considera a dicho problema como una materia de la parte general, como lo hace el Código Penal vigente y la mayoría de los Códigos Penales del mundo y del país, el proyecto priísta lo traslada a la parte especial (libro segundo) del Código Penal,<sup>53</sup> por lo que eleva a cada una de las “formas de intervención” a rango de delito (artículos 235-241).

Con la adopción de este criterio, es claro que se desnaturalizan ciertas formas de intervención en la realización de un delito, sobre todo aquéllas a las que tradicionalmente se les ha reconocido una naturaleza accesoria; lo que, por supuesto, no sólo tiene implicaciones importantes en el ámbito político-criminal, sino principalmente en el plano teórico, en el de la dogmática penal.<sup>54</sup>

Desde la perspectiva político-criminal, ciertamente corresponde al legislador el determinar en la ley la forma de tratar a quienes intervienen en la comisión de un delito, pero hay cuestiones que por su naturaleza el legislador tiene que atender, sobre todo cuando el criterio que se adopta puede traer consecuencias prácticas inaceptables, como el uso indiscriminado o abusivo del derecho penal. El criterio adoptado por el proyecto que hace suyo el PRI, lejos de limitar el uso del derecho penal, posibilita la ampliación de su campo de intervención; además, los diversos problemas de índole práctica, así como los de orden teórico, que son propios de

52 Cfr. *Diario Oficial* del 10 de enero de 1994.

53 Así lo hacen, también, los Códigos Penales de los estados de Tabasco y Morelos entre otros, que fueron igualmente diseñados en el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

54 Así lo hace ver ya Azzolini, Alicia, en su reciente trabajo de ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, “La Autoría en el Sistema Penal Mexicano”, *Criminalia*, año LXVII, núm. 3, septiembre-diciembre de 2001, pp. 127 y ss.

todo delito, deben ser planteados en relación con las nuevas figuras delictivas.

5) Por último están las consecuencias para las personas jurídicas colectivas. Las diversas iniciativas hacen referencia a esta cuestión, que ha sido ya objeto de muchas discusiones y a la que actualmente la doctrina le dedica particular atención. En efecto, ahora, como en otras épocas, gran parte de la discusión teórica gira en torno a la cuestión de si las personas morales o “personas jurídicas colectivas” cometen o no delito, y si son o no penalmente responsables, habiéndose hasta ahora impuesto el antiguo criterio de que *societas delinquere non potest*. Sin embargo, en los últimos tiempos, ante la cada vez mayor injerencia de las personas jurídicas colectivas en la comisión de ciertos delitos, como los de carácter económico o ecológico; igualmente, cada vez es mayor la necesidad de responsabilizar y sancionar penalmente a dichas personas; por ello, algunas legislaciones han empezado ya a establecer ciertas medidas de este tipo, con lo que nuevamente adquiere fuerza el criterio *societas delinquere potest*.<sup>55</sup> Pero, ante esta tendencia, una de las primeras cuestiones que surge, y que ya tiene bastante ocupada a la doctrina penal, es la relativa a los presupuestos de la pena para las personas jurídicas colectivas; presupuestos que, sin duda, deberán ser diferentes de aquellos que han sido diseñados para las personas físicas y que han dado sustento a las diversas elaboraciones teóricas en torno al delito.

La actual legislación penal del Distrito Federal prevé consecuencias jurídicas para las personas morales, cuando algún miembro de ella comete un delito en los supuestos señalados por el artículo 11 del Código Penal, pero no se precisa qué tipo de consecuencias son ellas, si penales o de otra naturaleza. Por lo que hace al proyecto que ahora se comenta, tampoco ello se precisa; sólo se establece que en la sentencia se aplicarán, como consecuencias jurídicas accesorias, la intervención, remoción, prohibición de realizar determinadas operaciones y extinción de la persona jurídica colectiva, si en la comisión del delito el miembro o representante de ésta usa medios propios de la persona jurídica, de modo que el delito resulte cometido bajo el amparo o en beneficio de ésta (artículos 60., 52-56).

Los proyectos del PAN y del PRD, en cambio —siguiendo al proyecto de 1999—, expresamente establecen que “para los efectos de este Cód-

55 Véase Vervaele, John, *La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. (Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica)*, en prensa.

go, sólo pueden ser penalmente responsables las personas físicas”;<sup>56</sup> es decir, claramente adoptan el principio *societas delinquere non potest*.<sup>57</sup> Por lo tanto, debe entenderse que las consecuencias jurídicas para las personas morales son de carácter “administrativo” y no “penal”, como expresamente lo establece el proyecto panista. Pero aun cuando esa sea la naturaleza de la sanción, habrá que precisar los presupuestos mínimos que se requieren para imponerla.

### B. Aspectos técnicos en torno al delito

1) Por lo que hace a la regulación del *delito* en general, debe señalarse que el proyecto del Instituto de Investigaciones Jurídicas —al igual que los proyectos legislativos del PRD y PAN— no incluye lo que sería una definición formal del delito, a diferencia de lo que hace el artículo 7o. del Código Penal vigente. Tal vez esta postura se deba al hecho de haber tomado en cuenta las observaciones críticas que se han externado sobre el particular,<sup>58</sup> que consideran totalmente innecesaria una regulación así.

Tampoco contiene un concepto material del delito,<sup>59</sup> en el sentido de prever de antemano lo que es tarea de la dogmática penal, es decir, de determinar y sistematizar los elementos generales del delito y, por tanto, los presupuestos de la pena, afiliándose de alguna manera a una determinada construcción sistemática. Por el contrario, el proyecto sigue el criterio del Código Penal vigente,<sup>60</sup> que sin duda para los efectos dogmáticos es el más adecuado, porque permite el desarrollo de la dogmática penal y la elaboración del concepto general del delito a partir de la interpretación sistemática de los diversos contenidos —generales y especiales— del objeto de estudio, los que, en cambio, deben estar claramente precisados. La construcción sistemática que se desarrolle a partir del análisis de la ley, sin embargo, debe procurar que los principios político-criminales que orientan al Código Penal se hagan realidad y se alcancen los objetivos que se le atribuyen al derecho penal.

56 *Cfr.* Proyecto del PAN, artículos 18, 53 y 54, y Proyecto del PRD, artículo 26.

57 Aunque observándose ciertas diferencias entre ellos por lo que hace a las consecuencias jurídicas.

58 Como la opinión que Luis Jiménez de Asúa expresó desde hace mucho tiempo al referirse al artículo 7o. del Código Penal Federal.

59 A diferencia de lo que hacen ya algunos Códigos Penales de estados de la República, que de antemano prevén lo que es tarea de la dogmática penal; así, por ejemplo, el Código Penal de Coahuila de 1999.

60 Lo propio hacen los proyectos panista y perredista.

De ahí, por tanto, que el Código Penal —sin necesidad de que se afilie a una determinada concepción dogmática, pero sí con una clara concepción político-criminal— puede ser objeto de análisis desde la perspectiva del sistema causalista, finalista o funcionalista, o del sistema que se quiera; pues, al fin y al cabo, será el criterio teórico que de manera más coherente y racional nos conduzca a alcanzar los objetivos político-criminales propios de un derecho penal de corte democrático —es decir, que responda a exigencias de un Estado democrático de derecho— el que tendrá que imponerse. Y esto que se afirma en relación con el concepto general del delito, es igualmente aplicable para los contenidos conceptuales de cada uno de sus elementos y, por tanto, de cada uno de los presupuestos de la pena.

En efecto, al no plantear una definición del delito, consecuentemente el proyecto tampoco adopta una específica sistematización para el desarrollo de los contenidos de sus elementos, pues ello es tarea de la dogmática; y al seguir en este particular el criterio del Código vigente, permite con ello un auténtico e intenso desarrollo de la dogmática penal en torno al delito. Criterio análogo se sigue en relación con las causas de exclusión del delito, al englobarlas en un solo capítulo y no separarlas según su naturaleza, es decir, según el elemento del delito que excluyen, como lo hacen algunos Códigos Penales estatales, que en capítulos separados se refieren a las causas de atipicidad, a las causas de justificación, a las de inimputabilidad y a las que excluyen la culpabilidad;<sup>61</sup> es un criterio adecuado, porque, además de permitir la discusión dogmática y el desarrollo de la jurisprudencia, propicia una libre actuación del juzgador para señalar en cada caso concreto el aspecto negativo del delito que concurra, según el criterio teórico más adecuado, y no hacerlo de manera mecánica y sin reflexionar sobre su verdadera naturaleza. Debe destacarse, sin embargo, que se observa un gran esfuerzo por lograr la mayor precisión de los diversos contenidos de todos aquellos requisitos que, sistematizados, determinan tanto los contenidos de los presupuestos de la pena como los de sus respectivas causas de exclusión.

Ahora bien, el hecho de que no sea necesario adoptar en la ley una determinada construcción dogmática, de ninguna manera quiere decir que la dogmática penal deba ser ajena a la tarea del legislador —en el proceso de creación de las normas penales— y que sólo adquiere importancia para

61 Es el caso del Código Penal de Coahuila.



quien analiza —e interpreta— los contenidos de la ley existente en el tratamiento de los casos concretos, como el juzgador, el defensor o el teórico del derecho penal. Por el contrario, el legislador —al menos el “legislador material”— debe tener, además de una clara concepción de la política criminal dentro de la cual se mueve, una noción amplia de la dogmática penal y de su ideología, ya que las recomendaciones de ésta pueden ser atendidas en el diseño de la ley, sobre todo en la determinación de los principios que la deben orientar y en la determinación de los presupuestos de la pena, así como en la forma misma de diseñar los tipos penales y las punibilidades, para no caer en irracionalidades ni permitir que en la aplicación de dicha ley a los casos concretos se incurra en excesos o arbitrariedades.

Si ello es una exigencia para el legislador, con mayor razón deberá establecerse para el juzgador<sup>62</sup> y para el que se ocupa de hacer teoría del derecho penal. Ciertamente, en el caso de que el legislador incurra en deficiencias en cuanto a la observancia de los criterios dogmáticos —que no es nada remoto, sino algo que con frecuencia sucede—, sobre todo a la hora de precisar los presupuestos de la pena y de diseñar los tipos penales, por establecer contenidos contradictorios o incoherentes,<sup>63</sup> será —o podrá ser— el juzgador quien procure darle un sentido coherente mediante una interpretación adecuada. También podrá ser el dogmático el que destaque esa —real o aparente— contradicción de la ley, pudiendo denunciarla y pugnar porque se corrija, o procurará igualmente encontrarle un sentido coherente mediante su análisis y lograr una construcción sistemática más aceptable. Pero puede suceder —como en efecto sucede— que ni el juzgador ni el dogmático se den cuenta de la incoherencia interna de la ley y, en virtud de ello, la apliquen —o expliquen— de la misma manera.

2) Debo destacar, por supuesto, que en relación con el tema que nos ocupa, el proyecto y, más concretamente, sus autores materiales muestran un amplio y sólido conocimiento de la dogmática penal y de su función; los contenidos relativos al delito en general y a los tipos penales en particular así lo revelan. El hecho de que algunos de los criterios seguidos por el proyecto —tanto dogmáticos como político criminales— no los

62 Así como para el Ministerio Público, que también tiene que ver con la aplicación de la ley a los casos concretos.

63 Que sin duda es bastante criticable.

compartamos,<sup>64</sup> no es motivo para descalificar su trabajo. Por el contrario, la existencia de criterios diversos es lo que posibilita la confrontación de ideas y la discusión en torno a ellos, y esto hace que tanto la teoría de la política criminal como la dogmática penal puedan desarrollarse.

Eso es lo que, sin duda, sucederá en torno a temas como la comisión impropia o comisión por omisión, en donde existen algunas diferencias por lo que hace a las fuentes del deber de garantía o de la llamada calidad de garante (artículo 10), que es un tema bastante polémico en la doctrina penal;<sup>65</sup> o el de la autoría y participación, sobre el cual el proyecto del Instituto se aparta del criterio seguido por las iniciativas del PRD (artículo 21) y del PAN (artículo 15),<sup>66</sup> al llevar a la parte especial la regulación de esta materia.

Pero así como existen puntos divergentes, puede afirmarse, en cambio, que en la mayoría de los otros puntos existe coincidencia de criterios; por lo que, en torno a ellos no habrá mayores discusiones. Así, por ejemplo, se coincide totalmente en cuanto a que el delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión, pues con ello se precisa que el objeto de regulación de las normas penales —de la prohibición o del mandato— únicamente lo pueden ser las acciones o las omisiones, es decir, las conductas humanas; excluyendo con ello que se prohíban o se ordenen meros estados o situaciones de la persona o meras formas de conducir su vida. Igualmente, existe coincidencia en lo que debe entenderse por una conducta dolosa o por una conducta culposa, al precisarse que el “objeto del conocimiento” lo constituyen los elementos objetivos del tipo penal, y que puede distinguirse entre dolo directo y dolo eventual; entre otros puntos.

64 Como es el que tiene que ver con la regulación que se propone en torno a la autoría y participación.

65 Y que desde 1994 el Código Penal vigente adoptó una fórmula que trata de abarcar los diversos deberes de actuar, dejándose al juzgador la tarea de determinar en el caso concreto si a quien se le atribuye un resultado típico tenía o no el deber jurídico de actuar, y si ese deber de actuar se derivó de una ley, de un contrato o del actuar precedente, que es un criterio que procura proporcionar seguridad jurídica.

66 Los que mantienen una regulación en gran medida análoga a la del actual artículo 13 del Código Penal vigente, que permite diferenciar claramente las distintas formas de intervención en la realización de un hecho penalmente relevante: autores directos, coautores, autores mediatos, instigadores y cómplices.

### 3. *Las propuestas de reformas sobre las consecuencias jurídicas del delito*

a) La parte relativa a las consecuencias jurídicas es, sin duda, una de las fundamentales de un código penal, pues ella da testimonio de su orientación filosófico-política, científica y social, que debe tomar en cuenta las corrientes del pensamiento penal moderno y las condiciones y posibilidades de un medio determinado. Es, pues, en relación con las penas y medidas de seguridad y con sus formas de ejecución, en que se ponen en gran medida de manifiesto los criterios filosóficos y político-criminales que caracterizan a una determinada legislación penal y, consiguientemente, a un Estado que para el logro de sus fines recurre al derecho penal.

En virtud de lo anterior, resulta necesario que en esta parte se tomen en consideración los nuevos desarrollos penológicos, así como la necesidad de llevar a cabo progresos importantes en este ámbito y, por supuesto, los lineamientos que sobre el particular contiene la Constitución Política, para efectos de dar lugar a la generación de un moderno y cada vez más completo derecho de ejecución de sanciones.

b) El proyecto del Instituto denomina al título tercero del libro primero “Consecuencias jurídicas del delito”,<sup>67</sup> pero engloba en un solo capítulo, sin diferenciarlas, las penas y las medidas de seguridad (artículo 17); por lo que, en este punto sigue el criterio del Código Penal vigente, con el consiguiente problema de no distinguir unas y otras. Por eso, considero más adecuado el criterio seguido por los proyectos panista y perredista, de dividir el título tercero en dos secciones, que se refieren, respectivamente, a las penas y a las medidas de seguridad, pues dicho criterio, además de ser más práctico que el del código vigente, permite también precisar los presupuestos de cada una.

c) Por otra parte, el catálogo de sanciones previsto en el actual artículo 24 no sufre mayores modificaciones, pues el proyecto no contiene nuevas alternativas de reacción frente al delito. Pero ello puede deberse a que ya desde las importantes reformas de 1984 se introdujeron nuevas sanciones como alternativas a la prisión, como el tratamiento en libertad de imputables, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad, que desde entonces eran consideradas medidas más eficaces que la prisión, según recomendaciones de la moderna política criminal.

67 Como lo hacen las iniciativas del PAN y del PRD.

Sin embargo, debe reconocerse que el proyecto plantea algunas novedades importantes, que se reflejan tanto en la descripción de cada una de las consecuencias jurídicas como en el mayor uso de las alternativas a la prisión y en la duración de las penas. En efecto, se observa una mayor precisión de los alcances de las penas y mayor racionalización de sus límites; así, por ejemplo, en relación con la pena de prisión, que actualmente ha llegado a límites totalmente irracionales, el proyecto establece que la prisión será de tres meses a cuarenta años, salvo los casos de excepción. Y aún cuando cuarenta años son muchos, es indudable que los límites adoptados por el proyecto son más racionales que los actuales y, además, atiende a la crítica de que ninguna pena debe ser menor de tres meses.

Si para los autores de este proyecto los límites actuales de la pena de prisión son “irracionales”, y su constante incremento no ha traído como consecuencia una mejor protección de los bienes jurídicos y, por tanto, no ha constituido una garantía para la seguridad pública, es claro que ni siquiera consideran penas como la cadena perpetua o la pena de muerte, pues éstas son todavía mucho más irracionales que aquéllas y sólo revelan, además de una tendencia eminentemente represiva, la falta de imaginación de alternativas mejores.

d) El proyecto priísta también encierra una importante novedad, por lo que hace a la reparación de daños y perjuicios, ya que —a diferencia de los proyectos del PRD y del PAN, que le dan el mismo tratamiento que el Código Penal vigente, como pena pública— la considera como responsabilidad civil derivada de delito (artículos 41-50). Esta posición coincide con el criterio seguido en los más recientes proyectos legislativos —como el citado de 1999— y busca, por supuesto, garantizar que los objetivos de dicha consecuencia se logren de mejor manera que la actual.

#### 4. *Palabras finales*

Sin haber agotado los diversos aspectos de la parte general y, por tanto, sin haber abordado ninguno de la parte especial, concluyo afirmando: es incuestionable que el proyecto de Código Penal para el Distrito Federal elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que ahora se encuentra en manos de la Asamblea Legislativa, adopta una más clara y definida orientación político-criminal, que procura responder cada vez más a las exigencias del Estado democrático de derecho. Observa,

asimismo, importantes avances técnicos, que igualmente tratan de llevar a la legislación penal a un mayor grado de desarrollo y que, sin duda, serán objeto de amplias consideraciones dogmáticas.

El problema ahora es del legislador formal, porque sucede que éste tiene ahora en sus manos tres proyectos de Código Penal y respecto de cada uno pueden afirmarse cosas positivas, ya que son producto de la reflexión, del conocimiento profundo de las cosas, y que revelan el interés del legislador material por mejorar el actual marco normativo, para que la misión que se le atribuye al derecho penal pueda realmente cumplirse. El problema, entonces, es: ¿por cuál optar si en cada uno de los proyectos prevalece la idea de que la futura legislación tiene que enmarcarse en los límites propios del Estado democrático de derecho?; ¿cuál de ellos establece los mecanismos más adecuados —si es que los establece— para que los objetivos político-criminales del derecho penal puedan alcanzarse de mejor manera? ¿Estará el legislador formal en condiciones de elegir la mejor opción?

Independientemente de lo anterior, de que las mencionadas propuestas representan un importante avance político-criminal y técnico frente al Código penal vigente y de que el legislador pueda elegir la mejor opción en el ejercicio de su poder, surge la cuestión de si efectivamente es mediante la transformación del Código Penal como pueden lograrse esos objetivos.

Por ello, reitero que, para poder enfrentar con cierto éxito el fenómeno que motiva este importante esfuerzo, indudablemente se requiere algo más que un mero Código Penal o que una simple reforma al Código Penal vigente. Es necesario, antes que nada, diseñar una política criminal de manera integral y, dentro de ésta, diseñar y desarrollar un sistema integral de justicia penal, en el que deben abarcarse con la misma importancia sus diversos sectores o subsistemas, para que cada uno de ellos se transforme sobre la base de criterios político-criminales uniformes y coherentes. Es decir, la reforma no puede limitarse sólo a la legislación penal sustantiva, sino que debe atender también —y con mayor intensidad— a la legislación penal procesal y ejecutiva, ya que la transformación de ésta repercutirá en la necesidad de transformar igualmente los diversos órganos del Estado que tienen que ver con la aplicación concreta de la ley penal. Sólo así podrá, también, transformarse y modernizarse la procuración y administración de la justicia penal, así como la ejecución penal, para que real-

mente constituyan una respuesta adecuada a las expectativas de la colectividad y se alcancen los altos objetivos de la justicia material.

Lo anterior sólo trata de destacar la gran importancia que tiene la función legislativa y la gran responsabilidad que tienen los legisladores; pues, hasta ahora, pareciera que esa función no ha sido cumplida con la mayor responsabilidad y con el esperado acierto, ya que los resultados así lo indican. De ahí, por tanto, que en la búsqueda por una mejor alternativa para garantizar mayormente los intereses de los individuos y de la colectividad, es muy deseable que el legislador actúe ya con mayor responsabilidad y con más tino, pues ya es tiempo de que las cosas que tienen que ver con la justicia y la seguridad ciudadana no se improvisen ni se simulen.