

Evolución legislativa en torno al delito (aspectos político-criminales y dogmáticos)

*Moisés Moreno Hernández**

I. ALGUNAS PALABRAS INTRODUCTORIAS EN HOMENAJE A LA ACADEMIA

EN ESTA ocasión nos reúne un motivo muy importante, la celebración de los 75 años de existencia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Quienes actualmente somos miembros de ella, este acontecimiento tiene un importante significado, porque los objetivos de aquellos que le dieron origen están ahora en nuestras manos el continuar haciéndolos realidad. Por ello, nuestra felicitación a quienes organizaron estas jornadas para conmemorar esos 75 años, y nuestro agradecimiento por invitarnos a participar en esta celebración.

1. Antecedentes y objetivos de la Academia

Para quienes poco o nada saben de la institución que ahora es objeto de celebración, quiero decirles que la Academia Mexicana de Ciencias Penales es un organismo académico que fue fundado en 1940 por especialistas muy destacados en las áreas de las ciencias penales, como Raúl Carrancá y Trujillo, José Ángel Ceniceros, Luis Garrido, Javier Piña y Palacios, José Torres Torija, Alfonso Teja Zabre, Carlos Franco Sodi, Francisco González de la Vega, Emilio Pardo Aspe, Francisco Argüelles, José Gómez Robleda y José María Ortiz Tirado, quienes han sobresalido tanto en la actividad docente como en la función pública relacionada con la justicia penal, y por sus publicaciones.

Desde hace 75 años, la Academia ha agrupado a los más destacados penalistas, criminólogos, criminalistas y médicos forenses de México.

* Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales; director general del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (Cepolcrim).

Entre ellos, varios han sido ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Carlos Franco Sodi, Emilio Pardo Aspe, Francisco Argüelles Espinoza, José María Ortiz Tirado, Luis Chico Goerne, Juan José González Bustamante, Ángel González de la Vega, Rafael Matos Escobedo, Teófilo Olea y Leyva, Antonio Rocha Cordero, Fernando Castellanos Tena, José Ramón Palacios, Francisco Pavón Vasconcelos, Luis Fernández Doblado, Victoria Adato Green y Juan N. Silva Meza, mientras que otros académicos han sido procuradores generales de la República y del Distrito Federal, como Sergio García Ramírez, entre otras funciones.¹

Desde su creación, la Academia Mexicana de Ciencias Penales se ha fijado como *objetivos* los siguientes: 1) colaborar con los órganos de la administración pública en el diseño y desarrollo de políticas y programas de gobierno, en materia de justicia penal y de seguridad pública; 2) elaborar proyectos legislativos relacionados con la justicia penal y la justicia de menores infractores, y 3) realizar proyectos de investigación o estudios en torno a las diversas cuestiones penales y de política criminal, con el propósito de coadyuvar para que la justicia penal responda a las expectativas de la sociedad mexicana y se ajuste a las exigencias del Estado democrático de derecho.

De acuerdo con lo anterior, no hay duda que la función de la Academia tiene mucho que ver con las tareas que corresponde desarrollar a las distintas instituciones del sistema de justicia penal, pues comparten metas y objetivos comunes, como el de pugnar por la consolidación del Estado democrático de derecho, a través del fortalecimiento de sus instituciones, de la autonomía e independencia del Poder Judicial, entre otros.

2. Realizaciones y retos de la Academia

Durante sus primeros 75 años, la Academia ha tenido, mediante sus destacados miembros, una amplia participación en el diseño y desarrollo de políticas públicas en materia de justicia penal y de seguri-

¹ Sobre la historia de la Academia, véase Correa García, Sergio, *Historia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, México, Porrúa, 2001; García Ramírez, Sergio, “La Academia Mexicana de Ciencias Penales y Criminalia. Medio siglo en el derecho penal mexicano. Una aproximación”, *Criminalia*, año LXXVII, núm. 3, septiembre-diciembre de 2009, pp. 3 y ss.

dad pública en nuestro país. A sus primeros académicos se debe, por ejemplo, la elaboración de los códigos penales y de procedimientos penales de la década de los treinta en adelante, que aún siguen vigentes en México. Muchos otros han sido partícipes con las importantes reformas legislativas que en materia penal han tenido lugar en 1971, 1983, 1984, 1993, 1994, 1996 y 2002, que sin duda han repercutido positivamente en la transformación del sistema de justicia penal mexicano; otros más, también han tenido que ver con las reformas constitucionales de 2008, que tienen como principal objetivo fortalecer el sistema procesal penal acusatorio y oral, así como con la creación del Código Nacional de Procedimientos Penales (2014), que actualmente se encuentran en proceso de implementación en todo el país. A otros se debe, igualmente, la generación de importantes criterios jurisprudenciales en la aplicación concreta de la ley y en la resolución de casos, como ministros de la SCJN, magistrados o jueces.

Asimismo, casi todo académico ha sido, o es, profesor o investigador de diversas instituciones académicas, como la Facultad de Derecho y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, entre otras; cuyas enseñanzas y obras en materia de derecho penal, procesal penal, política criminal, criminología y criminalística, han servido para la formación de múltiples generaciones de abogados y de nuevos profesores e investigadores en las áreas de las ciencias penales y de la política criminal; tres de ellos (Celestino Porte Petit, Gustavo Malo Camacho y Gustavo Barreto Rangel), ya fallecidos, han sido directores generales del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Ahora bien, ante las perspectivas de una sociedad moderna, plural y cambiante; ante los propios retos del Estado democrático de derecho, y ante las exigencias de un sistema de justicia penal que está urgido de cambios de fondo para responder a las expectativas de una sociedad reclamante de mayor acceso a la justicia, mayor calidad en la procuración e impartición de la justicia, por menos impunidad y mayor seguridad ciudadana, por menos corrupción y mayor transparencia, los *retos* de la Academia Mexicana de Ciencias Penales son muy grandes. Ciertamente, la misión de la Academia es modesta, pues no tiene la pretensión de intervenir en todo y tratar de cambiar también todo, o que nada cambie; sin embargo, el rol que le corresponde jugar es muy importante, porque tiene que ver nada menos que con la misión del derecho penal. Proteger los *valores humanos* fundamentales para la vida ordenada en comunidad frente a los embates de la delincuencia —convencional y organizada, nacional y transnacional—, procurando

que para ello se adopten las medidas político-criminales más racionales, para que el poder penal estatal no se extralimite en perjuicio de los derechos humanos y que sólo se castigue a los culpables, respetando igualmente sus derechos humanos.

Sin duda, los retos son apasionantes para un organismo que es *plural*; ante un escenario de exigencias y de perspectivas, carente de conformismos, a sus 75 años de existencia la Academia debe adoptar una actitud más activa y crítica, más interesada en torno a los cambios sociales y del sistema de justicia penal, para recuperar el *rol* que otrora ha tenido desde diferentes ángulos, de ser el principal motor para impulsar el fortalecimiento del Estado de derecho y de sus instituciones, así como para incidir de manera más decisiva en la transformación integral y coherente del sistema de justicia penal, aportando los criterios teóricos adecuados para que éste constituya una respuesta más funcional frente a las expectativas de la sociedad y del Estado de derecho, sobre todo ahora que parece prevalecer una gran desorientación en cuanto al rumbo a seguir en el sistema de justicia penal.

Lo anterior no implica desconocer que en esta materia es el Estado quien tiene el *monopolio*, pues es el único que puede criminalizar y penalizar conductas humanas, crear los tipos penales y las punibilidades, así como el único que puede someter a proceso a quien se le imputa la comisión de un delito e imponerle la pena correspondiente; pero habrá que reconocer que en todo ello también puede y debe tener participación la Academia Mexicana de Ciencias Penales, para coadyuvar en el diseño y desarrollo de la política penal, para que ésta responda al objetivo de fortalecer el Estado de derecho y de democratización del sistema de justicia penal. Y, eso debe ser así, porque la Academia cuenta con la materia prima para ello y con las posibilidades de vincular estrechamente la teoría con la práctica, la dogmática penal con la política criminal, en sus diversos sectores y niveles: Legislativo, Judicial y Ejecutivo, sobre todo ahora que México vive inmerso tanto en el proceso de *globalización* como en el de *internacionalización* del delito, de la política criminal y del derecho penal.

Por ello, ante la asunción de que es absolutamente necesaria una *gran reforma* al sistema de justicia penal, como es el caso del *nuevo sistema procesal penal acusatorio y oral*, derivado de la reforma constitucional de 2008 y que actualmente se encuentra en proceso de implementación en todo el país, la Academia debió ser convocada para encabezar esta importante tarea, como en otros tiempos lo hicie-

ron las instancias oficiales, cuando se proponían algo serio en materia de justicia penal. Ello no sucedió así, porque parece que la reforma tuvo otros intereses; pero, lo cierto es que la Academia se ha pronunciado, a través de las opiniones críticas de sus miembros, en torno al *nuevo* sistema procesal penal, tanto por lo que hace a su orientación filosófico-política como en relación con los alcances de las diversas instituciones y de los mecanismos que ha introducido, y lo ha hecho desde que apareció la reforma constitucional de 2008 y luego con el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP). Y, después de lo que se ha observado en los primeros siete años de la reforma constitucional, aun cuando para algunos la reforma procesal penal llegó para quedarse, es evidente que ella nació deficiente y, por ello, el CNPP está siendo ya objeto de reformas en el Congreso de la Unión, cuando aún no ha tenido la posibilidad de mostrar sus rendimientos. Por lo que la tarea reformista continúa, pues siempre sigue y seguirá existiendo la necesidad de buscar otras —y mejores— alternativas político-criminales; lo que implica que siempre habrá campo fértil para la Academia, y de ahí que siga siendo oportuno el continuar trabajando en torno a una serie de propuestas para conformar un *programa integral y coherente de política criminal*, en el que seguirá ocupando un lugar central la idea de transformar el *sistema de justicia penal y de seguridad pública* en nuestro país —como lo reclaman las sociedades de nuestro tiempo—, que sea realmente funcional en una realidad como la nuestra, que responda a las exigencias del Estado democrático de derecho y a las expectativas de la sociedad mexicana.

Habrá que reconocer que las *ciencias penales* no tienen mayor razón de ser si no se vinculan con la *política criminal*, que se ejerce a través de los distintos órganos estatales, y tratan de incidir en las decisiones político-criminales que se toman tanto en los procesos de generación de las leyes penales como en los de su aplicación a los casos concretos. Precisamente, la Academia Mexicana ha procurado conjuntar estos dos aspectos que tienen que ver con la teoría y la práctica; por lo que, ella no ha sido ni es ajena a los reclamos sociales en materia de justicia penal y seguridad pública, sino que ha tenido la pretensión de proporcionar bases y criterios para una política criminal y un sistema de justicia penal que sean funcionales, según las exigencias de las realidades nacionales. Por lo tanto, si el objeto de estudio de las ciencias penales se transforma, la Academia Mexicana de Ciencias Penales no puede estar ajena a ello, sino que debe procurar asumir

un rol importante en el ámbito de la teoría y de la práctica, para ser la inspiradora de decisiones y medidas político-criminales que el Estado mexicano reclama; pero, para ello, es también necesario que quienes toman las decisiones políticas en esta materia, desde los diferentes sectores y niveles del sistema de justicia penal y de seguridad pública, no desdeñen las aportaciones de las ciencias penales y acudan a quienes pueden proporcionarles las bases teóricas para que sus decisiones respondan cada vez más a las exigencias del sistema penal de un Estado democrático de derecho y que la aplicación de la ley penal sea cada vez *más justa y racional*.

3. Los alcances de la exposición

Ahora bien, si la idea de esta jornada es destacar la aportación que la Academia Mexicana de Ciencias Penales ha tenido en la evolución de la legislación penal mexicana, con motivo de su 75 aniversario, entonces tendré que delimitar los alcances de mi exposición. El análisis no tendría que considerar todo el desarrollo histórico de la legislación penal en México, ni siquiera todos los códigos penales federales que han estado en vigor en nuestro país (1871, 1929 y 1931), porque ello iría más allá del tiempo en que la Academia surgió y ha tenido participación; me limitaré sólo a considerar el Código Penal vigente que data de 1931 y que a estas fechas está por cumplir 85 años de existencia; es decir, diez más que la Academia. No obstante, puede decirse que destacados miembros de la Academia, que tuvieron que ver con el surgimiento de ésta, también fueron partícipes del surgimiento del Código Penal de 1931 y, desde entonces, tanto aquellos como los nuevos académicos se han ocupado de su análisis, de su crítica y de su reforma, hasta nuestros días.

El tema que me toca abordar se refiere a la evolución que ha tenido la legislación penal en torno a la regulación del *delito*, y entiendo que el análisis debe centrarse en los contenidos de la parte general del Código Penal, que tienen que ver con el *concepto general* del delito, con sus *elementos*, con sus *formas* de realización, con las *personas* que pueden responder de su comisión, con las circunstancias o causas que tienen como efecto su *exclusión* o *atenuación*, entre otras cuestiones: el objeto de consideración se refiere a uno de los aspectos fundamentales del derecho penal relacionado con los presupuestos de la pena y que, por cierto, sólo será analizado desde el ángulo histórico. Asimismo, el en-

foque lo haré desde dos perspectivas, la *político-criminal* y la *dogmática*; pero, por razones del tiempo que se dispone para ello, el análisis será muy superficial.

II. ASPECTOS POLÍTICO-CRIMINALES DE LA REGULACIÓN DEL DELITO EN EL CÓDIGO PENAL

1. La orientación político-criminal de la legislación penal

Para conocer la orientación político-criminal de la legislación penal mexicana habrá que tomar en cuenta su desarrollo histórico, en el que sin duda ha estado ligada siempre a una determinada concepción filosófico-política, que tiene que ver tanto con la concepción del *hombre* como del *Estado*, para justificar (o no) el uso del derecho penal y los alcances que éste debe tener. Así, la idea de la pena como mero *castigo* o *retribución* está vinculada a una determinada concepción filosófica del Estado y del hombre; y lo mismo puede decirse de la idea que ve en la pena un medio para la enmienda o *resocialización* del delincuente; posturas filosófico-políticas que se reflejan en los contenidos de los códigos penales de los países del mundo de, por lo menos, hace doscientos años.

El derecho penal, por ello, puede revestir diversas características según la forma en que es utilizado por el Estado. Éste puede emplearlo “al servicio” del hombre, o “para servirse” del hombre; cuestión que tiene que ver con la *función* que se le atribuye al derecho penal y con los *límites* que puede revestir su utilización. Las corrientes de pensamiento que han estado vigentes durante los siglos XIX y XX (escuelas *clásica* y *positivista*) y han influido en nuestras legislaciones penales, parten de dichas posiciones: o al hombre se le concibe como *persona*, como *fin en sí mismo*, como un *ser capaz y libre*, a cuya naturaleza son inherentes los *derechos humanos* que deben ser observados por el Estado, o se le concibe como una *cosa* o *instrumento* que el Estado puede utilizar para sus propios fines. Estas concepciones han servido de sustento, o bien a Estados liberales y democráticos de derecho o a Estados de corte autoritario o absolutista.²

² Garrarena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1992; Mir Puig, Santiago, “Función de la pena y teoría

De ello dependerá que el derecho penal se sustente en ciertos *principios* que tienen la función de limitar el *ius puniendi* estatal y garantizar la observancia de los derechos humanos, como se plantea en sistemas penales de corte liberal o democrático, o principios que posibilitan un ejercicio menos limitado o sin límites del poder penal más propios de sistemas autoritarios o totalitarios. Entre los principios, propios de sistemas penales de corte liberal y democrático, que tienen la función de limitar el *ius puniendi* y garantizar derechos humanos, destacan los siguientes: el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*); el principio de acto o de conducta (*nullum crimen sine actione*); el principio de antijuridicidad material (*nullum crimen sine iniuria*); el principio de culpabilidad (*nullum crimen nulla poena sine culpa*); el de *presunción de inocencia*, entre otros. Estos principios se vienen planteando desde hace aproximadamente 250 años y son considerados pilares del *derecho penal liberal y democrático*; frente a ellos igualmente se han diseñado otros, vistos como principios opuestos, porque posibilitan un ejercicio sin límites o menos limitado del poder penal, entre los que se citan: el principio de *oportunidad* o de *utilidad*; el principio de *autor*; el principio de *peligrosidad*, y el de *presunción de culpabilidad*, etcétera; considerados, por ello, como propios de sistemas penales autoritarios.

Esos principios, a su vez, pueden tener injerencia desde el momento en que el legislador ejerce la función de generar las normas penales y, por tanto, desde que él da origen a los códigos penales, así como el momento en que el juzgador aplica la ley penal a los casos concretos, al formular sus criterios de interpretación y motivar y fundamentar sus respectivas resoluciones, momentos en los que ellos toman decisiones político-criminales. Con relación a la función que le corresponde al legislador, esos principios pueden orientar su actuación desde el momento de conocer de los conflictos sociales y decidir sobre los medios

del delito en el Estado social y democrático de derecho”, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994; García Rivas, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1996; Stratenwerth, G., “Tendencias y posibilidades de una reforma del derecho penal (a propósito de la reforma alemana del derecho penal)”, *La reforma del derecho penal* (trabajos del seminario hispano-germánico sobre la reforma del derecho penal), Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, mayo de 1979, 1980, pp. 39 y ss.; Martínez, Mauricio, *Estado de derecho y política criminal*, Bogotá, Ed. Jurídicas G. Ibáñez, 1995; Moreno Hernández, Moisés, “El Estado de derecho mexicano”, *Crónica Legislativa*, nueva época, año V, núm. 8, abril-mayo de 1996, pp. 55 y ss.

pertinentes de control; pero, sobre todo al momento de diseñar los tipos penales y las punibilidades, así como de determinar los presupuestos necesarios para la imposición de una pena o de una medida de seguridad; al precisar las formas de realización del delito y, en fin, al determinar los límites de intervención del derecho penal, entre otras cuestiones.

Ahora bien, al referirnos a la orientación filosófica-política y a los principios rectores de la legislación penal mexicana nos limitamos sólo a la legislación penal sustantiva, quedando fuera de consideración los principios que rigen a la legislación procesal penal y a la de ejecución de sanciones. Para ello resulta conveniente hacer alguna referencia breve sobre la vinculación ideológica que ha tenido la legislación penal en nuestro país y el estado que guarda en el momento actual, tomando como punto de referencia el Código Penal de 1931, que aún sigue rigiendo en el ámbito federal. Este Código aparece casi quince años después de que entró en vigor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a la fecha cuenta ya con casi 85 años de existencia; sin embargo, por lo que hace a su orientación filosófica y política habrá que recordar lo que señalaron sus autores, quienes, al plantearse si el Código Penal debería o no estar vinculado a una determinada orientación ideológica, afirmaron que el Código no tenía por qué vincularse a alguna de las orientaciones en aquél entonces en boga,³ en virtud de que, seguramente, ninguna de ellas proporcionaba soluciones adecuadas a los problemas que se le plantean al derecho penal; es decir, que se podría dar origen a un Código Penal totalmente desvinculado de orientaciones filosóficas y políticas; lo que, por supuesto, no era factible, pues no podía generarse un código sin tomar en cuenta antecedentes y elaboraciones teóricas existentes. De ahí que, contra lo afirmado por ellos, se dio origen a una legislación penal en la que están presentes las corrientes de pensamiento entonces en pugna. En efecto, en las primeras décadas del siglo XX revestía una gran novedad en nuestro país, como en la mayoría de los países de América Latina, lo que se llamó la *lucha de escuelas*;⁴ por una parte,

³ Garrido, Luis y Ceniceros, J. A., *La ley penal mexicana*, México, 1934; Teja Zabre, A., “Exposición de motivos del Código Penal de 1931”, *Leyes penales mexicanas*, México, Inacipe, 1979, t. 3, pp. 289 y ss.; Porte Petit, C., *Evolución penal en México*, México, 1965.

⁴ Que en definitiva gira en torno a la toma de postura frente al “libre albedrío”, pero también se trata de una polémica sobre los métodos y fines acerca de la acción

estaba la *escuela positivista* y, por la otra, la llamada *escuela clásica*, de cuyos pensamientos los penalistas y, sobre todo, los legisladores se han visto ampliamente influenciados. Ante la alternativa que ellas planteaban, si bien el legislador de 1931 estableció que ninguna de ellas podría servir de base para la legislación penal mexicana, lo cierto es que del análisis de sus contenidos en el Código Penal (1931) tomó en cuenta las elaboraciones teóricas de una y otra escuela, las cuales tienen que ver con los límites del poder punitivo del Estado, y con el reconocimiento y respeto de los derechos del hombre.

Mientras que los criterios desarrollados por la *escuela clásica* limitan en mayor medida el *ius puniendi* estatal y garantizan con mayor amplitud los derechos humanos, como se deriva de los principios antes señalados,⁵ los cuales se fueron acuñando desde la segunda mitad del siglo XVIII y corresponden a la nueva concepción del Estado, que es el Estado de derecho, así como con el Estado democrático de derecho;⁶ los planteados por la *escuela positivista*, en cambio, entre los cuales se encuentran el principio de *autor* en vez del de *acto*, y el principio de *peligrosidad* o *temibilidad*, en lugar del de *culpabilidad*, responden más a exigencias de sistemas penales propios de Estados autoritarios o totalitarios, en virtud de que “por partir de una concepción distinta del hombre” no garantizan una mayor limitación de la potestad punitiva, sino que posibilitan su ejercicio ilimitado, precisamente por no reconocer ni respetar de manera considerable los derechos humanos. Por razón de lo anterior, tiene importancia el determinar cuáles fueron las influencias que estas corrientes de pensamiento tuvieron en nuestra legislación penal y como ellas han ido modificándose en los últimos tiempos, sobre todo a los alcances del *ius puniendi* y a los presupuestos necesarios para imponer una pena.

No hay duda que el Código Penal Federal de 1931 receptó las influencias de ambas corrientes de pensamiento, pero en algunos aspectos fundamentales prevalecieron las orientaciones positivistas; lo que

del Estado en la represión y en la prevención de la delincuencia. *Cfr.* Bettiol, G. *Instituciones de derecho penal y procesal*, Barcelona, Bosch, 1977, pp. 37 y ss.

⁵ A los que habrá que agregar el principio de legitimidad, el principio del bien jurídico y el principio de *ultima ratio*, entre otros.

⁶ Véase sobre todo esto: Bettiol, G., *op. cit.*, pp. 95 y ss.; Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, “La reforma penal de la ilustración”, *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 11, núms. 41-44, 1988, pp. 231 y ss.; Zaffaroni, E. R., *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1977, pp. 221 y ss.

quiere decir que el legislador de entonces desatendió en cierta medida los lineamientos filosófico-políticos de la Constitución política y se guió más por las corrientes que estaban de moda.⁷ La Constitución política de 1916-1917 establece los lineamientos político-criminales que orientan al sistema de justicia penal y a la legislación penal en nuestro país, los cuales nos indican que la legislación penal mexicana debe revestir características propias del sistema penal de un Estado democrático de derecho, por ser el tipo de Estado que diseña la propia Constitución (artículo 40).⁸ Sin embargo, el análisis del texto original del Código Penal de 1931 muestra la presencia de ciertos principios o criterios que se contraponen a dichos lineamientos constitucionales, como sucede, por ejemplo, con la regulación de la *presunción de intencionalidad*, del *principio de peligrosidad*, así como de la *reincidencia como causa de agravación de la pena* y de la *retención*, que planteaba una gran dicotomía entre la ideología de la Constitución y la ideología originalmente dominante de la legislación penal sustantiva. Sin embargo, debe señalarse que dicho Código penal ha sido objeto de múltiples críticas y ha sufrido en las últimas décadas importantes modificaciones que han afectado su original fisonomía y la han acercado cada vez más a la ideología constitucional, como se desprende de las reformas experimentadas en 1984 y 1994.⁹

En efecto, con las mencionadas reformas se logró, paulatinamente:

1) erradicar la *presunción de intencionalidad*, que contenía el origi-

⁷ Zaffaroni, E. R., “La ideología de la legislación penal mexicana”, *Revista Mexicana de Justicia*, vol. VIII, núm. 2, 1985, pp. 45 y ss.; Moreno Hernández, Moisés, “Algunas consideraciones sobre las reformas a la parte especial del Código penal”, *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, PGR, 1984, pp. 375 y ss.; “Orientaciones político-criminales de las recientes reformas al Código Penal del Distrito Federal”, *Revista del ILANUD*, año 8, núms. 21 y 22, pp. 33 y ss.; “Presente y futuro de la legislación penal”, *Hacia el derecho penal del nuevo milenio*, México, PGR, 1993, pp. 221 y ss.

⁸ Moreno Hernández, Moisés, “El sistema de justicia penal en México”, *Aequitas*, segunda época, núm. 21, agosto de 1994, pp. 3 y ss.

⁹ Sobre las reformas de 1994 al Código Penal Federal, véanse las diversas ponencias presentadas por Olga Islas de González Mariscal, Moisés Moreno Hernández y Fernando Gómez Mont, entre otros, en el foro organizado por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en “La importancia y perspectivas de las reformas penales”, México, PGJDF, 1994, pp. 99 y ss., así como las presentadas en las mesas redondas organizadas por la Academia Mexicana de Ciencias Penales y la Barra Mexicana Colegio de Abogados, *Criminalia*, 1994.

nal artículo 9o. del Código Penal, y se dio entrada al principio de *presunción de inocencia*; 2) desechar el criterio de la *ignorantia legis non excusat* y del *error iuris nocet*, que partían de la idea de que todo individuo, por el hecho de vivir en sociedad, conoce la ley y, consecuentemente, nadie puede alegar ignorancia o desconocimiento de su existencia o de sus alcances; 3) se reguló por primera vez el *error*, sobre todo el *error de derecho*, como causa de exclusión o de atenuación de la responsabilidad, permitiendo ahora distinguir entre *error de tipo* y *error de prohibición*, vencible e invencible (artículo 15, fracción VIII); 4) se introdujeron *sustitutivos de la pena de prisión*, como el trabajo en favor de la comunidad, el tratamiento en libertad y la semilibertad (artículos 27 y 70); 5) se excluyó la regulación de la *retención*, así como la de la *reincidencia* como causa de agravación de la pena, y 6) se reguló expresamente el *principio de culpabilidad*, entre otros.

2. La recepción de los principios liberales en el Código Penal

Al hacer el análisis de la regulación del *delito* en el Código Penal de 1931, desde la perspectiva político-criminal, lo haré atendiendo en primer lugar a los principios de corte liberal y democrático, que —como se ha dicho— cumplen o tratan de cumplir la *función* de establecerle límites a la potestad punitiva (*ius puniendi*) del Estado y garantizar los derechos humanos frente al ejercicio del poder penal, y que son los principios que expresa o tácitamente ha consagrado la Constitución federal, para ver qué tanto el Código Penal de 1931 los ha receptado o no; pero, al hacerlo, igualmente se verá si la legislación penal mexicana se ha basado en algún principio opuesto a la ideología constitucional. Lo anterior, porque la consideración de los principios tiene importancia para determinar cuáles son los *presupuestos* de la pena, así como saber cuáles son los *elementos del delito* que habrá que constatar para afirmar la existencia de éste.

A. Principios de legalidad y de acto

Con independencia de si el legislador mexicano (de 1931) al generar el Código Penal tomó o no en cuenta dichos principios, es decir, si

fueron o no los que orientaron su proceder, lo cierto es que al establecer en el artículo 7o. un concepto general de delito (“delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”), adoptó con él la base que se deriva, por una parte, del principio de legalidad, en el sentido de que sólo podrá ser delito lo que la ley establezca como tal: “lo que la ley sancione como tal” (*nullum crimen sine lege*); y, por otra, que el delito sólo puede consistir en una conducta humana, en una acción o en una omisión (*nullum crimen sine conducta*); con lo que, el contenido del artículo 7o., lejos de pretender dar una definición acabada de lo qué es el delito, lo que destaca es la vigencia de dos principios fundamentales característicos del derecho penal de corte liberal y democrático: el de *legalidad* y el de *conducta o acto*. Este contenido del artículo 7o., que parece inocuo y, sin embargo, ha sido objeto de diversas opiniones con relación al concepto de delito, sirve de punto de referencia para el diseño de los *tipos penales* en particular.

En efecto, el *principio de legalidad* no sólo exige que los órganos del Estado ajusten el ejercicio de su poder penal a lo establecido por la ley (fundamental), sino también que la propia ley penal que se origina en el ejercicio de ese poder penal legislativo esté diseñada con claridad y precisión, de suerte que de su contenido se derive seguridad jurídica para los individuos.¹⁰ Es decir, este principio exige que los *tipos penales* estén redactados de tal manera cuyo contenido ofrezca seguridad jurídica para los destinatarios de la norma penal; de ahí se deriva que los tipos penales deben ser *determinados y cerrados*, y de ahí que no sean admisibles los tipos *indeterminados* o los tipos *abiertos*, porque ellos provocan inseguridad jurídica.¹¹ No obstante, no todos los tipos penales que se encuentran en el libro segundo del Código Penal, o los de las leyes penales especiales o en leyes penales generales que se ocupan de cierto grupo de delitos, cumplen con las exigencias del principio de legalidad. Así, cabe señalar que con relación al Código Penal Federal eran aplicables, por una parte, aquellas

¹⁰ Lo anterior quiere decir que no basta el aspecto formal, esto es, que la ley se haya originado ajustándose a los pasos del proceso legislativo que marca la Constitución, sino que es necesario atender al contenido de la propia ley, del que se derivará si esa ley responde o no a exigencias propias de Estados democráticos de derecho.

¹¹ Por razón de este principio, además, se prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio de persona alguna; asimismo, queda prohibido imponer por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata (artículo 14 constitucional).

aseveraciones de la doctrina, de que la existencia de ciertos *tipos abiertos* planteaba la no observancia plena del principio de legalidad, porque gran parte de la materia de regulación penal no se describía legalmente en el tipo penal; tal era el caso de los *delitos culposos*, que hasta principios de 1984 no se encontraban precisados los requisitos que debería tomar en cuenta el juzgador para afirmar su existencia y sancionarlos.¹² Con las reformas al Código Penal que entraron en vigor en abril de 1984 se subsanó este problema, al establecerse en el párrafo segundo del artículo 9o. lo que debía entenderse por una *conducta culposa* y los requisitos necesarios para ello;¹³ de todos modos, la fórmula general permite que sea el juzgador el que determine, por ejemplo, en qué consiste el “deber de cuidado” que el sujeto debía observar en el caso concreto y si hubo o no violación del mismo. Asimismo, obedeciendo a exigencias de seguridad jurídica, con las reformas de 1994 se adoptó el criterio político-criminal del *numerus clausus* respecto de la punibilidad del delito culposo, como se precisó en el párrafo segundo del artículo 60.¹⁴

Pero el mismo problema de legalidad se podía afirmar por lo que hace a la regulación del *delito doloso*, pues de acuerdo con la fórmula original el Código Penal Federal tampoco precisaba qué debía entenderse por una “conducta dolosa”, que pudiera servir de base al juzgador para que en el caso concreto afirmara su existencia e impusiera pena por ello, pues el artículo 8o. del Código Penal sólo establecía que los delitos podían ser *intencionales* o *no intencionales*, sin dar mayores detalles sobre sus requisitos. Si bien con relación a esta figura la doc-

¹² En efecto, conforme a la regulación original, el artículo 8o. establecía que: “Los delitos pueden ser: I. Intencionales, y II. No intencionales o de imprudencia”. Además, señalaba: “Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional”.

¹³ El actual párrafo segundo del artículo 9o. establece: “Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”.

¹⁴ Dicho párrafo segundo precisó que: “Las sanciones por delito culposo sólo se impondrán con relación a los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199 bis, 289 parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397 y 399 de este Código”. Por lo tanto, cualquier otro delito, aunque fácticamente puedan concretizarse de manera culposa, no será punible dicha forma de realización; lo que, sin duda, era acorde con los planteamientos político-criminales del principio de intervención mínima del derecho penal.

trina penal no había cuestionado su legalidad en cuanto a los requisitos que lo conformaban, era evidente que también se trataba de un tipo abierto. Por su parte, el artículo 9o. indicaba que en todo caso “la intencionalidad delictuosa se presume salvo prueba en contrario”; lo que posibilitaba que, en la mayoría de los casos, con la sola presunción se sancionara al delito doloso, es decir, sin haber acreditado la existencia del dolo. De acuerdo con esta presunción, al imputado correspondía la carga de probar lo contrario, es decir, de probar su inocencia; si no lo hacía se confirmaba su intencionalidad delictuosa y, consecuentemente, su culpabilidad,¹⁵ aún sin determinar en qué consistía aquélla. Ante las observaciones críticas que se formularon a esta regulación, el problema se superó formalmente con la reforma de 1984, ya que se precisó en el párrafo primero del artículo 9o. del Código Penal qué debe entenderse por una *conducta dolosa* y cuáles son los requisitos que deben concurrir para su afirmación, precisándose, además, el objeto del conocimiento como uno de los aspectos de la conducta dolosa y posibilitándose la distinción entre el dolo directo y el dolo eventual, para los efectos de la sanción, según la intensidad de la voluntad del sujeto; fórmula que todavía alcanzó una mayor precisión con la reforma de 1994 al mismo artículo 9o.¹⁶

Finalmente, atendiendo a las exigencias del principio de legalidad, también se reguló el delito de *comisión por omisión* o de *omisión impropia*, ya que igualmente hubo la necesidad de establecer la base para responsabilizar y sancionar a quienes “omiten evitar la producción de un resultado típico”, cuya producción en principio es atribuible a una acción. Se afirmaba que si el juez imponía una sanción penal al que omitía evitar un resultado penalmente relevante violaba el principio de legalidad, precisamente porque dicha forma de realización de la conducta no estaba prevista en la ley. Es así como con la reforma penal

¹⁵ Esta consecuencia era así porque para entonces, tanto para la doctrina penal como para la jurisprudencia en materia penal, la intencionalidad no era otra cosa que el *dolo*, y el dolo era tratado ya sea como una especie, una forma o un elemento de la culpabilidad; por lo que, presumir el dolo implicaba presumir la culpabilidad del sujeto.

¹⁶ Establece el actual párrafo primero del artículo 9o.: “Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito *por la ley*”. Se trata, en realidad, de una regulación clara y precisa que proporciona al órgano del Estado (Ministerio Público y juzgador) elementos adecuados para poder afirmar la existencia de uno de los requisitos necesarios que dan contenido al injusto penal.

de 1994 se reguló el delito de “comisión por omisión” en el artículo 7o. del Código Penal,¹⁷ agregando un párrafo segundo.

Por lo que hace al *principio de acto o de conducta*, éste tiene como función político-criminal evitar que se sancione penalmente otra cosa que no sea una conducta humana, por lo que las normas penales únicamente pueden prohibir u ordenar conductas humanas (acciones u omisiones)¹⁸ y al sujeto sólo se le puede imponer una pena o medida de seguridad “por lo que él hace” y no “por lo que él es”;¹⁹ se rechaza, entonces, que las normas penales puedan prohibir u ordenar meros estados o situaciones de la persona o meras formas de conducir su vida.

Por otra parte, la observancia del *principio de acto* nos lleva a adoptar un *derecho penal de acto* en lugar de un “derecho penal de autor”, pues aquél es más propio de un sistema penal de corte democrático. Sin embargo, un ejemplo claro de no observancia del principio de acto en el que se adopta un criterio propio del “derecho penal de autor”, no obstante lo previsto por el artículo 7o. del Código Penal, lo constituye la figura de *la vagancia y la malvivencia*, que más que regular una conducta humana, regulaba una “forma de conducir su vida” de la persona, pero que afortunadamente salió del Código con las reformas de 1994, con lo que el Código Penal de 1931 se ajustó a las exigencias del *derecho penal de acto*.

Ciertamente, la importancia político-criminal que tiene el párrafo primero del artículo 7o., además de hacer referencia al principio de legalidad, es plasmar el *principio de acto*, al establecer que el delito sólo lo puede ser una acción o una omisión; lo que, sin duda, garantiza

¹⁷ Cuyo párrafo segundo establece: “En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente”.

¹⁸ Welzel, H., *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. de Cerezo Mir, Barcelona, 1964, p. 30; Kaufmann, Armin, “La función del concepto de acción en la teoría del delito”, *Revista Jurídica Veracruzana*, núms. 1 y 2, 1974, pp. 51 y ss.

¹⁹ Por ello, en el sistema penal de los Estados democráticos de derecho debe prevalecer un “derecho penal de acto” y no un “derecho penal de autor”; este último es más propio de sistemas autoritarios. Cfr. Rodríguez Mourullo, G., *Derecho penal, parte general*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 50 y s.; Paulino Mora, Luis y Navarro Solano, Sonia, *Constitución y derecho penal*, San José, 1995, pp. 90 y ss.

que a nadie se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por su mera situación personal o forma de conducir su vida. La cuestión de determinar en qué sentido habrá que entender a la acción y a la omisión es un problema que corresponde esclarecerlo a la dogmática penal²⁰ y a la teoría del delito; pero es en ese punto donde tiene importancia el criterio dogmático que se siga, para explicar el contenido y alcances del objeto de regulación penal, pues de él dependerá que el principio realmente limite, o no, la potestad punitiva del Estado.

B. Principio de tipicidad

Derivado del principio de legalidad se encuentra el de la *existencia previa de los tipos penales*, los cuales tienen la función de describir la materia de regulación de las normas penales; es decir, de describir la conducta que la norma penal prohíbe u ordena y que constituye un requisito necesario para poder hablar de un delito. Y, para poder hablar de pena, uno de sus primeros presupuestos lo es la *tipicidad*, o sea, la concretización de todos y cada uno de los elementos del tipo penal, que exige que el órgano encargado de aplicar la ley acredite la existencia de tales elementos señalados en la descripción legal y considere únicamente como delito al hecho que los reúna y así poder concretizar la amenaza penal.²¹ La observancia del principio de tipicidad a nivel

²⁰ La dogmática penal ha desarrollado diversos conceptos de acción o conducta humana para determinar qué es lo que debe constituir el objeto de regulación de las normas penales y la base para la estructura del delito, destacando el concepto *causal* o *naturalístico*, el concepto *social* y el concepto *final* de acción, de cuyas estructuras se derivaron consecuencias importantes para el concepto y estructura del delito. Cada uno de esos conceptos de acción ha sido desarrollado a partir de determinadas concepciones filosóficas, políticas y científicas, que fueron determinando su contenido; algunos corresponden más a ideologías autoritarias y otros a ideologías democráticas, que mucho tienen que ver con los alcances de la potestad punitiva del Estado. Por lo que resulta necesario conocer tales vinculaciones para optar por uno u otro concepto, sobre todo cuando a él se relacionan funciones sistemáticas y político-criminales. Sobre el particular existe un amplísimo material bibliográfico que se ha generado durante un periodo de más de cien años.

²¹ Por ello, es realmente importante la razón que tuvo el Constituyente de 1993 al precisar en los artículos 16 y 19 de la Constitución los requisitos para la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, respectivamente, sustituyendo la expresión “cuerpo del delito” por la de “elementos del tipo penal”, ya que ésta ofrece mayor

formal parece obvia, si tomamos en cuenta los propios contenidos de la ley, de donde se desprende que no podrá afirmarse la existencia del delito sino se acredita la existencia de los elementos del tipo, como puede derivarse de la interpretación lógica de los contenidos de los artículos 7o., 8o., 9o. y 15 del Código Penal, sobre todo de este último, cuya fracción II expresamente establece que no habrá delito si “falta alguno de los elementos del tipo del delito de que se trate”.

Ciertamente, a diferencia del Código Penal para el Distrito Federal (en adelante CPDF) de 2002 y que expresamente regula el *principio de tipicidad* (artículo 3o.), el Código Penal Federal de 1931 no lo establece de manera expresa en sus disposiciones generales; sin embargo, no puede decirse que el legislador lo haya desconocido y haya partido de otra idea para la imposición de una pena. Para la imposición de una pena deben acreditarse los *elementos del tipo penal*, con independencia de cuáles sean estos. Cuando los principios no se establecen de manera positiva en el Código Penal, ellos pueden también construirse a través de la interpretación de los contenidos expresados negativamente, de los que hacen referencia a la exclusión de algún presupuesto de la pena. Por ello, la observancia de este principio puede construirse dogmáticamente a partir de la consideración de reglas generales contenidas en el artículo 15, COF (II), así como de los tipos penales en particular. Como se ha dicho, con la reforma de 1984 se incluyó como causa de exclusión del delito la “falta de alguno de los elementos del tipo penal” y se estableció que para la imposición de una pena deben acreditarse todos y cada uno de los elementos del tipo penal, es decir, debe acreditarse la *tipicidad* de la conducta.

seguridad jurídica, pero es igualmente importante lo que hizo el legislador secundario con la reforma procesal penal de 1994, que precisa cuáles son esos elementos del tipo penal. En efecto, a raíz de las reformas de 1993 a los artículos 16 y 19 constitucionales se reformaron en 1994 los códigos de procedimientos penales, para precisar cuáles son los *elementos del tipo penal* que al Ministerio Público corresponde acreditar, como una de las bases para el ejercicio de la acción penal, y al juzgador examinar para su respectiva resolución. En el listado que se hace de tales elementos, la legislación procesal adoptó el criterio de que el dolo y la culpa, entre otros, son partes integrantes del tipo penal; con lo que provocó cierto trastorno para quienes siempre habían pensado que tales elementos subjetivos sólo correspondían ser analizados en el ámbito de la culpabilidad; planteándose la necesidad de su explicación sistemática y político-criminal.

C. Principios del bien jurídico y de la antijuridicidad material

El principio del bien jurídico tiene que ver, en primer lugar, con la función que le corresponde al derecho penal y, por tanto, a las normas penales. Según la opinión teórica más tradicional, y aún más seguida por la doctrina actual, el derecho penal tiene la función de *proteger bienes jurídicos*;²² para otro sector doctrinal más reciente, en cambio, se considera que el derecho penal no tiene por función proteger bienes jurídicos, sino *reafirmar la vigencia de la norma*.²³ La primera opinión teórica, a su vez, considera que el bien jurídico funge como *fundamento* y como *límite* del derecho penal y del sistema penal de Estados democráticos de derecho; estableciéndose el principio del bien jurídico como un principio esencial del derecho penal liberal y democrático, que es el principio que aquí se adopta.

Por razón de lo anterior, el principio del bien jurídico rige tanto para la función que desarrolla el legislador como para la del juzgador en el ámbito del sistema penal; vincula a ambos, en tanto que tienen injerencia en decisiones político-criminales en materia de justicia penal. A nivel legislativo, este principio exige al legislador que, al hacer sus regulaciones penales, no debe prohibir u ordenar conductas humanas si no existe de por medio un bien jurídico para proteger; en otros términos, los tipos penales sólo se legitiman o justifican en la medida en que con ellos se trata de proteger un determinado bien jurídico; por ello, la consideración del bien jurídico constituye la razón de ser de los tipos penales y de todo el derecho penal. Pero, por otra parte,

²² Kaufmann, Armin, “La misión del derecho penal”, *Política criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982, pp. 118 y ss.; Jescheck, H. H., *Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft*, 1980; Amelung, K., “Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft”, Frankfurt, 1972; Polaino Navarrete, M., “El bien jurídico en el derecho penal”, Universidad de Sevilla, Serie derecho, núm. 19, 1974; Rudolphi, H. J., “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, año 4, núm. 7, julio-septiembre de 1975, pp. 329 y ss.; Moreno Hernández, M., “Penalización y despenalización en la reforma penal: importancia del principio del bien jurídico en la creación de los tipos penales”, *Criminalia*, México, año LIX, núm. 2, mayo-agosto de 1983, pp. 66-70; Peña Cabrera, Raúl, “Bien jurídico y relaciones sociales de producción”, *Debate Penal*, Lima, año 1, núm.2, mayo-agosto de 1987, pp. 133 y ss.

²³ Jakobs, Günther, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, *El funcionalismo en el derecho penal (libro homenaje al profesor Jakobs, Günther)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 41 y 42.

según el principio de *ultima ratio* o de *intervención mínima* del derecho penal, a éste no le puede corresponder la protección de todos los bienes jurídicos, sino sólo aquellos que sean de fundamental importancia para la vida ordenada en comunidad; por lo que, el legislador debe hacer previamente una especie de jerarquización de los bienes que requieren protección y así determinar cuáles justifican la intervención del derecho penal y cuáles pueden ser protegidos por otras áreas del derecho. A partir de esto y de la consideración de las formas de afectación de dichos bienes, habrá entonces que analizar si los tipos penales contenidos en el CP —o en leyes penales especiales— toman como punto de referencia este principio y si todos los bienes jurídicos en ellos considerados y las formas de su afectación justifican o no la intervención penal. Esta consideración ha determinado que diversas figuras delictivas se eliminaran del Código Penal, pero en su lugar un mayor número de otras fueron introducidas, sin que para ello se haya partido de la idea de que sólo los bienes de fundamental importancia deben ser protegidos por el derecho penal. Tampoco ha sido ese el criterio que ha determinado la agravación de la pena en ciertos casos, o que se nieguen beneficios procesales o penitenciarios en otros. Existen, por otra parte, diversos tipos penales en los que no resulta fácil determinar cuál es el bien jurídico que se trata de proteger, y otros en donde se trata de bienes difusos o colectivos,²⁴ como es el caso de los delitos ambientales o los que se hacen valer en materia de delincuencia organizada.

Por ello, los principios del *bien jurídico*, de *conducta* y de *ultima ratio* tienen una muy estrecha relación, ya que ellos determinan con precisión los alcances y ámbitos de intervención del derecho penal; asimismo, tienen la función de precisar los contenidos de los tipos penales, determinando las formas de su afectación y las formas de reacción frente a las conductas que los afecten, así como otros requisitos que servirán de presupuestos para la sanción penal.

Ahora bien, si se parte de la base de que la *misión* fundamental del derecho penal lo es precisamente la *protección de bienes jurídicos*, la realidad social actual nos muestra que esos bienes jurídicos no son oportuna y debidamente protegidos; lo que, a su vez, muestra la *crisis* de la función instrumental del derecho penal. Pero, por otra parte, también se observa en los últimos tiempos que empiezan a proliferar

²⁴ Bustos Ramírez, Juan, “Los bienes jurídicos colectivos”, en Bustos Ramírez, Juan, *Control social y sistema penal*, Barcelona, PPU, 1987, pp. 181 y ss.

en las legislaciones penales los llamados delitos de *peligro abstracto*; lo que trae como efecto una *extensión* o *expansión* del derecho penal. Ambas situaciones son razones suficientes para cuestionarnos si el *principio del bien jurídico* es realmente el que orienta al sistema penal de ahora, o si, por el contrario, solamente se le utiliza como un mero pretexto, con una función simbólica, para hacer uso del derecho penal y de todo el sistema penal, con la finalidad de mantener un determinado estatus a través del ejercicio del poder penal.²⁵

Lo anterior implica que la vigencia del *principio del bien jurídico* es puesto en tela de juicio, de la misma manera que sucede con otros principios fundamentales, como el de legalidad y de culpabilidad, que son considerados pilares del derecho penal de corte liberal y democrático. Por lo que también habrá que cuestionarnos si no vale la pena buscar las alternativas para que esos principios realmente alcancen sus objetivos, o dejar que las tendencias nos arrastren a esquemas autoritarios.

Se establece, por una parte, que en ningún caso deberá imponerse pena alguna si no es por la realización de una conducta que haya lesionado o, por lo menos, puesto en peligro un determinado bien jurídico (*nullum crimen, nulla poena sine iniuria*). Es lo que se conoce como *principio de antijuridicidad material* o principio de *lesividad*, que es una derivación o complemento del principio del bien jurídico. Puede decirse que, al igual que éste, el *principio de antijuridicidad material* no se encuentra expresamente señalado en el Código Penal de 1931, como sí lo hace el CPDF (2002). Pero es claro que está presente en los contenidos del propio Código Penal; pues es evidente que no podrá afirmarse la existencia de un delito si no existe la “afectación de un bien jurídico”, la cual puede manifestarse a través de la *lesión* o de la *puesta en peligro* del bien jurídico que en cada tipo penal se trata de proteger.

Por ello, así como no es admisible la existencia de un tipo penal, sino existe de por medio un bien jurídico que proteger, tampoco es admisible la afirmación de un delito y la imposición de una pena o de una medida de seguridad si no existe de por medio un bien jurídico que haya sido lesionado o, al menos, puesto en peligro.

²⁵ Véase sobre esto, Baratta, Alessandro, “Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, vol. VIII, núm. 3, julio-septiembre de 1990, pp. 19 y ss.

D. Principio de culpabilidad

El *principio de culpabilidad*, columna vertebral del moderno derecho penal, establece que “a nadie se le impondrá pena alguna si no se demuestra previamente su culpabilidad con relación al hecho cometido”; es decir, “no hay pena sin culpabilidad”; por otra, que “la medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto”, esto es, el límite de la pena no deberá rebasar el límite de la culpabilidad. Por ello, se ha considerado que la culpabilidad constituye tanto un *fundamento* como un *límite* de la pena.²⁶ Estrechamente vinculado con este principio se encuentra el *principio de presunción de inocencia*, que atribuye al órgano del Estado la carga de probar la culpabilidad del autor de la conducta antijurídica, y que mientras aquél no demuestre su culpabilidad se le tendrá por inocente.

No obstante que la Constitución federal es caracterizada como una Constitución liberal, que además establece las bases de un Estado democrático de derecho, no consagró de manera expresa el principio de culpabilidad; tampoco lo hizo el Código Penal de 1931. En cambio, dicho principio se encuentra previsto en instrumentos internacionales que México ha suscrito, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración de San José, que en términos del artículo 133 de la Constitución política constituyen la ley suprema de toda la Nación; por lo que, puede decirse que es acorde con la ideología constitucional y que puede ser alegado a favor del inculpado.

El CP de 1931, como se ha dicho, no plasmó de manera expresa el principio de culpabilidad ni como fundamento ni como límite de la pena; por el contrario, en su versión original adoptó el *principio de peligrosidad* o de *temibilidad*,²⁷ como se desprende sobre todo del artículo 52 de dicho Código, que se refiere a las reglas generales de

²⁶ Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, Reus, 1981; Stratenwerth, Günter, *El futuro del principio de culpabilidad*, trad. de E. Bacigalupo, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, LXXX, 1980; Córdoba Roda, Juan, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, Bosch, 1977; Gómez López, J. Orlando, *Culpabilidad e inculpabilidad*, Bogotá, 1996; Paulino Mora, Luis y Navarro Solano, Sonia, *Constitución y derecho penal*, San José, 1995, pp. 87 y ss.; Vela Treviño, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad*, México, Trillas, 1977; Moreno Hernández, Moisés, “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad”, *El poder penal del Estado*, (homenaje a Hilde Kaufmann), Buenos Aires, Depalma, 1985, pp. 385 y ss.

²⁷ Que es más propio de sistemas penales autoritarios.

aplicación de las sanciones. Es decir, no obstante la importancia de ese principio, el legislador de 1931 se dejó llevar más por la influencia *positivista*, entonces en gran auge, que por los lineamientos constitucionales; adoptó el criterio político-criminal que se basa en la idea de que *el hombre no es libre*, sino que está *determinado* por los factores que influyen en él y, por ello, representa un *peligro* para la sociedad. De ahí que el principio de *peligrosidad* del autor y la exigencia del *tratamiento* constituyen la base del sistema penal mexicano; lo que, al lado de otros criterios y principios adoptados, trae como consecuencia que en el Código Penal coexistan posiciones ideológicas encontradas, y de ahí que al Código se le caracterice como *ecléctico*.

Fue apenas con la reforma de 1994 al Código Penal Federal, que se erradicó de la legislación penal el *principio de peligrosidad*, y en su lugar se introdujo el *principio de culpabilidad*, como puede verse en el actual texto del artículo 52; así, igualmente se avanzó en el proceso de democratización del derecho penal en México.

3. Las reformas de 1983/84 y 1994 al Código Penal Federal

Con las reformas de 1983, 1984 y 1994 el Código Penal adoptó criterios político-criminales acordes a exigencias democráticas y ofreció mejores bases para una aplicación racional de la ley penal, así como bases más precisas para un desarrollo dogmático coherente en torno al delito. Sin entrar a su análisis detallado por ahora,²⁸ a continuación sólo se señalan las importantes reformas que se relacionan con el concepto general del delito, sus elementos y sus formas de realización, de las cuales algunas ya han sido referidas en párrafos anteriores.

A. Las reformas de 1984 al Código Penal Federal en torno al delito

Entre las importantes reformas que entraron en vigor a principios de 1984 y que tienen que ver con el *delito* en términos generales, resaltan las siguientes:

²⁸ De ello ya nos hemos ocupado en otras ocasiones, por lo que remitimos a trabajos anteriores.

- La *supresión de la presunción de intencionalidad delictuosa* y, como consecuencia de ello, se desterró el dogma draconiano *ignorantia legis non excusat, error iuris nocet*, que niega todo poderío eximente al llamado error de derecho (artículo 9o.).
- La regulación y precisión de los requisitos de la *conducta dolosa* y la *conducta culposa* (artículos 8o. y 9o.).
- La regulación del *error* como causa de exclusión o de atenuación de la responsabilidad, incluyendo el *error de tipo* y el *error de prohibición* (artículo 15, VIII).
- Se precisa la regulación de la *autoría* y la *participación* (artículo 13).
- Se precisan las fórmulas de algunas *causas de exclusión del delito o de la responsabilidad* (artículo 15).
- La inclusión de *sustitutivos de la pena de prisión* y el criterio de los *días de multa*.
- La derogación de la figura de la *retención*.
- La ampliación de la *querrela* para un mayor número de delitos.
- Así como algunas *precisiones técnicas*, entre otras.

B. Las reformas penales de 1985 y 1986

En 1985 y 1986 también hubo reformas al Código Penal, entre las que destacan: la precisión de la fórmula de la *tentativa*, y se regula el *desistimiento* y el *arrepentimiento activo* (artículo 12); asimismo, se perfeccionan los alcances de algunas *excluyentes de responsabilidad* (artículo 15) y de la *prescripción*.

C. Las reformas penales (y procesales) de 1994

En enero de 1994 se publicaron reformas al Código Penal Federal que obedecían a la necesidad de ajustar los códigos a los nuevos contenidos de la Constitución Política²⁹ y de introducir nuevos criterios político-criminales y dogmáticos; entre ellas resaltan:

²⁹ Que se introdujeron con las reformas constitucionales de 1993, particularmente a los artículos 16 y 19, que tienen que ver con los *requisitos materiales* de la orden de aprehensión y el auto de formal prisión.

- La regulación de la figura de la *omisión impropia o comisión por omisión* (artículo 7o.).
- Mayor precisión de lo que debe entenderse por una *conducta dolosa* y una *conducta culposa* (artículos 8o. y 9o.).
- Con relación a la *conducta dolosa*, se precisan los alcances del *aspecto cognoscitivo*, quedando fuera de él la llamada *consciencia de la antijuridicidad*; y, por lo que hace al aspecto *volitivo*, se posibilita distinguir el *dolo directo* del *dolo eventual*.
- Lo propio sucede con la *conducta culposa*, al agregarse el elemento de *previsibilidad*, que permite distinguir la *culpa con representación* de la culpa *sin representación*, así como distinguir entre culpa consciente y dolo eventual.
- Una más clara regulación de la *tentativa punible* (artículo 12) y de las formas de *autoría y participación* (artículo 13), estableciéndose con relación a esta última figura que “cada uno de los participantes responderá en la medida de su propia culpabilidad”.
- Se reestructura el catálogo de *excluyentes de responsabilidad*, ahora con el rubro de *causas de exclusión del delito* (artículo 15).
- Se estableció como nuevo criterio para la *individualización judicial de la pena* el de la *culpabilidad* del sujeto (artículo 52), entre otras.

III. ASPECTOS DOGMÁTICOS DE LA REGULACIÓN DEL DELITO EN EL CÓDIGO PENAL

1. Cuestión previa

Ahora bien, al analizar el concepto del delito desde la *perspectiva dogmática*, se debe primeramente cuestionar si el legislador, al momento de generar un código penal y establecer en él lo que es el *delito* en términos generales, sus elementos y sus formas de realización, así como los presupuestos necesarios para la imposición de una pena, debe o no adoptar una determinada concepción teórica sobre el particular y así plasmarla en la ley penal. Es decir, si para definir lo qué es el delito, en términos generales, y cuáles son sus elementos, el legislador debe señalar en su exposición de motivos que se basa en el criterio teórico

de una determinada concepción, de los distintos que se han elaborado por la dogmática penal, y así expresarlo en los contenidos de la ley, o si él debe hacer sus regulaciones de manera tal, cuyos contenidos en todo caso respondan, en primer lugar, a ciertas exigencias político-criminales y, en segundo, que a la hora de la interpretación de sus diferentes contenidos permita la utilización de los criterios teóricos elaborados por la doctrina penal para lograr una aplicación racional de la legislación penal a los casos concretos.

En torno a esta cuestión, resulta más recomendable la segunda opción, esto es, que el legislador no tenga que ceñirse a una determinada construcción teórica, aun cuando al momento de legislar dicha construcción sea la más aceptada en la doctrina penal, porque la dogmática penal y la teoría del delito están en constante evolución, y puede suceder que al poco tiempo de aparecer la ley penal, la concepción teórica dominante haya dejado de serlo, al aparecer criterios más avanzados o de mayor consistencia; en cuyo caso la legislación penal quedaría también rebasada desde la perspectiva teórica.

A diferencia de algunos códigos penales de los estados, el Código Penal Federal no incluye expresamente un *concepto general del delito*, en el sentido como ha sido elaborado por la dogmática penal o la teoría del delito, sino que se limita a señalar en diversos artículos de la parte general ciertos datos que son necesarios para afirmar la existencia del delito, así como aquellos que indican las causas de inexistencia o exclusión del mismo. Ese modelo seguido por el Código Penal permite que, a partir del análisis sistemático de sus contenidos, se pueda construir el *concepto general del delito*, determinar cuáles son sus elementos genéricos y los específicos, así como las distintas formas de realización del delito, según la consideración de los elementos objetivos o subjetivos del tipo penal, entre otras cuestiones.

Lo anterior por supuesto, no excluye que, al determinar los presupuestos de la pena y demás cuestiones relacionadas con el delito y plasmarlos en la ley penal, el legislador tome en consideración las aportaciones de la dogmática penal para darle claridad y sentido a sus diversas fórmulas legislativas; pero, al hacerlo, debe procurar seguir aquellas que se correspondan con la base e ideología político-criminal que ha adoptado como criterio orientador de la legislación, buscando siempre que haya congruencia interna.

2. La importancia del análisis sistemático del concepto de delito y su relación con la política criminal

Afirmar la existencia de los presupuestos de la pena implica afirmar todos y cada uno de los *elementos del delito* y, por ende, del *delito* mismo. Pero, ¿qué es el *delito* y cuáles son sus *elementos* según el Código Penal? Es con relación a esta cuestión que entran en consideración, en primer lugar, los aspectos de la *política criminal*, de los que nos hemos ocupado en el punto anterior, y, en segundo, los aspectos de *dogmática penal*. Los primeros, como se ha dicho, para ver si los criterios adoptados por el legislador responden a exigencias de sistemas penales propios de Estados democráticos de derecho o a sistemas de corte autoritario; mientras que los aspectos dogmáticos sirven también para ver que los criterios teóricos puedan igualmente conducir a soluciones acordes a exigencias democráticas, o a que respondan a exigencias de corte autoritario. Lo anterior quiere decir que tanto la política criminal como la dogmática penal pueden responder a exigencias democráticas o a necesidades autoritarias; en otros términos, así como existen políticas criminales de corte democrático o de corte autoritario, de igual forma, la dogmática penal puede vincularse en una base ideológica que responda a exigencias democráticas o autoritarias y, por tanto, puede servir de base para una política criminal democrática o autoritaria.

Lo que importa, entonces, es saber qué se quiere con cada una de ellas en un determinado contexto histórico, social y político. Si lo que se busca es fortalecer el Estado de derecho y su sistema de justicia penal, ello obliga a saber cuál construcción teórica está en mejores condiciones de lograrlo.

Los principios fundamentales antes señalados: *nullum crimen sine lege*, *nullum crimen sine actione*, *nullum crimen sine iniuria*, *nullum crimen sine culpa*, entre otros, proporcionan las bases para construir tanto legislativa como dogmáticamente, el concepto general de *delito*, así como determinar cuáles son sus elementos, sus formas de realización, quiénes lo cometen o participan en su comisión (autores y partícipes), y cuál es la naturaleza de las causas de exclusión del delito, entre otras cuestiones. La dogmática penal en torno al delito se ocupa precisamente de realizar esa tarea que tiene que ver con el *concepto general* y los elementos del delito, a partir del análisis sistemático de los respectivos contenidos de la parte general del Código Penal. De dicho análisis se establece, también, cuáles son las *formas* en que el delito se puede cometer (por acción o por omisión, dolosa

o culposamente, de manera consumada o tentada, etcétera), así como *quiénes* lo cometen o participan en su comisión y las formas en que se puede participar en la comisión del delito (autores y partícipes). Igualmente, la teoría del delito se ocupa de desarrollar sistemáticamente los supuestos y las causas por las que el delito y cada uno de sus elementos se puede excluir o atenuar, lo que traerá como consecuencia que la pena también se excluya o se atenúe.

Con las reformas que el Código Penal Federal ha experimentado en las últimas décadas del siglo XX, como las señaladas de 1983, 1984 y 1994, se adoptaron criterios político-criminales más acordes a exigencias democráticas y, por ello, se ofrecen mejores bases para un desarrollo dogmático coherente que pueda proporcionar soluciones más racionales de los problemas que se presentan en la realidad. Pero, además, debe aceptarse que en esas importantes reformas a la legislación penal sustantiva mucho tuvieron que ver las aportaciones de la dogmática penal más moderna.³⁰

Así, por ejemplo, se puede encontrar en la parte general del Código Penal el uso de ciertas categorías sustantivas o materiales, que tienen que ver con el concepto general del *delito* y con sus *elementos*, como la de *injusto y culpabilidad* (artículo 52); y si bien el *delito* constituye el principal presupuesto de la pena, para su análisis sistemático se le estructura de diversos *elementos*, a los que la doctrina penal llama *elementos esenciales del concepto de delito*, cada uno de los cuales, a su vez, tiene un determinado concepto y su respectivo contenido o estructura, según la concepción teórica que se adopte.

3. Los distintos sistemas de análisis del concepto general del delito y su aplicación para interpretar contenidos del CP

Es en este punto que tiene que ver con el concepto general del delito y sus elementos, donde adquiere particular importancia la dogmá-

³⁰ Como se ha dicho en notas anteriores, la dogmática penal ha desarrollado diversos conceptos de acción o de conducta humana (*causal, social y final*) para determinar qué es lo que debe constituir la base de la estructura del delito; de cada uno de ellos se han derivado consecuencias importantes para el concepto y estructura del delito, y de ellos se deriva que también se hable de distintos sistemas de análisis del delito: el *sistema causalista* y el *sistema finalista* del delito, a los cuales se agrega el llamado *sistema funcionalista* del delito. Igualmente, sobre este tema existe una amplísima bibliografía, de la que por ahora no haremos mención.

tica penal y, concretamente, la *teoría del delito*; porque ella se ocupa precisamente de elaborar y proporcionar bases teóricas para las decisiones político-criminales que adopta el juzgador,³¹ para que la aplicación de la ley penal a los casos concretos sea racional. Pero sucede que existen distintas elaboraciones teóricas, cada una basada en distintos métodos de análisis y en diferentes concepciones filosófico-políticas, y es claro que no todas conducen a los mismos resultados ni todas pueden responder a exigencias de Estados democráticos de derecho; de ahí la importancia de saber por cuál sistema se opta.

En efecto, en el desarrollo en torno al análisis sistemático del delito se reconoce la existencia de al menos tres sistemas de análisis: a) el sistema *causalista*; b) el sistema *finalista*, y c) el sistema *funcionalista*, que se diferencian por los métodos que utilizan y por los conceptos básicos de que parten. Es evidente que de ellas no podemos ocuparnos aquí, como para destacar cuáles son sus bases e implicaciones y cómo se pueden aplicar para el análisis del Código Penal. Simplemente habrá que resaltar que algunas responden más a exigencias político-criminales de corte democrático y otras a exigencias autoritarias; de ahí el cuidado de elegir la construcción que nos puede llevar a soluciones más racionales según exigencias de un derecho penal de corte democrático.

Así, por ejemplo, para la afirmación de la *tipicidad*, no obstante debe haber claridad de la ley en este aspecto, un juez puede seguir criterios teóricos tradicionales respecto de los *elementos del tipo*, como los sostenidos por el *sistema causalista*; y, con base en ellos, puede considerar suficiente la sola acreditación de los elementos *objetivos* del tipo penal para afirmar la tipicidad de la conducta; es decir, no sería necesario acreditar el *dolo* o la *culpa*, o cualquier otro elemento subjetivo del tipo penal; en cambio, si el juzgador sigue criterios más modernos, como los elaborados por la *doctrina finalista*, de ninguna manera podría afirmar la tipicidad de la conducta si antes no se acreditan los *elementos subjetivos* del tipo, como son el *dolo* o la *culpa*.

Lo propio puede decirse con relación a los otros elementos del delito, la *antijuridicidad* y la *culpabilidad*, ya que sobre ellos existen diversos conceptos dogmáticos y cada uno de ellos le asigna una deter-

³¹ Con independencia de la función que puede jugar la dogmática penal en la función del legislador a la hora de diseñar los tipos penales y establecer los presupuestos necesarios para la pena.

minada estructura. Y dependiendo de la estructura que se le da a cada elemento del delito, igualmente, habrá consecuencias importantes por lo que hace a la *naturaleza* de cada una de las “causas de exclusión del delito” y al lugar sistemático en que corresponde su análisis.

Tal vez era de esperarse que, al abordar la evolución legislativa en torno al delito, ahora nos ocupáramos de analizar dicha evolución desde la perspectiva de los criterios teóricos, para ver qué tanto las señaladas corrientes de pensamiento dogmático (*causalismo*, *finalismo* o *funcionalismo*) han influido en el legislador penal para la determinación de ciertos contenidos del Código Penal relacionados con el concepto general del delito, con sus elementos y sus formas de realización, así como con relación a sus autores y partícipes, y a las causas de exclusión del delito. Realmente, como se ha dicho, las aportaciones de la moderna dogmática penal mucho han tenido que ver con las importantes reformas que en las últimas décadas ha experimentado la legislación penal sustantiva. Pero el destacar cada una de ellas, por ahora, rebasa los límites de esta exposición.