

## ALGUNOS LINEAMIENTOS PARA UNA NUEVA REGULACIÓN DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

Enrique DÍAZ ARANDA

El inusitado incremento de la criminalidad en todo el país es motivo de gran preocupación para la sociedad mexicana. Lamentablemente, el medio elegido para la lucha contra el crimen organizado es la reforma continua de las normas penales existentes, porque se piensa que la falta de claridad de las leyes genera la impunidad que gozan miles de delinquentes. Parte de la problemática sí radica en la necesidad de crear un instrumento legal claro, actual y funcional para hacer frente a la criminalidad, pero en muchos casos se podría haber resuelto el problema con una buena interpretación de las normas ya existentes.

En este trabajo expondré algunos de los problemas que presenta el legislador al momento de describir todo lo que abarca el delito. No es una tarea fácil, y la confusión en torno a lo que se considera delito la podemos encontrar desde la misma definición que nos ofrece el Código Penal Federal, que establece: “Artículo 302. Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro”.

Desde esta definición, del tipo penal por excelencia, se puede observar la falta de conocimiento de la teoría del delito por el legislador, pues quien priva de la vida a otro ha realizado una conducta prohibida (ilícita) de homicidio; pero para que llegue a ser considerada como delito debe reunir, además, las características de antijuridicidad y culpabilidad; de ahí que quien priva de la vida a otro en legítima defensa no comete delito alguno, porque la conducta típica estaría justificada. Lo mismo ocurriría con el náufrago que priva de la vida a otro porque sólo hay una tabla que soporta el peso de uno de ellos, en cuyo caso la conducta del náufrago es típica y antijurídica, pero no se le puede reprochar, porque no se le

puede exigir otra conducta al encontrarse en el supuesto de un estado de necesidad exculpante, que elimina la culpabilidad, y, en consecuencia, no hay delito.

Puesto en evidencia lo anterior, pasemos a exponer algunos de los problemas que enfrenta el legislador penal al momento de crear nuevas normas.

Mucho se ha dicho que el derecho penal sólo puede proteger bienes jurídicos tutelados, es decir, bienes fundamentales para la sociedad. Lo anterior implica que si la norma creada por el legislador tiene como finalidad proteger intereses particulares, y no sociales, entonces dicha norma no tendría sustento, y debería excluirse del derecho penal.

Para determinar si el planteamiento anterior es correcto, y si hay un fundamento jurídico para sostener que el derecho penal protege bienes jurídicos, o si por el contrario, basta con que una conducta esté descrita en la norma penal para ser sancionada sin importar si con ella se protegía o no un bien fundamental para la sociedad, debemos iniciar con su definición.

La definición del bien jurídico tutelado es uno de los puntos más debatidos en la dogmática jurídico-penal y en donde menos acuerdos existen. A continuación me referiré sólo a algunas de las ideas sustentadas.

A principios del siglo XIX, Feuerbach, desde una perspectiva iusnaturalista, sostuvo que el delito consistía en una lesión del derecho: “lo que el delito lesionaba era la libertad garantizada por el contrato y protegida por la ley penal, luego, en definitiva, lo lesionado era el derecho de cada uno”.<sup>1</sup> Esta idea fue puesta en tela de juicio por Birnbaum, al señalar que el delito no lesiona los derechos subjetivos de cada uno; así, en el delito de robo, el derecho se mantiene incólume, porque nadie pierde su derecho de propiedad cuando alguien ilegítimamente lo desposee de la cosa; en realidad, la lesión recae sobre bienes materiales (bienes naturales) o aquellos que resultan del desarrollo social y de la sociedad civil (bienes sociales).<sup>2</sup> Es a partir de estos planteamientos cuando surge la idea del bien jurídico tutelado.

Jakobs, a partir de una concepción normativista, sostiene que “bien jurídico-penal es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica”.<sup>3</sup> Conforme a

<sup>1</sup> Cfr. Bustos Ramírez, Juan, *Lecciones de derecho penal*, Madrid, Trotta, 1997, vol. I, p. 105.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>3</sup> Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputa-*

dicha concepción, el objeto de protección del derecho penal recae sobre la norma en sí misma, dado que ésta ya presupone lo que el legislador quiere proteger, lo cual no siempre es un bien,<sup>4</sup> sino que puede ser algo diferente; por ejemplo, la expectativa de cumplimiento de un deber especial.<sup>5</sup>

¿Tiene sentido elaborar una definición del bien jurídico tutelado? Roxin<sup>6</sup> responde negativamente a este interrogante, y nosotros compartimos ese punto de vista, no sólo por la imposibilidad de llegar a un acuerdo en este punto, sino porque lo más importante es determinar si tiene o no un fundamento jurídico en la legislación mexicana.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ordena en el artículo 39, lo siguiente:

Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Así, el poder público dimana del pueblo, pero ante la imposibilidad de ejercerlo directamente lo debe delegar, tal y como lo señala el artículo 41, en los términos siguientes:

Artículo 41. El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

El ejercicio de ese poder se divide en: “Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial”.

*ción*, 2a. ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 58.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>6</sup> Cfr. Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general (fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, pp. 54 y 70.

De esta guisa, las normas penales surgen como el ejercicio del poder público dimanado del pueblo que las crea a través del Poder Legislativo:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse.

Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales.

Al realizar una interpretación sistemática de todos los preceptos constitucionales citados, podemos sostener que las normas penales sólo pueden ser jurídicamente válidas cuando protegen un bien fundamental para la sociedad, dado que ésta ha delegado su poder público en el legislador siempre y cuando lo ejerza en y para beneficio del pueblo, de tal suerte que si dicho ejercicio del poder tiene otros fines —como el proteger solamente a determinados grupos o intereses—, entonces la norma pierde su sustento constitucional y, conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la misma carta magna, será anticonstitucional.

El surgimiento de lo que se considera como bien fundamental para la sociedad inicia cuando una persona comunica a otra sobre algo que le beneficia; ello significa que ese algo le causa o genera un bien en su vida. Si en una sociedad pluralmente conformada como la mexicana, la mayoría de sus integrantes coincidieran en que algo en particular es un “bien” muy importante para desarrollar su vida y posibilitar su participación en el sistema social, entonces podríamos considerarlo como un bien fundamental que se debe proteger.<sup>7</sup>

De esta guisa, la actuación del Estado deberá orientarse hacia la procuración de los bienes fundamentales para la sociedad a través de medidas económicas, administrativas, sociales, jurídicas, etcétera. Pero el mandato constitucional no se cumpliría por completo si el Estado se concretara a proporcionar los medios para alcanzar dichos bienes; se necesita, además, garantizar al ciudadano la posibilidad de poder disfrutarlos sin que nadie, de forma ilícita, lo prive de ellos. Por esta razón, cuando un particular ve menguado determinado bien valioso para su vida, y ese acontecimiento

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 56; Kindhäuser, Urs, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, trad. de Claudia López Díaz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 67; Polaino Navarrete, Miguel, *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1974, pp. 28 y 29.

lo padecen también la mayoría de los integrantes de la sociedad, entonces surge un eco de la mayoría que reclama la intervención del Estado para evitar la lesión de ese bien fundamental. Ante una situación como ésta, el Estado deberá ejercer el poder para responder al reclamo social, y sólo en caso de que todos los medios a su alcance fracasen, entonces deberá recurrir al derecho penal como medio para prevenir y sancionar la comisión de aquellas conductas que lesionan al bien fundamental para el pueblo, y en ese momento alcanza la calidad de “bien jurídico tutelado”, al mismo tiempo, las conductas que lo lesionan de manera grave pasan a ser consideradas como delitos (conducta típica, antijurídica y culpable), y tendrán como consecuencia la imposición de una pena para quien los realice.<sup>8</sup>

Ciertamente, se podría objetar al planteamiento anterior la existencia de normas penales en nuestro vigente Código Penal, en las cuales no está claro cuál es el bien jurídico tutelado, y se podría decir que esos supuestos contradicen el planteamiento realizado sobre el bien jurídico tutelado como producto de una concepción mayoritaria de la sociedad. Pero la crítica anterior no corresponde propiamente al fundamento del derecho penal, sino que debe dirigirse hacia la labor del legislador penal, que prescribe una norma sin definir claramente el bien tutelado, pues al hacerlo contraviene el mandato constitucional de certeza jurídica. La misma crítica valdría para el legislador que emite una norma protectora de un bien cuya valía no está respaldada por la mayoría social; por ejemplo, si el Congreso emitiera el siguiente tipo penal: “quien cuente chistes del presidente en reuniones sociales será sancionado con prisión de seis meses a dos años”. Pese a que la finalidad del precepto tendría como fin la protección de la imagen de alguien tan importante como el primer mandatario de la nación, ello no sólo carecería del apoyo mayoritario de la sociedad mexicana, sino

<sup>8</sup> En este sentido, *cfr.* Gimbernat Ordeig, Enrique, “Causalidad, omisión e imprudencia”, *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Granada, Comares, 1997, p. 190; Díez Ripollés, José Luis, “La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José de Costa Rica, año 10, núm 5, diciembre de 1988, pp. 432-434, 437 y 440-444; Mir Puig, Santiago, *Derecho penal (parte general)*, 4a. ed., Barcelona, PPU, 1996, p. 92; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio *et al.*, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Barcelona, Praxis, 1999, p. 56; Quintero Olivares, Gonzalo, *Curso de derecho penal (parte general, acorde con el nuevo Código Penal de 1995)*, Barcelona, Cedes, 1996, p. 52; Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de derecho penal (parte general)*, Madrid, Editorial Universitas, 1996, t. I, p. 82.

que además iría en contra de una de las tradiciones más enraizadas en nuestro país y contra la garantía de la libertad de expresión, dando lugar a la evidente anticonstitucionalidad de tal norma penal, que no fue emitida para favorecer al pueblo.

Los lineamientos antes trazados nos llevan a concluir que el bien jurídico tiene un fundamento sociológico, lo cual implica su determinación conforme a cada sociedad en un momento y lugar determinados, cuyo fin es posibilitar a sus integrantes su desarrollo y realización personal dentro del sistema social,<sup>9</sup> y ello es lo que debe captar el legislador y proteger al momento de emitir la norma penal.

A partir del fundamento constitucional del bien jurídico tutelado se desprende la necesidad de establecer en el Código Penal los principios rectores de un Estado social y democrático de derecho, los cuales deben quedar claramente expresados desde los primeros artículos. Dichos principios son: legalidad; tipicidad y prohibición de la aplicación analógica y por mayoría de razón; la prohibición de la responsabilidad objetiva; bien jurídico y de antijuridicidad material; culpabilidad, y jurisdiccionalidad.

La concepción del delito adoptada por el legislador penal tiene grandes repercusiones. Los problemas inician desde el momento en que se considera que la simple conducta es un presupuesto del delito y no se visualiza que en realidad sólo la conducta típica puede soportar el análisis de los hechos para determinar si son delitos, que deben ser analizados. En efecto, la conducta típica como primera categoría de análisis, cuya concepción parte de la idea de que sólo la conducta típica es la relevante para el derecho penal; en otras palabras, el jurista sólo inicia el análisis de la conducta cuando tiene indicios de que ella está descrita en el tipo penal, lo cual corrobora con el juicio de tipicidad. Por el contrario, cuando se sostiene la división entre conducta y la tipicidad, ello implicaría que el jurista tendría que analizar todas las conductas que se le presenten e ir las desechando hasta el análisis del tipo.

La conducta típica se conforma de tres elementos: objetivos, subjetivos y, cuando el tipo lo requiere, normativos.

<sup>9</sup> Con el razonamiento aquí planteado se busca conciliar el aparente enfrentamiento que existe entre la “dañosidad social” y la concepción del “ser humano como razón de ser del derecho” y no como un instrumento de un fin puramente social; sobre dicha problemática y la concepción aquí defendida: *cf.* Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 269-271.

Los llamados elementos objetivos de la conducta típica no ofrecen mayor problema. En cambio, respecto a los elementos subjetivos, merece una mención especial el que el dolo y la culpa formen parte de éstos y no estén ubicados en la culpabilidad, como tradicionalmente se ha expuesto por los penalistas nacionales que, a su vez, han seguido las tendencias del sistema clásico (Franz von Liszt y Ernst Beling) y neoclásico (Edmund Mezger). No obstante, desde el sistema final de acción (Hans Welzel) y, con mayor firmeza, en el sistema funcionalista (Claus Roxin y Günter Jakobs) se puede sostener que el análisis puramente objetivo y normativo de la conducta carece de sentido si no se sabe cuál era la intención del sujeto. Así por ejemplo, si una joven fuera abordada por varios sujetos, quienes la sometieron por la fuerza, la subieron a un vehículo de motor, y en ese momento son detenidos, con el puro análisis objetivo podríamos encuadrar dicha conducta en un sinnúmero de tipos penales en grado de tentativa, a saber: violación, atentados al pudor, privación ilegal de la libertad, secuestro, robo, lesiones, homicidio, etcétera. Y lo único que nos puede esclarecer cuál es la conducta típica es la intención de dichos sujetos. De ahí que no se pueda esperar hasta la culpabilidad para determinar de qué conducta se trata, porque si así se hiciera, se estaría ubicando a ciegas la conducta en un tipo penal tratando de determinar si estaba o no justificada, y sería hasta la última categoría donde podríamos establecer si el injusto analizado hasta ese momento era el que realmente se había verificado o si debemos volver desde el principio porque la conducta subjetivamente se ubicaba en otro tipo penal. Lo anterior tiene gran importancia en materia procesal, porque, en un caso como el expuesto, si el Ministerio Público no sabe cuál era la intención de los indiciados al realizar la conducta, no sólo realizará un juicio de tipicidad erróneo, sino que también los consignará sin las pruebas adecuadas para que el juez pueda proseguir con su procesamiento.

De esta guisa, si desde el código sustantivo se deja plasmada la necesidad de establecer el dolo del autor desde la conducta típica, se está orientando legalmente a los encargados de la procuración e impartición de justicia para un mejor desempeño de su labor. No se soslaya el hecho de que esta postura ya se había contemplado en la reforma de 1994 al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, la cual incluyó el dolo y la culpa como elementos del tipo penal, pero en aquel entonces no había claridad en el Código Penal Federal sobre qué se entendía por dolo, y los criterios doctrinales no ayudaban a comprenderlo. En este sentido, se tuvo la disyuntiva entre adoptar un concepto tradicional o uno nuevo.

Así, el Código Penal Federal establece: “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...”.

Lamentablemente, la definición del Código Penal Federal y otros códigos penales estatales hace pensar que el dolo requiere del conocimiento de la ley por parte del sujeto activo, lo cual resulta falso, porque difícilmente los miembros de la sociedad, salvo los abogados, han leído la ley.

En realidad, el dolo no es más que el conocimiento que tiene el sujeto activo de las circunstancias bajo las cuales realiza su conducta; por ejemplo, en un homicidio con arma de fuego, el sujeto activo obrará con dolo cuando sabe que está accionando el arma hacia otra persona y lesionará, con seguridad o gran probabilidad, un órgano vital de la víctima provocándole la muerte. Todo lo anterior está descrito en el Código Penal como un ilícito de homicidio, pero es el jurista quien sabe y determina que el conocimiento que tenía el sujeto activo al realizar su conducta corresponde a lo descrito en la ley penal como el ilícito de homicidio. También llamará la atención por qué no sólo se obra con dolo cuando se quiere el resultado, sino también cuando hay una seguridad o una gran probabilidad de provocarlo; con ello se ha querido incluir los supuestos de dolo indirecto o de consecuencias necesarias y el dolo eventual. En efecto, lo más importante en el dolo es la decisión que tiene el sujeto de realizar una conducta, sabiendo que al realizar su comportamiento dará lugar a un resultado sea porque lo quiere (dolo directo), no lo quiere, pero es una consecuencia necesaria de su obrar (dolo indirecto) o es muy probable (dolo eventual). Ejemplos de dolo indirecto los tenemos en la acción de los terroristas que colocaron bombas en los trenes que iban a Madrid, sin que hubieran dado aviso sobre su existencia, provocando centenares de muertos. En dicho supuesto, los terroristas querían desestabilizar a las instituciones y generar terror, no así las muertes de los pasajeros, cuyas identidades desconocían, pero sabían que dichas muertes eran una consecuencia necesaria de su obrar, de ahí que actuaran con dolo indirecto o de consecuencias necesarias. El caso más complejo es el dolo eventual, porque se localiza en la frontera con la culpa. Se debe decir que en ambos casos existen violaciones a normas del deber de cuidado, pero mientras que en la culpa sólo se viola una norma y la probabilidad de provocar el resultado con la conducta es baja, en cambio en el dolo eventual hay diversas violaciones de deberes de cuidado que hacen muy probable la provocación del resultado. Piénsese-

se en el caso del conductor que impactó por detrás la motocicleta en que viajaba Edgar Ponce; en este caso concurren las siguientes violaciones: 1) exceso de velocidad, 2) distancia suficiente para frenar, 3) perfecta visibilidad por las luces que iluminaban el periférico, los reflectores y las luces de las motocicletas. De ahí que el parpadeo del conductor, el cual le sirvió de pretexto, no elimina el conocimiento que tenía de que al dirigirse hacia el motociclista sin frenar daría lugar a un impacto que muy probablemente culminaría con la muerte de la víctima, tal como sucedió, por lo cual el conductor no debería ser sancionado simplemente a título de culpa, porque no quería matar a Edgar Ponce, sino de dolo eventual, porque, aunque no conocía a su víctima, la conducta desarrollada muy probablemente provocaría la muerte. Es por ello que desde la legislación sustantiva se debe ofrecer un concepto claro de dolo que oriente al jurista a determinar sus elementos y se convierta en la guía para su acreditación procesal.

Así, en la definición que adopte el legislador penal en torno al dolo debe tratar de dejar claro que su conformación no requiere del conocimiento de la ley por parte de quien realiza su conducta, sino sólo el saber qué es lo que sucede a su alrededor al momento de comportarse (elemento cognitivo), “teniendo la intención o aceptando el resultado que con seguridad o muy probablemente se pueda verificar”. Esta última formulación abarca tanto los supuestos de dolo directo, en los que el sujeto quiere el resultado, como los de dolo indirecto, en los cuales no quiere el resultado, pero sabe que es una consecuencia necesaria de su obrar, así como los de dolo eventual, en los que es muy probable que el resultado se verifique como consecuencia de su obrar. De igual forma, al referirse al resultado no se debería utilizar el vocablo “provocar”, sino “verificar”. Ello se debe a que los resultados no sólo se pueden atribuir dolosamente al sujeto que los causa, sino también al que no los evita teniendo un deber específico de garante. La confusión sobre el conocimiento de la ley para obrar con dolo se podría eliminar al señalar expresamente que es el jurista quien debe determinar si el conocimiento e intención del sujeto que realiza la conducta corresponde a lo que el legislador describió en el tipo penal.

Mención especial merece la incorporación de los elementos normativos en la legislación sustantiva, los cuales han sido considerados por la doctrina como parte del tipo objetivo, pero atendiendo a nuestra legislación federal adjetiva, se refiere en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales a: elementos objetivos, normativos, el dolo y la culpa.

Tiene razón el legislador, pues un elemento normativo no tiene materialidad, y por ello no se le debe incluir en el tipo objetivo.

Los elementos normativos de la conducta típica cobran especial relevancia en los casos de omisión, los cuales ponen de manifiesto que también se puede atribuir un resultado a una conducta aunque no exista nexo causal entre ellos. Tal sería el caso del salvavidas que observa cómo se ahoga el niño en la piscina y no cumple con su deber contractual de salvarlo dando como resultado la muerte. Es en este punto donde se inserta la llamada imputación normativa del resultado a la conducta, la cual es fundamental en los delitos de resultado material, pues aquí se tendrá que determinar si el resultado de lesión de un bien jurídico tutelado se le puede atribuir a la conducta cuando entra en el radio de prohibición de la norma. De ahí que los tradicionales criterios normativos culturales y jurídicos se ven enriquecidos con los criterios de imputación normativa del resultado a la conducta que se deben considerar como parte de los elementos normativos jurídicos.

La importancia de los elementos normativos es fundamental para establecer los alcances del tipo en los delitos de omisión, para cuya aplicación se debe tener claro que el resultado sólo se puede atribuir a quien reúna tres requisitos, a saber:

- I. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo.
- II. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.
- III. Es garante del bien jurídico.

Por otra parte, las fuentes del deber de garante del bien solamente deben ser:

- a) La ley.
- b) Aceptar efectivamente su custodia.
- c) El que con una actividad precedente culposa o fortuita se haya generado el peligro para el bien jurídico.
- d) El hallarse en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia.

No obstante, considero que se debería eliminar como fuente del deber de garante el “voluntariamente formar parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza”, pues en casos como el de los rescatis-tas de desaparecidos en terremotos denominados “los topes”, no se les puede imputar un resultado por el hecho de realizar una labor altruista cuando deciden no salvar a otro, pues ellos no han firmado contrato alguno con la víctima ni reciben una remuneración del Estado que les obligue a evitar jurídicamente ese resultado; por tal motivo, su comportamiento omisivo no tiene la suficiente cantidad de injusto necesario para imputarles el resultado.

Con respecto a la tentativa, ésta se debería ubicar sistemáticamente después de la determinación de la conducta típica, debido a que dicha figura se considera como una fórmula de ampliación del tipo penal.

El concepto de la antijuridicidad debería definirse conforme a su criterio material como una “lesión de bienes jurídicos socialmente nociva”. Esto último es fundamental, pues el bien jurídicamente tutelado se lesiona con la conducta típica, pero las circunstancias en las que ocurre dicha lesión pueden hacer necesaria su justificación, dado que los medios previstos por el derecho penal y las instituciones del Estado no han sido suficientes para prevenirla, de ahí que político-criminalmente se decida su justificación.

Se recomienda seguir con la unificación de los dos supuestos de estado de necesidad como una causa de justificación que abarca tanto los supuestos en que el bien lesionado es de menor valor con respecto al salvaguardado como aquellos supuestos en los que el bien lesionado es de igual valor al salvaguardado; tradicionalmente se ha considerado que en estos últimos supuestos no se debe justificar el hecho sino exculpar al sujeto al no poderse reprochar su conducta. No obstante, la postura anterior tendría consecuencias nocivas para el partícipe en un estado de necesidad exculpante, porque habría participado en un injusto, y la excluyente de la culpabilidad sólo beneficia al autor, lo cual daría lugar a la exclusión de la pena para el autor y la sanción para el partícipe del injusto, de ahí la adopción de la corriente unificadora del estado de necesidad, conforme a la cual tanto autor como partícipe deben quedar impunes cuando el hecho se verificó existiendo peligro para bienes de igual valor.

En el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho quien realiza la conducta “con el solo propósito de perjudicar a otro” no se puede excluir la justificación del hecho, porque si el hecho base está amparado por

dicha causa de justificación, y sólo queda el propósito malsano del autor, entonces no lo debemos sancionar, porque al hacerlo estaríamos sancionando las puras malas intenciones.

El consentimiento se debe incluir como causa de justificación, pero haciendo la diferencia entre su concurrencia como causa de atipicidad y como causa de justificación. Así, por ejemplo, no hay violación si hay consentimiento del sujeto pasivo ni robo cuando el propietario libremente le ha regalado su bien al presunto delincuente. En cambio, el consentimiento como causa de justificación se refiere a aquellos supuestos en los que el bien jurídico se lesiona y, sin embargo, se debe justificar la conducta, tal como sucede en los casos de cirugías estéticas o en el trasplante de órganos.

En la categoría del delito denominada culpabilidad, se debería ofrecer una definición sustentada en el reproche que se endereza en contra del autor que pudiéndose comportar conforme a derecho decide contravenirlo, ello como consecuencia de que el elemento subjetivo (dolo y culpa) quedan comprendidos en la conducta típica.

Por otra parte, las situaciones en las cuales el sujeto cree erróneamente que concurren los presupuestos de alguna causa de justificación sin que ello sea así en la realidad no se pueden concebir como hechos justificados, dado que el injusto persiste; en efecto, estas hipótesis encierran un problema que atañe al reproche, y por tanto deben concebirse como un error sobre la justificación que excluyen la culpabilidad. Así, por ejemplo, el error sobre la justificación abarca la llamada legítima defensa putativa, así como la obediencia jerárquica cuando el subordinado cree erróneamente que la orden es lícita, o aquellos supuestos en que hay una creencia errónea de que el sujeto pasivo hubiera consentido la lesión del bien. Reiteramos que en dichos supuestos no se justifica el hecho, pero sí se excluye el reproche al autor, de ahí que el error sobre la justificación se ubique en las causas de exclusión de la culpabilidad.

La autoría y la participación constituyen formas de ampliación de la punibilidad, motivo por el cual su regulación se debe ubicar después de la culpabilidad. Cabe señalar que, en sentido estricto, sólo son autores quienes ejecutan directamente el delito y los que lo realizan de manera conjunta, de ahí que la actuación de los partícipes se rige por el principio de accesoriedad limitada, según el cual la culpabilidad sólo afecta o beneficia al sujeto en el que concurre, por lo cual basta la participación en un injusto para sancionarlo. Para ejemplificar lo anterior podemos decir que si un adulto induce a un menor a cometer el robo, y éste lo realiza, no puede

haber delito, porque el autor es menor de edad, de ahí su inimputabilidad y la exclusión de la culpabilidad, con lo cual quedaría impune el inductor; en cambio, al sancionarse la inducción en el injusto, la minoría de edad del autor no excluye su conducta típica y antijurídica (injusto), y por ello el inductor sí sería sancionado. Lo anterior cobra gran relevancia práctica, porque hoy en día el crimen organizado utiliza a menores de edad para realizar injustos, sobre todo de robo y narcomenudeo, por lo cual es imprescindible tener el fundamento jurídico para sancionar a dichos inductores.

Con respecto a las sanciones a imponer por la comisión de un delito, éstas no deberían ser tan altas, y sería conveniente que el margen se estableciera entre los seis meses y los treinta años de prisión. La propuesta anterior obedece a dos principios básicos, a saber: el primero se refiere a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala que el fin de la pena de prisión es la readaptación social del delincuente, y el segundo obedece a la falta de efectividad del incremento de la pena en la ley para la prevención de los delitos. En este sentido, la efectividad de las penas no radica en su duración prevista en la ley, sino en su verdadera aplicación en la realidad, y ello sólo se logra con una ley clara y un buen sistema de procuración de justicia. Por cierto que las consecuencias jurídicas del delito no se deben restringir a la pena de prisión, sino que además dichas sanción se debe complementar con la semilibertad; el trabajo en favor de la comunidad; la multa; la prohibición de concurrencia y residencia; el tratamiento en libertad de imputables; el tratamiento de inimputables; el decomiso; la amonestación; la intervención o disolución de sociedades y multa a las personas jurídicas; la suspensión, privación o inhabilitación de derechos o funciones, y la publicación de la sentencia.

Éstos son algunos de los lineamientos que consideramos se deberían observar en la parte general de los códigos penales para ajustarlos a los principios rectores de un Estado social y democrático de derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio *et al.*, *Lecciones de derecho penal; parte general*, 2a. ed., Barcelona, Praxis, 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Lecciones de derecho penal*, Madrid, Trotta, 1997, vol. I.
- , “Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica”, en *Estudios jurídicos (libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de la Laguna)*, Madrid, Universidad de la Laguna, 1993, t. I.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Dolo (causalismo, finalismo, funcionalismo y reforma penal en México)*, 3a. ed., México, Porrúa, 2001.
- , *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia e Interior y Universidad Complutense de Madrid, 1995.
- , “Los derechos humanos y el procedimiento penal a partir de la reforma de 1999”, *Estudios en homenaje a la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, México, Porrúa, 2001.
- *et al.*, *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- , “Consentimiento del sujeto pasivo”, *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, México, núm. especial 1, agosto de 1999.
- , “La política criminal del derecho penal mexicano”, *Lex*, México, 3a. época, año V, núm. 47, mayo de 1999.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José de Costa Rica, año 10, núm. 5, diciembre de 1988.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Causalidad, omisión e imprudencia”, *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Granada, Comares, 1997.
- , “El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad”, *Estudios de derecho penal*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1990.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2a. ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997.

- KINDHÄUSER, Urs, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, trad. de Claudia López Díaz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de derecho penal (parte general)*, Madrid, Editorial Universitas, 1996, t. I.
- , “Derecho penal”, *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995, vol. II.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal (parte general)*, 4a. ed., Barcelona, PPU, 1996.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1974.
- , *Estudios penales*, Córdoba, España, Universidad de Córdoba, 1988.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de derecho penal (parte general, acorde con el nuevo código penal de 1995)*, Barcelona, Cedes, 1996.
- *et al.*, *Manual de derecho penal; parte general*, 2a. ed., Navarra, Aranzadi, 2000.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general (fundamentos. La estructura de la teoría del delito)* trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.