

COMENTARIOS SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL ELABORADO EN EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL*

1. La elaboración de un Código Penal obedece a dos razones fundamentales: a) responder a las necesidades sociales proponiendo soluciones a los problemas que se presentan en la realidad, y b) formular la normatividad conforme a las teorías más avanzadas en materia penal. Ambas razones fueron determinantes en la elaboración del proyecto de Código Penal para el Distrito Federal, que estuvo a cargo de los responsables del área penal del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

En el orden de las necesidades sociales, la redacción se orientó por los principios que deben regir el ejercicio del *ius puniendi* legislativo propio de un Estado democrático de derecho; principios que derivan de la Constitución federal y de los tratados y demás instrumentos internacionales suscritos por México. En cuanto al andamiaje teórico, se tuvo sumo cuidado en todos los rubros para no asumir aquellas tendencias doctrinarias que seguramente constituirían una barrera para la interpretación y, por lo mismo, también para el progreso del conocimiento. De esta forma, la normatividad que se propone cumpliría con su función de prevención general y, en consecuencia, posibilitaría, asimismo, la prevención especial de los delitos.

El proyecto de Código Penal se integra, como todo código estrictamente penal, con un libro primero o parte general y un libro segundo o parte especial. Ambos libros o partes tienen una adecuada y novedosa estructura, especialmente la que corresponde al libro segundo, al que se hará referencia en su oportunidad.

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

2. En la parte general se ubican, en diferentes títulos, las reglas generales relativas a: a) la ley penal, b) los delitos, c) las penas y medidas de seguridad, d) la aplicación de sanciones y e) la extinción de la potestad punitiva. Se incluyen, asimismo, en títulos diferentes, que enfatizan la naturaleza de las instituciones: a) la responsabilidad civil derivada del delito, que recoge la reparación de daños y perjuicios, b) las consecuencias accesorias del delito, vinculadas con las personas jurídicas colectivas (o personas morales) y c) la reivindicación pública del sentenciado, que contempla el reconocimiento de inocencia.

En relación a esta parte general, hay múltiples aspectos que merecen comentarios específicos; sin embargo, sólo se hará referencia a los que tienen destacada trascendencia.

A) En el título primero, dedicado a la ley penal se incorporan los ámbitos de validez de la ley penal: espacial, temporal y personal, así como las reglas sobre leyes especiales y sobre el concurso aparente de normas.

El ámbito de validez personal, comprende todo lo concerniente a las personas físicas y a las personas jurídicas colectivas. Por lo que respecta a las personas físicas, la edad penal se fijó en dieciocho años, en cumplimiento al artículo 1o. de la Convención sobre los Derechos del Niño,¹ ratificada por el Senado el 19 de junio de 1990 (según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de julio del mismo año), promulgada el 28 de noviembre de 1990 y finalmente publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

En cuanto a las personas jurídicas colectivas, se deja perfectamente aclarado que éstas, al carecer de la posibilidad de concretar los elementos descritos en el tipo penal, en ninguna forma pueden cometer delitos; razón por la cual no se les impone una pena sino se les aplican las “consecuencias jurídicas accesorias”, contenidas en el propio ordenamiento que se comenta.

B) En el título segundo se concentra (en capítulos separados) la normatividad que dispone las reglas generales sobre el delito. Las materias que configuran este apartado son particularmente importantes, porque en su conjunto recogen las bases teóricas que se van a aplicar a las figuras delictivas previstas en la parte especial.

1 Adoptada por la Organización de las Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, el 20 de noviembre de 1989.

En este título se prescriben: a) las formas de comisión del delito, b) la tentativa, c) el concurso de delitos y d) las causas excluyentes de incriminación.

a) En las formas de comisión del delito se regulan la acción, la omisión y la comisión por omisión. Esta última, por ser de reciente incorporación en los códigos penales de la República, se precisa muy bien en cuanto a sus elementos, sobre todo en lo referente a la calidad de garante. Para tutelar con mayor certeza los bienes jurídicos, se establecen, en fórmulas muy concretas, las fuentes de garantía, mismas que son situaciones fácticas que pueden presentarse en la realidad y que generan el deber de actuar para evitar el resultado material. En esta línea de ideas se postula que es garante del bien jurídico el que: a) aceptó efectivamente su custodia, b) voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza, c) con una actividad precedente culposa o fortuita generó el peligro para el bien jurídico y d) se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud, o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.

b) En referencia al dolo y a la culpa se destaca que “las acciones u omisiones delictivas pueden realizarse dolosa o culposamente”. Se descarta la preterintención, que no es una forma autónoma de voluntad sino una auténtica culpa vinculada con una específica intención que tiene relevancia, únicamente, para efectos de punición. De las fórmulas específicas del dolo y de la culpa se eliminó el lenguaje impropio que suele emplearse, y el lenguaje reiterativo que da lugar a confusiones.

El dolo se conceptualiza siguiendo el criterio doctrinario generalizado que se basa en el conocimiento y querer de los elementos objetivos del hecho típico, es decir, se contempla un dolo neutro, no valorado. La definición abarca las diversas clases de dolo.

La culpa está concebida conforme al sistema de específicos *crimina culposa* (variante del *numerus clausus*), en lugar del *crimen culpae* (variante del *numerus apertus*). La definición que se propone se refiere a la culpa y no al delito culposo. Se dice: “Obra culposamente el que no provee el cuidado posible y adecuado para no producir, o en su caso evitar, la previsible y evitable lesión típica del bien jurídico”. Esta definición atiende, por primera vez, a los puntos fundamentales de la culpa: la posibilidad de prever (previsibilidad), la posibilidad de proveer (provisibilidad) y la no presencia de provisión del cuidado posible y adecuado, en el caso concreto.

c) En la tentativa, al proponer su concepto se tomaron en cuenta: a) la exteriorización de la conducta, b) la no consumación por causas ajenas a la voluntad del agente y c) la puesta en peligro del bien jurídico que es el requisito básico de la tentativa. Con estas ideas fundamentales se dice que “existe tentativa punible cuando la intención se exterioriza ejecutando la actividad que debería producir el delito u omitiendo la que debería evitarlo si, por causas ajenas a la voluntad del agente, no hay consumación pero se pone en peligro el bien jurídico”. Además, se da cabida, al desistimiento y al arrepentimiento activo y eficaz.

d) La materia que doctrinariamente se conoce como “autoría y participación” contenida en los artículos 13 y 14 del Código Penal vigente bajo el título de “Personas responsables de los delitos”, fue erradicada del libro primero y los textos que contienen dicha materia, por constituir verdaderos tipos penales, quedaron ubicados, con la denominación: “Delitos contra la seguridad de los bienes jurídicos” (título primero), dentro de los “Delitos contra la sociedad” (sección tercera), título primero en la parte especial (libro segundo) del proyecto.

Este cambio, tan trascendente en la normatividad penal, tiene un fundamento teórico (lógico y semántico) muy consistente, a saber: la garantía de legalidad y la definición de autor directo o material. Según el principio de legalidad: “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” las únicas acciones y omisiones que tienen la posibilidad de constituir delito son las que previamente están descritas en un tipo penal y, por definición, quien realiza por sí mismo tales acciones u omisiones recibe el nombre de autor directo o material. La consecuencia lógica de esta racional afirmación es obvia: el autor mediato, el instigador (autor intelectual) y el cómplice no escapan a la garantía de legalidad y, por ende, también realizan una conducta descrita en un tipo penal, y, al realizarla, en su plena y exacta connotación vienen a ser autores directos o materiales de esas conductas. Por esta razón, los tipos penales que aparecen en los artículos 13 y 14, deben ser trasladados al libro segundo o parte especial. Esto es, precisamente, lo que hace el proyecto. Por otra parte, no hay que olvidar que a las personas se les debe sancionar por lo que hacen; es decir, por sus propias conductas y no por las conductas realizadas por terceras personas. Así, por ejemplo: a quien induce a otro a cometer un delito se le sanciona, precisamente, por inducir; al que auxilia o ayuda a la comisión de un delito se le aplica una pena por su conducta de auxiliar o ayudar.

Por todas las razones apuntadas, el cambio trascendente que se propone es instaurar en el libro segundo los tipos penales que contienen las conductas realizadas por los llamados “autor mediato”, “autor intelectual” y “cómplice”, a la vez que respeta con todo rigor el principio de legalidad, y se facilita su aplicación cotidiana. Por otra parte, su regulación en el libro primero siempre ha dado lugar a múltiples problemas, de los cuales muchos aún no tienen solución.

e) Respecto al capítulo correspondiente a las causas excluyentes del delito, es oportuno puntualizar la inclusión tanto del supuesto de involuntariedad como la del impedimento físico insuperable, relacionado con los casos omisivos y distinto del impedimento legítimo que se deja fuera, como causa autónoma, por estar implícito en el cumplimiento de un deber. Se regula el consentimiento del titular del bien jurídico (o de quien esté legitimado para otorgarlo) y se destacan los requisitos para su operatividad: la disponibilidad del bien jurídico, la capacidad jurídica del otorgante en cuanto a la disposición del bien y la ausencia de vicios de la voluntad. Se incorporan, además, los casos de presunción fundada del otorgamiento del consentimiento.

Por otra parte, se introduce como excluyente el trastorno mental transitorio y no todas las causas de inimputabilidad. La razón es obvia: únicamente el trastorno mental transitorio excluye el delito y, por lo mismo, conduce a la absolución; los otros supuestos de inimputabilidad conducen, necesariamente, a una condena y a la aplicación de las correspondientes medidas de seguridad, excepto si se invoca y comprueba otra excluyente, como por ejemplo legítima defensa, estado de necesidad, error, etc., caso en el cual sí habrá absolución.

C) El título tercero da cabida a las penas y medidas de seguridad. De este catálogo, se excluye todo lo concerniente a la reparación del daño para subrayar su naturaleza civil. Asimismo, se consideró pertinente eliminar el apercibimiento, la amonestación y la caución de no ofender; las dos primeras porque son sanciones que en la realidad no se aplican o no cumplen con su función de prevención general y, en su aplicación, de prevención especial, y la caución de no ofender porque es anticonstitucional, en razón de que a nadie se le puede sancionar por los delitos que aún no ha cometido, aunque se presuma que puede cometerlos.

D) El título cuarto se refiere a la “responsabilidad civil derivada del delito”, que recoge, en forma adecuada y sin distorsiones, la reparación de daños y perjuicios. Con esta regulación se posibilita que tanto el ofen-

dido como sus derechohabientes puedan intervenir, de manera directa, ante la autoridad competente; pero se puntualiza que cuando éstos no quieran o no puedan hacerlo, corresponderá al Ministerio Público intervenir como actor subsidiario en beneficio del ofendido o de sus derechohabientes, quienes podrán, sí así lo desean, coadyuvar con el Ministerio Público. En esta forma se garantiza, de manera más eficaz, el pago de la reparación del daño.

E) En el título quinto se establecen “las consecuencias accesorias del delito”, aplicables a las personas jurídicas colectivas, ya que a éstas, por no cometer delitos, no se les aplican penas ni medidas de seguridad. Tales consecuencias son: la intervención de la persona jurídica, la remoción de los administradores de la persona jurídica colectiva, la prohibición de realizar determinadas operaciones, y, si la situación es muy grave, la extinción de las personas jurídicas colectivas.

F) En materia de aplicación de sanciones (título sexto), lo más destacable es la adopción del criterio garantista que postula el principio de culpabilidad, en sustitución de las criticadas tendencias peligrosas que por mucho tiempo han regido esta materia y que la siguen rigiendo en muchas entidades federativas. Con el principio de culpabilidad, además de dar mayor seguridad en la aplicación de la pena, se garantiza una verdadera justicia penal. Por otra parte, se consignan, en diversas fracciones, reglas precisas y claras para facilitar la interpretación que, de manera necesaria, tiene que realizar el juzgador para la aplicación de las mismas al momento de individualizar la pena. Entre otros criterios se incluyen: la magnitud del daño causado o no evitado; las condiciones fisiológicas y psíquicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito; la extracción urbana o rural del agente; la índole del empleo, subempleo o desempleo del agente; la mayor o menor marginación o incorporación al desarrollo económico, político y cultural.

Se disponen, también, en este título, las penas inherentes a los delitos culposos. La adopción del racional sistema de específicos *crimina culposa* obliga a señalar con toda precisión los delitos que pueden sancionarse en su realización culposa. Se prescribe, asimismo, la forma de punir la comisión de delitos cuando el sujeto activo atraviesa por una situación de inimputabilidad disminuida; es decir, cuando el agente tenga considerablemente disminuida la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, razón por la que se prevé una punibilidad atenuada. Se precisan, asimismo, las sanciones

aplicables para el error vencible, el exceso en alguna de las excluyentes del delito, la tentativa, el concurso de delitos, el delito continuado, la autoría indeterminada (reconocida por la doctrina tradicional, equivocadamente, como complicidad correspectiva) y la pandilla (que es, tan sólo, una agravante general para todos los delitos).

Por cuanto a la sustitución, al regularla se recoge la tendencia, útil y plausible, de establecer sanciones sustitutivas de la pena de prisión. Con esta tendencia desde luego se amplían las alternativas del juzgador al individualizar la pena, lo que conduce a una mejor justicia, pero, además reduce de manera razonable la aplicación de la pena privativa de la libertad, la cual queda limitada a los casos en que es necesaria por motivos de prevención general o de prevención especial.

El proyecto recoge los sustitutivos regularmente establecidos por el derecho penal mexicano en el curso de los últimos lustros, es decir: multa, suspensión condicional de la ejecución de la condena, semilibertad, tratamiento en libertad y trabajo en favor de la comunidad. En todos estos casos existe sustitución de la pena privativa de libertad. Por ello, el proyecto adopta un nuevo agrupamiento de tales medidas, en el que ya figura la suspensión condicional de la ejecución de la condena, que la mayoría de los códigos penales de la República analizan en forma separada.

Se prestó especial atención a los requisitos y las condiciones para la procedencia de la sustitución a fin de que el resultado fuera conveniente para lograr una mejor impartición de justicia. Cabe subrayar, finalmente, que el régimen de los sustitutivos no tiene que ver únicamente con la pena privativa de libertad, en los términos ya descritos, sino que abarca la multa por trabajo en favor de la comunidad cuando el sentenciado carezca de los medios para cumplir con la sanción pecuniaria.

G) El título séptimo se destina a la “reivindicación del sentenciado”. Bajo este rubro se trata el “reconocimiento de inocencia”, que se desincorporó del título (octavo) que contiene las causas que extinguen la potestad punitiva, para enfatizar que, ante la inocencia del sentenciado, nunca puede existir potestad punitiva. En este título, además de precisar cuándo existe un necesario reconocimiento de inocencia (capítulo I), se dispone la publicación de la sentencia absolutoria (capítulo II), y se ordena la indemnización para quien habiendo estado privado de la libertad es declarado inocente (capítulo III).

H) Por último, en el título octavo se regulan las verdaderas causas que extinguen la potestad punitiva, precedidas de las reglas generales aplica-

bles a todas ellas. Dichas causas son: cumplimiento de la pena o de la medida de seguridad (capítulo II); sentencia o procedimiento penal anterior (capítulo III); ley mas favorable (capítulo IV); muerte del responsable (capítulo V); amnistía (capítulo VI); perdón (capítulo VII); cancelación del tratamiento de inimputables (capítulo VIII), y prescripción (capítulo IX).

3. El Libro Segundo, en su estructura, se sustenta en la génesis secuencial de los bienes jurídicos y en la jerarquización de tales bienes en cada uno de los niveles genéticos. La parte especial, así construida, consolida la razón de ser del derecho penal, que es la protección racional de bienes jurídicos.

La ideología, dominante en este momento entiende que el ser humano debe ser visto como “un fin en sí mismo”, como un ser que por el simple hecho de serlo tiene derechos inalienables, derechos que el Estado debe reconocerle sin ningún menoscabo. Estas ideas están inmersas en la Constitución federal mexicana y son las que nutren la cultura universal de los derechos humanos. Por tales razones, al ser humano, individualmente considerado, ha de situársele en el primer nivel de la protección penal, en virtud de que todos los bienes jurídicos y estratos sociales tienen su origen en el ser humano.

En esta línea ideológica, en el segundo lugar deben ubicarse los bienes jurídicos que directa e inmediatamente emergen del individuo, es decir, los bienes jurídicos vinculados con la familia. El tercer nivel lo ocupan los bienes jurídicos propios de la sociedad. En el cuarto nivel se tutelan los bienes jurídicos del pueblo soberano del Distrito Federal y, finalmente, aparecen los bienes propios del Distrito Federal.

Con este criterio, el proyecto de Código se configura con cinco secciones, integradas a su vez con títulos y capítulos, ordenados, también de manera rigurosa, en función del bien jurídico.

a) La sección primera comprende los “delitos contra las personas”, donde están previstos delitos de primer orden, tales como los que lesionan la vida y la salud personal, la seguridad, la libertad personal, la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, la dignidad personal, la buena fama, la intimidad personal, la paz y seguridad de las personas y el patrimonio, entre otros.

b) La sección segunda da cabida a los “delitos contra la familia”. Estos son: delitos contra la seguridad de la subsistencia familiar (título primero), delitos contra la paz familiar (título segundo), delitos contra el

ejercicio de los derechos familiares (título tercero), delitos contra la filiación y el estado civil (título cuarto) y delitos contra la institución del matrimonio y el orden sexual (título quinto).

c) La sección tercera, que es la más amplia y la que contiene mayores aportaciones, regula los “delitos contra la sociedad”. De este amplísimo catálogo, es indispensable destacar los delitos contra la seguridad de los bienes jurídicos (donde se introdujeron los tipos que regulan la materia de la denominada “autoría y participación”; el servicio público; el erario público y las garantías rectoras del procedimiento penal. En este último título hay tipos tan importantes para la sociedad como: aprehensión o detención ilegales, retardo en la entrega de un detenido, detención y prisión preventiva ilegales, retardo de la formal prisión o de la libertad, negación de la función persecutoria, función persecutoria o judicial indebidas y tortura. Asimismo, están previstos los delitos contra la administración de justicia, donde se concentran diversas figuras, clasificadas en capítulos diferentes, de acuerdo al específico bien jurídico que se pretende tutelar. Con esta nueva ordenación, los tipos quedan estructurados de manera consistente y con la exacta dimensión que deben tener, y se cancela la vigente ordenación que pretende captar toda la problemática en veintisiete fracciones de un único artículo.

d) La sección cuarta se dedica a los “delitos contra la soberanía”, e incluye, en un sólo título, los “delitos contra la democracia electoral”.

e) La sección quinta consigna los “delitos contra el Distrito Federal” y en el Título Único: “Delitos contra la seguridad interior del Distrito Federal”, prevé las figuras de rebelión (capítulo I), terrorismo (capítulo II), sabotaje (capítulo III), asonada o motín (capítulo IV) y sedición (capítulo V). Delitos que, actualmente no están regulados en el Código Penal para el Distrito Federal.

Finalmente, cabe subrayar que la punibilidad asociada a todos los tipos es idónea y proporcional al valor de los bienes jurídicos y a la magnitud del ataque a éstos a través de la conducta prohibida.