

CONTENIDO DE LAS NORMAS PENALES

Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL

SUMARIO: I. *Niveles conceptuales.* II. *Las normas penales para adultos imputables.* III. *Los tipos.* IV. *La punibilidad.* V. *La punición y la pena.*

I. NIVELES CONCEPTUALES

Con el fin de delimitar el tema, y por exigencias metódicas, es necesario establecer la distinción entre los diversos niveles conceptuales que integran el *ius poenale* o derecho penal sustantivo. Tales niveles corresponden a:

A) Las normas jurídico-penales; B) Los delitos y los hechos típicos determinados por la peligrosidad de los inimputables permanentes; C) Las puniciones y la aplicación judicial de las medidas, de seguridad; D) Las penas y la ejecución de las medidas de seguridad.

El primer nivel, que es fundamento de los restantes, es precisamente el referente a las normas jurídico-penales, pertenecientes al denominado mundo de la normatividad. Estas normas son meras descripciones generales y abstractas, que hace el legislador y pueden agruparse en cuatro grandes categorías:

- a) Normas penales para adultos imputables.
- b) Normas penales para adultos inimputables permanentes (no transitorios).
- c) Normas penales para menores imputables.
- d) Normas penales para menores inimputables permanentes (no transitorios) o todavía no imputables (por falta de desarrollo).

Ahora bien, toda norma penal tiene un doble contenido: la descripción de una determinada clase de eventos antisociales y la descripción de una determinada clase de consecuencias penales. La primera es el tipo legal; la segunda, o bien es la punibilidad tratándose de normas para imputables, o bien es la descripción de las medidas de seguridad

tratándose de normas para inimputables permanentes. En otras palabras: las normas penales para imputables se integran con un tipo y una punibilidad, en tanto que las normas penales para inimputables permanentes se componen de un tipo y una descripción de medidas de seguridad.

Las normas penales no son una simple suma de tipo y punibilidad o de tipo y medida de seguridad. El tipo está coherentemente vinculado con la punibilidad o con la medida de seguridad, hasta el punto de que su exacto contenido está determinado en una buena parte por la punibilidad o por la medida de seguridad, respectivamente.

Así, por ejemplo, el tipo legal dirigido a imputable contiene una prohibición, es decir, impone a dichos sujetos un deber jurídico penal. En cambio, y puesto que los inimputables permanentes carecen de la capacidad de comprender la prohibición, el tipo elaborado para estos sujetos no contiene prohibición alguna, esto es, no les impone ningún deber jurídico penal y, en consecuencia, no contempla la calidad de garante ni la culpa ni la inactividad.

Las normas penales dirigidas a sujetos imputables, tanto adultos como menores, pueden ser de tres clases: dolosas de consumación, por acción o por omisión; culposas de consumación, por acción o por omisión; y, de tentativa, por acción o por omisión. Las normas penales para inimputables permanentes, tanto adultos como menores, únicamente pueden ser: dolosas de consumación y de tentativa, ambas de acción únicamente.

En otro nivel, completamente distinto del anterior, están situados los delitos, que sólo pueden ser cometidos por sujetos imputables, tanto adultos como menores, y los hechos típicos determinados por la peligrosidad, cuyos autores únicamente pueden ser los inimputables permanentes, ya sean adultos o menores.

Estas dos categorías: delitos y hechos típicos determinados por la peligrosidad, pertenecen al mundo de la facticidad. Son hechos particulares y concretos que el sujeto activo realiza en un lugar y momento específicos. Temporalmente, y por exigencia del principio de legalidad, aparecen después del proceso legislativo, es decir, una vez que el legislador ha creado la norma que con toda precisión los contempla y sanciona y, por razones de legitimación, son previos a la actuación del órgano jurisdiccional, quien, después de verificar su existencia, aplica la norma general y abstracta al caso particular y concreto.

Los delitos, al igual que las normas que los definen, pueden ser dolosos de consumación, culposos de consumación, y de tentativa, todos ellos por acción o por omisión. En este orden de ideas, los hechos típicos

originados en la peligrosidad del inimputable permanente sólo pueden ser dolosos de consumación y de tentativa, unos y otros sólo por acción.

En el tercer nivel está el aspecto sustantivo de que se ocupa la autoridad judicial, es decir, el señalamiento específico de la punición para los imputables que han cometido un delito, o el señalamiento de la medida de seguridad para los inimputables permanentes que han realizado un hecho típico.

Previamente a cualesquiera de estas dos resoluciones, necesariamente se habrá comprobado la tipicidad, esto es, la correspondencia unívoca, uno a uno, entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito o del hecho realizado por el inimputable permanente.

La punición y la determinación judicial de la medida de seguridad son mandatos particulares y concretos que se manifiestan en una sentencia penal y que pertenecen al mundo normativo.

La punición se fundamenta en la punibilidad y se determina en función de la culpabilidad que sirve de límite a la potestad penal judicial. La medida de seguridad se basa en la descripción legal de la medida de seguridad y se fija en función de la peligrosidad manifestada en el particular y concreto hecho típico cometido por el inimputable permanente.

En este tercer nivel, cabe hacer una aclaración en orden a los menores: el procedimiento penal debe estar a cargo de personas distintas de las que administran la justicia penal para los adultos.

El cuarto y último nivel es el relativo a las penas y a la ejecución de las medidas de seguridad, las cuales tienen su fundamento en la sentencia penal. Tanto una como otras son hechos particulares, concretos y temporales y, por lo mismo, pertenecen al ámbito fáctico.

La pena, como ya se dijo, se apoya en una sentencia y está delimitada, en su máximo, por la culpabilidad y, en su mínimo, por la reprobación del sujeto. La medida de seguridad se fija, en su máximo, por la peligrosidad exteriorizada en el caso concreto y, en su mínimo, por la cesación de la peligrosidad del sujeto.

También aquí es menester una aclaración en relación a los menores: el cumplimiento de la pena o de la medida de seguridad, en caso de ser privativas de libertad, se llevará a cabo en lugar distinto del que se destina a los adultos.

II. LAS NORMAS PENALES PARA ADULTOS IMPUTABLES

Planteados que fueron los niveles conceptuales del *ius poenale*, debe

señalarse que el tema de las normas penales para adultos imputables queda ubicado en el primer nivel, donde están situadas todas las normas jurídico-penales, y específicamente se reduce a la primera de las categorías de normas apuntadas, las correspondientes a los adultos imputables.

En esta sucesión de ideas, lo primero que habrá de precisarse es el concepto de norma penal.

En el marco teórico, que sirve de sustento a esta ponencia, una *norma penal es un sistema normativo estructurado con todos los textos legales generales y abstractos que en forma necesaria y suficiente describen una determinada clase de eventos antisociales y la correspondiente amenaza de privación o restricción de bienes del sujeto que realice un evento de la clase descrita.*

Los textos legales que sirven para construir una norma penal están dados no sólo en la llamada "Parte Especial" del Código Penal, sino también en la denominada "Parte General" e incluso en otros ordenamientos legales distintos del Código Penal.

El significado que aquí se atribuye a la expresión "norma penal" es unívoco. No es sinónimo de artículo, texto legal, ley penal, deber jurídico penal, prohibición, mandato, permiso, norma de cultura, norma primaria, norma secundaria, etcétera.

Como ya se apuntó, las normas penales para imputables, adultos o menores, de acuerdo a su estructura, son: a) dolosas de consumación, de acción o de omisión; b) culposas de consumación, de acción o de omisión; y c) de tentativa, de acción o de omisión.

Cualesquiera de estas normas contiene un tipo y una punibilidad. En consecuencia, existen tipos dolosos de consumación, de acción o de omisión, culposos de consumación (de acción o de omisión) y tipos de tentativa, de acción o de omisión; así como tres diversas magnitudes de punibilidades asociadas a los tipos indicados.

III. LOS TIPOS

Tipo es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos.

Esta definición contiene, implícitamente, las siguientes afirmaciones:

a) El tipo es una mera descripción general y abstracta; b) su elaboración corresponde exclusivamente al legislador; c) el tipo regula, tan sólo, eventos que tienen la propiedad de ser antisociales; d) el tipo determina que un evento antisocial adquiera relevancia penal; e) para

cada clase de eventos antisociales hay un, y sólo un, tipo legal; f) cada tipo legal señala una, y sólo una, clase de eventos antisociales; g) la necesidad y la suficiencia especifican la clase de eventos antisociales descrita; h) el tipo delimita, con toda precisión, el ámbito de lo punible y, como consecuencia, permite conocer, con toda certeza, lo que no es punible; i) el tipo tiene como función la protección de uno o más bienes jurídicos; j) sin la existencia previa de un tipo, no hay delito.

Nótese que el significado del tipo es único y, por tanto, excluye las nociones de “tipo garantía”, “tipo de error”, “tipo rector”, “tipo de delito”, etcétera.

El tipo se sustenta en la existencia previa de los eventos antisociales que constituyen su fuente real y sirven de legitimación a la actividad legislativa. La tarea del legislador se reduce a recoger los eventos antisociales tal como acontecen en el mundo fáctico, con la limitación que le marca la necesidad social.

Ahora bien, por cuestiones de técnica legislativa, cuyo objetivo es facilitar el manejo de los códigos mediante la claridad, la simplicidad, etcétera, el legislador no describe en un único texto legal la materia de la prohibición en toda su integridad; de ahí que, tratando de evitar reinteracciones innecesarias, ubica todos los aspectos comunes en una parte general y deja la parte especial para los aspectos diferenciadores, que en muchas ocasiones se complementa con materias reguladas en otras codificaciones.

Así, cuando el teórico pretenda precisar la materia de la prohibición, por ejemplo del abuso de confianza, no le será suficiente lo previsto en el Código Penal en su parte general y especial; le será indispensable recurrir al Código Civil, para buscar los conceptos de posesión, formas de adquirirla o de perderla, los derechos y obligaciones derivados de la misma, sus diferencias con la propiedad, etcétera.

Por las razones expuestas, los textos legales no han de ser interpretados en forma aislada, esto es, desvinculados unos de otros. Es preciso coordinarlos para reconstruir la materia de la prohibición. Algunos iuspenalistas han olvidado esto y por ello han incurrido en errores, que no han podido superar, lo cual es de suma gravedad, por ser el tipo, junto con la punibilidad, el aspecto fundamental en todo derecho penal liberal, social y democrático.

El tipo se construye a partir del texto legal que contiene al verbo descriptivo de la actividad o inactividad materia de la prohibición, pero dicho texto está estrechamente vinculado con otros textos legales. En primer término, es necesario relacionar el texto legal que contiene al

verbo con aquellos otros que prescriben el dolo o la culpa. Esta conjunción de textos legales no incluye en su descripción las actividades o inactividades fortuitas, debido a que éstas ocurren fuera del control del autor. Lo fortuito, por constituir meros fenómenos naturales, de ningún modo debe ser recogido por el derecho.

En consecuencia, el tipo incluye únicamente actividades o inactividades dolosas o culposas, excluyendo expresamente las fortuitas.

Valga un ejemplo tomado del Código Penal mexicano: el artículo 302, definitorio de la actividad de privar de la vida a una persona, tiene que ligarse, ineludiblemente, con el artículo 8º fracción I, alusiva al dolo, para obtener la privación dolosa de la vida de una persona, o fracción II, relativa a la culpa, para obtener la privación culposa de la vida de una persona.

Es oportuno recordar que la fracción II del artículo 8, así como el artículo 60, ambos de la parte general, consagran la culpa en términos tan amplios que es válido afirmar que todos los tipos admiten la culpa. En otros códigos penales, que siguen el sistema de específicos tipos culposos, la culpa está establecida en la parte especial para un número muy reducido de tipos, por lo cual la gran mayoría de tipos son exclusivamente dolosos.

De los dos sistemas apuntados, el que se ajusta mejor a la exigencia de antisocialidad y, por tanto, el más idóneo para la justicia penal, es el que opta por restringir el ámbito de la culpa. El otro sistema, como el adoptado por el Código Penal mexicano y que regula la culpa como regla general, da margen a soluciones reñidas con la justicia; como ejemplos se pueden citar robos culposos, fraudes culposos, abusos de confianza culposos, amenazas culposas, circulación culposa de billetes falsos, etcétera.

Pero el alcance del verbo descriptivo de la actividad o inactividad no queda especificado exclusivamente por los textos legales referentes al dolo o a la culpa. También hay que tomar en consideración el texto legal que da contenido a la tentativa y que aparece en la parte general de los códigos penales. Este último texto legal, que en todos los códigos penales se relaciona exclusivamente con el dolo, fundamenta la existencia de dos clases de actividades o inactividades dolosas: las de consumación y las de tentativa. La culpa y la tentativa son, por definición, recíprocamente excluyentes. Consecuentemente, los textos legales describen actividades o inactividades dolosas: de consumación o de tentativa, y actividades o inactividades culposas, que sólo pueden ser de consumación.

Los tipos de consumación se forman con todos los textos legales que especifican en toda su exactitud la materia de la prohibición propia de la consumación, lo cual implica la exclusión del texto legal concierne a la tentativa.

Los tipos de tentativa se construyen mediante la fusión coherente del texto legal propio de la tentativa con los diversos tipos de consumación incluidos en el propio código o en otros ordenamientos. La coherencia se obtiene eliminando del tipo de consumación, o sustituyendo en él todos aquellos elementos que no armonizan con la tentativa. Un ejemplo será ilustrativo: la tentativa de homicidio se configura con los artículos 302, 8, fracción I, y 12, que en su conjunto disponen: Comete el delito de tentativa de homicidio el que dolosamente ejecuta hechos encaminados directa e inmediatamente a privar de la vida a otro, si el homicidio no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Ahora bien, de todo el universo de actividades o inactividades dolosas (de consumación o de tentativa) o culposas (de consumación), relatadas en los tipos, algunas están prohibidas y otras no lo están. Esto se infiere de la existencia de los textos legales que regulan las causas de justificación. Son las justificantes las que delimitan los campos de lo prohibido y lo no prohibido.

Cuando en favor de la conducta señalada en el tipo no opera alguna justificante, dicha conducta está prohibida. Contrariamente, cuando sí opera alguna justificante, la conducta *no* está prohibida.

Las causas de justificación se sustentan en la necesidad de llevar a cabo la conducta en virtud de que se va a salvar algún bien jurídico y no se tiene otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva. Por tanto, están prohibidas las acciones u omisiones que se realizan sin necesidad porque no se va a salvar bien jurídico alguno o porque existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva; y no están prohibidas las que se ejecutan por necesidad, porque se va a salvar algún bien jurídico, cualquiera que sea su valor, y no se tiene al alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

Recuérdese que para precisar la prohibición es ineludible coordinar rigurosamente todos los textos legales que se refieren a la materia de la prohibición, y siendo uno de ellos el relativo a las causas de justificación, no puede quedar excluido.

Cuando se aíslan los textos legales que contienen las justificantes y se les considera como “normas” permisivas, se cae en el absurdo de afirmar que las acciones y omisiones están prohibidas u ordenadas en una “norma” y permitidas en otra “norma” distinta.

Es importante subrayar dos aclaraciones: en primer lugar, lo que aquí se afirma no es coincidente con la “teoría de los elementos negativos del tipo”, ya que en dicha teoría se dice que el tipo está integrado con elementos positivos y negativos (causas de justificación). En esta ponencia se está sosteniendo la tesis de un tipo compuesto exclusivamente de elementos positivos, en el cual las justificantes no figuran como elementos negativos. Es la inoperancia de toda justificante, o sea la prohibición, lo que se incluye como elemento del tipo. La formulación lingüística en forma negativa no implica que este elemento sea negativo. En segundo lugar, la inclusión de la prohibición en el tipo no conduce necesariamente a la presencia del dolo valorado. El dolo neutro queda a salvo con la sola división de los elementos objetivos del tipo en dos categorías: valorativos y no valorativos. Así, el conocimiento, como elemento del dolo, abarca únicamente a los elementos objetivos no valorativos.

Por otra parte, y retomando el principio directriz de las causas de justificación, esto es, la necesidad de actuar, y analizando la razón de ser de las llamadas causas de inculpabilidad por no exigibilidad de la conducta adecuada a la norma, fácilmente se advierte que esa razón no es otra que el mismo principio de la necesidad de actuar. En consecuencia, si ambas tienen su raíz en el mismo principio, es de afirmarse que tienen la misma naturaleza. Esta aseveración se robustece cuando se observa que, tanto en las causas de justificación como en las causas de inculpabilidad por inexigibilidad, el sujeto actúa para salvar algún bien jurídico y carece de otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva, y, algo más importante, que en ambas la conducta no está prohibida.

Los iuspenalistas, al estudiar las causas de justificación y las causas de inculpabilidad por inexigibilidad de la conducta adecuada a la norma, han planteado una diferencia: en las primeras el sujeto actúa para salvar un bien jurídico de mayor valor, en tanto que en las segundas los bienes jurídicos en conflicto son de igual valor. Tal diferenciación no tiene base legal alguna ni fuerza para fundar la autonomía de las inexigibilidades y, lo que es más grave, conduce al absurdo de entender que las conductas amparadas por inexigibilidad son antijurídicas cuando ni siquiera están prohibidas por los textos legales. Todavía más: los iuspenalistas, al tratar los casos en que el sujeto actúa para salvar un bien de menor valor, implícitamente aceptan que en dichos casos hay culpabilidad y, por tanto, delito. Olvidan, con ello, que las normas penales están dirigidas al hombre común y no a seres excepcionales. El hombre común, ante un conflicto de bienes, nunca se autosacrifica para salvar el bien ajeno, por valioso que sea éste. Ante esa realidad, afirma que

está prohibida la conducta del sujeto que, para salvar un bien de menor valor, sacrifica uno más valioso, equivalen a desconocer, por una parte, la naturaleza del ser humano común y corriente y, por otra, la racionalidad de las normas penales en cuanto a que éstas son elaboradas para ser cumplidas por el mayor número de sujetos.

Los razonamientos anotados se ven con toda objetividad cuando se trabaja con textos legales concretos. Así, en el Código Penal mexicano, las fracciones III, IV, V, VII, VIII y IX del artículo 15, consagran como justificantes: la legítima defensa, el temor fundado, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho, la obediencia jerárquica, el impedimento legítimo (cuando hay conflicto de bienes) y el ligamen de amor, respeto, gratitud o estrecha amistad en casos de encubrimiento. Si se ejemplifica con el tipo de tentativa de homicidio, que se obtiene de los artículos 302, 8 fracción 1, 12 y las fracciones del artículo 15 que sean compatibles, se tiene que la exacta materia de la prohibición se enuncia de la siguiente manera: está prohibido ejecutar dolosamente hechos encaminados directa e inmediatamente a privar de la vida a una persona, si el homicidio no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, sin que medie legítima defensa ni temor fundado ni estado de necesidad. En consecuencia, no están prohibidos los hechos precitados cuando sí media legítima defensa o temor fundado o estado de necesidad.

Por cuanto al contenido de los tipos legales, cabe afirmar que, mediante el análisis metódico, es reducible a unidades lógico-jurídicas que vale denominar elementos, los cuales, en orden a sus propiedades específicas, permiten ser organizados en subconjuntos. Tales subconjuntos y elementos posibilitan la siguiente definición estructural:

1. Deber jurídico penal.
2. Bien jurídico.
3. Sujeto activo:
 - A) Capacidad psíquica:
 - a) Voluntabilidad;
 - b) Imputabilidad.
 - B) Calidad de garante;
 - C) Calidad específica;
 - D) Número específico.
4. Sujeto pasivo:

- A) Calidad específica;
 - B) Número específico.
5. Objeto material.
6. Kernel:
- A) Acción:
 - a) Voluntad:
 - aa) Dolo;
 - ab) Culpa.
 - b) Actividad.
 - B) Omisión:
 - a) Voluntad:
 - aa) Dolo;
 - ab) Culpa;
 - b) Inactividad.
 - C) Resultado material;
 - D) Nexo causal o nexo normativo;
 - E) Modalidades:
 - a) Medios;
 - b) Referencia temporal;
 - c) Referencia espacial;
 - d) Referencia ocasional.
7. Lesión o puesta en peligro del bien jurídico:
- A) Lesión del bien jurídico: consumación;
 - B) Puesta en peligro del bien jurídico: tentativa.

Las conceptualizaciones del contenido enumerado son:

a) Deber jurídico penal es la prohibición categórica e incondicionada de la actividad o inactividad dolosa o culposa que lesiona o pone en peligro al bien tutelado y que es innecesaria porque no va a salvar bien jurídico alguno o porque existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

b) Bien jurídico es el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo legal.

c) Sujeto activo es toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo legal.

ca) Voluntabilidad es capacidad de conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal (capacidad de dolo); o bien, capacidad de conocer y querer la actividad o inactividad que, por descuido, produce la lesión del bien jurídico (capacidad de culpa).

cb) Imputabilidad es la capacidad de conocer la específica prohibición penal.

Ambas: voluntabilidad e imputabilidad, integran la plena capacidad psíquica del sujeto.

cc) Calidad de garante es la relación especial, estrecha y directa, en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien.

cd) Calidad específica del sujeto activo es el conjunto de características exigidas en el tipo y delimitadoras de los sujetos a quienes va dirigido el deber.

ce) Número específico del sujeto activo es el número de personas físicas (singular o plural), exigido en el tipo, necesario y suficiente para hacer factible la lesión del bien jurídico.

d) Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido en el tipo.

da) Calidad específica del sujeto pasivo es el conjunto de características exigidas en el tipo, delimitadoras del titular del bien jurídico.

db) Número específico del sujeto pasivo es el número, singular o plural, de pasivos exigidos en el tipo.

e) Objeto material (objeto de la acción) es el ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo.

f) Kernel es el subconjunto de elementos del tipo necesarios e idóneos para producir la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico.

fa) Dolo es conocer y querer (dolo directo), o conocer y aceptar (dolo eventual), la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal. El dolo de "consecuencias necesarias" surge cuando el sujeto quiere su actividad y conoce que con ella va a producir necesariamente las consecuencias típicas.

fb) Culpa es no proveer el cuidado posible y adecuado para no producir, o evitar, la lesión típica previsible y provisible, se haya o no previsto (culpa con previsión y culpa sin previsión).

fc) Actividad es el movimiento corporal descrito en el tipo, idóneo para producir la lesión del bien jurídico y que, en la consumación, la produce porque no es interferido por ningún factor opuesto a la lesión

y, en la tentativa, no la produce porque sí es interferido por alguna causa ajena a la voluntad del sujeto activo.

fd) Inactividad es la no realización del movimiento corporal ordenado en el tipo, idóneo para no evitar la lesión del bien y que, en la consumación, no la evita porque no es interferida por ninguna causa opuesta a la lesión y, en la tentativa, no la produce porque es interferida por alguna causa ajena a la voluntad del sujeto activo.

Con los elementos señalados anteriormente, se integran las acciones y las omisiones.

fe) Resultado material es el efecto natural de la actividad, previsto en el tipo.

ff) Nexo causal es el proceso naturalístico relacionante de todos los efectos consecutivos a la *actividad*, el último de los cuales es el resultado material.

Nexo normativo es la relación jurídica que atribuye el resultado material a la *inactividad* del sujeto activo señalado en el tipo como garante de la evitación de ese resultado.

fg) Medios son el instrumento, o la actividad distinta de la acción, empleados para realizar ésta o producir el resultado.

fh) Referencia temporal es la condición de tiempo o lapso dentro del cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado.

fi) Referencia espacial es la condición de lugar en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado.

ff) Referencia de ocasión es una situación especial generadora de riesgo para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado.

g) Lesión del bien jurídico es la destrucción, disminución o compresión del bien jurídico (tipo de consumación).

h) Puesta en peligro del bien jurídico es la medida de probabilidad asociada a la destrucción, disminución o compresión del bien jurídico (tipo de tentativa).

IV. LA PUNIBILIDAD

Punibilidad es conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste.

De aquí se desprende lo siguiente:

- a) La punibilidad es una mera descripción general y abstracta.
- b) Es elaborada exclusivamente por el legislador.
- c) Es, tan sólo, conminación de privación o restricción de bienes.
- d) La legitimación del legislador, en orden a la punibilidad, está basada en la necesidad social. Sin necesidad social el legislador carece de legitimación.
- e) La punibilidad está dada sólo para sujetos imputables.
- f) La punibilidad es el medio que determina la inhibición de tales sujetos.
- g) La función de la punibilidad es la protección de bienes a través de la prevención general.
- h) La punibilidad debe ser idónea para la prevención general.
- i) La clase de punibilidad depende de la clase de bien tutelado.
- j) Cuantitativamente la punibilidad depende del valor del bien tutelado, del dolo o de la culpa y de la lesión (consumación) o puesta en peligro (tentativa) del bien tutelado.
- k) No hay delito sin la existencia previa de la punibilidad.
- l) La punibilidad es distinta de la punición y de la pena.
- m) La punibilidad es fundamento de la punición y de la pena.

Ahora bien, como ya se expresó, la existencia de tres clases diferentes de tipos legales: dolosos de consumación, culposos de consumación, y de tentativa, todos ellos de acción o de omisión, determina necesariamente la existencia de tres distintas magnitudes de punibilidad.

La punibilidad correspondiente al tipo doloso debe ser más grave que la relacionada con el tipo culposo, y la correspondiente al tipo de consumación debe ser más elevada que la ligada al tipo de tentativa.

Esta afirmación es obvia en virtud de la proporcionalidad que debe guardar la punibilidad con la magnitud del bien y del ataque al mismo. Además, siendo la punibilidad el medio idóneo para la prevención penal general, resultaría irracional establecer punibilidades desproporcionadas.

La prevención penal opera únicamente cuando está diseñada en forma de sistema. En virtud de ello, y por definición, no admite la presencia de elementos irracionales en ninguno de sus subsistemas, siendo uno de éstos el de las punibilidades. Por ello, una punibilidad desproporcionada, que en cualquier caso significa un atropello a los súbditos, intro-

duce un elemento irracional en el subsistema de punibilidades, lo cual perturba y debilita el sistema de prevención penal.

Por lo que respecta a la punibilidad vinculada con los tipos dolosos de consumación, debe inscribirse, por razones de técnica legislativa, en el mismo texto legal en que está descrita la actividad o inactividad materia de la prohibición.

La punibilidad asociada a los tipos culposos de consumación deberá insertarse inmediatamente después de la punibilidad correspondiente al tipo doloso de consumación.

Cabe recordar que, en relación a la dualidad de sistemas existentes en torno a la regulación de la culpa, cuando se abordó la temática del tipo se optó, por las razones ahí apuntadas, por el que consagra, en la parte especial, específicos tipos culposos. En consecuencia, también se opta por específicas punibilidades.

Lo anterior significa que se rechaza la forma en que, por ejemplo, el Código Penal mexicano reglamenta la culpa.

La punibilidad ligada a los tipos de tentativa debe describirse a través de dos textos legales que se coordinen entre sí: uno, el que instaure la regla general mediante la cual se reduce proporcionalmente la punibilidad para el correspondiente tipo doloso consumado; otro, el que contiene precisamente dicha punibilidad (la del correspondiente tipo doloso consumado). La regla general ha de incluir, en forma clara y precisa, todos los datos que permitan explicitar unívocamente, para cada tipo de tentativa, el mínimo y el máximo de la punibilidad.

Un ejemplo de equívoca regla general lo proporciona el Código Penal mexicano, que, por un lado, no prescribe el mínimo y, por otro, señala el máximo en forma tan confusa que literalmente parece remitir a la punición que hipotéticamente dictaría el juez en la sentencia si el delito fuera consumado. Dice así el artículo 63: “a los responsables de tentativa punibles se les aplicará, a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, *hasta* las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario”.

V. LA PUNICIÓN Y LA PENA

Es oportuno, para la mejor comprensión de la punibilidad, anotar, aunque sea en forma puramente esquemática, algunas de las nociones medulares acerca de la punición y de la pena.

Punición es fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad.

De la definición anterior se deduce lo siguiente:

- a) La punición es un mandato particular y concreto.
- b) Es dictada exclusivamente por el órgano jurisdiccional en una sentencia penal.
- c) La punición es fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito.
- d) La legitimación de la punición deriva de la comisión del delito plenamente probado.
- e) La punición se dicta sólo contra sujetos imputables.
- f) La punición debe ser proporcional a la magnitud de la culpabilidad, y, por tanto, el juzgador no debe rebasar el límite que le traza la culpabilidad.
- g) La punición se da en relación a los delitos, nunca en relación a hechos típicos determinados por la peligrosidad del agente.
- h) La función de la punición es reafirmar la prevención general.
- i) La punición es fundamento de la pena.

En cuanto a la pena, ésta es la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización.

De aquí se deriva que:

- a) La pena es un hecho particular y concreto.
- b) Su instancia jurídica es la ejecutiva.
- c) La pena es real privación o restricción de bienes del autor del delito.
- d) La legitimación de la pena emerge de la existencia del delito, plenamente probado.
- e) La pena es tan sólo para sujetos imputables.
- f) La función de la pena es la prevención especial.
- g) Está determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización.
- h) No hay pena sin punición.