

## LA CULPABILIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Álvaro BUNSTER\*

Es sabido que ni la primera Constitución federal ni la de 1917 habían declarado formalmente el principio de culpabilidad, y que, por su parte, tampoco lo había hecho el primer Código Penal de alcance federal, el llamado Código de Martínez de Castro, que rigió desde 1871 hasta bien entrada la vigencia de la segunda de aquellas constituciones. Este Código de 1871, de tendencia más bien correccionalista, presupuso la imputabilidad, sin llegar a ofrecer de ésta una fórmula, y previó una responsabilidad asentada en el dolo y en la culpa, conceptuados uno y otra muy imperfectamente desde el punto de vista técnico. Más drástico fue el Código de Almaraz, en que empezó a acusarse la perturbadora presencia legislativa de la peligrosidad, mantenida, pese a insinceras declaraciones en contrario, en el Código Penal de 1931. Es cierto que al publicarse este último, su sistema, aunque carente de una fórmula legal de la imputabilidad, imponía a los afectados de trastorno mental medidas que no eran penas, si bien de duración indeterminada, y que subordinaba la declaración de responsabilidad de los imputables a normas que, en términos generales, correspondían a las bases de imputación penal existentes en su época, pero es igualmente cierto, además de que la reincidencia merecía una punibilidad exorbitante, que la peligrosidad era un criterio a tenerse en cuenta para diversos fines desfavorables al imputado, y asumía una función prominente en la determinación de la calidad y cantidad de la pena.

En una época en que a nuestro continente no llegaban con prontitud los ecos del pensamiento jurídico y de la evolución legislativa penal europeos, México contaba con un Código Penal técnicamente atrasado, en que una categoría de la culpabilidad de estructura deficiente aparecía expuesta a las demasías de la peligrosidad. Se explicaba, aunque no se justificaba

\* Profesor del Instituto Tecnológico Autónomo y miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

ba, que la jurisprudencia se inclinara entonces con exceso a hacer prevaler la segunda sobre la primera. Desprovisto el Código, en efecto, de una fórmula legal de la imputabilidad, ponía, en cambio, énfasis en las medidas adoptables respecto de sujetos tenidos más por peligrosos que por inimputables, y parecía no contener entonces otra referencia a la culpabilidad que la mención al dolo, la culpa y el miedo insuperable, identificados con la culpabilidad por un saber jurídico local puesto por entero de espaldas al ya largo camino andado por la ciencia jurídica, relativamente a un concepto de tanta significación.

Tampoco parece necesario, a la hora de enjuiciar el aporte que pueda brindar a tal concepto este nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que pugna impacientemente por su vigencia real apenas se extinga la *vacatio legis* que ha acompañado a su algo apresurado alumbramiento, reiterar que aquella fisonomía de la ley penal positiva se había visto alterada ya en 1983-1985, es decir, hace casi veinte años, por una importante reforma al Código Penal en ésa y otras materias, que dejaba ver una nueva concepción de la culpabilidad como uno de sus rasgos más significativos.

Estas reformas obedecían a un nuevo concepto de la culpabilidad, acorde con lo que la ciencia jurídicopenal reconoce como un principio, el principio de culpabilidad, amén de varios otros que rigen, o aspiran a regir, el derecho penal moderno. Dicho principio se expresa simplemente con el apotegma de que “no hay pena sin culpabilidad”, y en el subsecuente de que “la medida de la pena no puede exceder la medida de la culpabilidad”. Hacerse cargo de que el delincuente, antes de violar la ley con sus manos, la ha violado en su corazón, según la bella expresión de Carrara, es una de las premisas, pues, del derecho penal moderno.

En nuestra época se ha intentado basar el principio de culpabilidad en ciertos valores internacionalmente consagrados, como el del “libre desarrollo de la personalidad”, en cuanto aparezcan, además, formalmente incorporados al derecho positivo nacional. Nos parece, como a muchos, que donde al menos la aspiración a un Estado de derecho derive de una carta magna que expresamente lo consagre, tal Estado de derecho comporta el principio de culpabilidad, aunque, como acontece en México, no haya hecho de éste expresa mención el texto de las constituciones se han sucedido.

La reacción se inició, decíamos, con las muy importantes reformas introducidas al Código Penal en un trienio que se abre en las postrimerías de 1983, y que entraron a regir el 12 de abril de 1984. Entonces se incor-

poró al Código una fórmula legal de la imputabilidad, se ofrecieron definiciones en esencia correctas del dolo, la culpa y la preterintención (esta última suprimida del Código un decenio después), y se previó el efecto exculpante del llamado error de prohibición. Diez años más tarde, en 1994, quedó la peligrosidad definitivamente erradicada del Código, y los términos “culpabilidad” y “culpable”, en su actual significado, hicieron su aparición en diversas partes de su texto. Entre ellas se cuentan, desde luego, la participación y, lo que es especialmente digno de enfatizarse por la gravitación específica que ejerce sobre el destino del imputado, la medición de la pena, donde se ordena perentoriamente tener en cuenta, junto a la “gravedad del ilícito”, el “grado de culpabilidad del agente”, para fijar la penalidad que se estime justa y procedente dentro de los límites fijados por la ley.

Pues bien, al pasar revista a lo preceptuado en materia de culpabilidad por el Código para el Distrito Federal que entrará en vigor el 26 de noviembre de 2002, salta a la vista un antecedente auspicioso: la incorporación, en un título preliminar que recoge principios y garantías penales ya declaradas en la Constitución y las leyes, del principio de culpabilidad, hasta ahora formalmente ausente de aquélla y de éstas. En efecto, bajo la invocación expresa del “principio de culpabilidad”, así denominado entre paréntesis en el primer párrafo del artículo 5o., se prohíbe, por una parte, la aplicación de pena alguna si la acción y la omisión no han sido efectuadas culpablemente, y, por otra, se prescribe la relación directa en que deben necesariamente hallarse la medida de la pena y el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho y de su gravedad (artículo 5o.). En el segundo párrafo de este artículo se requiere, todavía, la acreditación de la culpabilidad del sujeto para la aplicación de una medida de seguridad, si ésta se impone accesoriamente a la pena, esto es, si la ley ha optado, como en verdad lo hace en unos pocos casos, por el sistema cumulativo de penalidad llamado del “doble riel”.

No puede, pues, ser más terminante y de vigencia más amplia la adopción del principio de culpabilidad, como modernamente se le entiende. Y esta adopción debe imputarse a mérito del Código.

Esa forma moderna de entender la culpabilidad, dicho concisamente, es la hacer reposar la censura o desaprobación, a tal título, de la acción u omisión típica (dolosa o culposa) y contraria a derecho del agente u omitente, en razón de *a*) su capacidad de ser culpable (imputabilidad), *b*) la posibilidad en se halla de conocer el carácter prohibido del hecho, y *c*) el

serle además de posible, exigible, en la situación concreta, conducirse conforme a derecho.

Este contenido relativamente complejo de la culpabilidad, reiteramos, no es novedad introducida por el nuevo Código Penal para el Distrito Federal. En este respecto, su mérito reside en otra cosa, a saber, en su firme disposición de persistir en configurarla del modo que ha quedado dicho, sobre la premisa del desplazamiento del dolo y la culpa de la culpabilidad al tipo, por efecto de reconocer en éste, atendidas razones de diversa índole, un dispositivo legal desplegado en un plano objetivo y otro subjetivo, en el último de los cuales vienen a anidar el dolo, y la culpa en su caso, de modo de dejar fijada con pleno sentido la materia de la prohibición, que es lo que el tipo empieza por dejar precisamente acotado dentro de sus contornos. Esta visión continúa dando legislativamente al traste con la pertinacia de los tribunales mexicanos en apearse a una intelección primitiva y pobre de la culpabilidad, consistente en identificarla sólo con el dolo y la culpa, asentados uno y otra, todo lo más, en el presupuesto de la imputabilidad, a la manera liszteana.

Aunque esta contribución lo es a la iniciativa de evaluar el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, nos parece debido, junto con encomiar su fidelidad a una moderna concepción de la culpabilidad, mostrar, en la víspera de entrar en vigor el nuevo texto, los extremos a que, por el contrario, a lo largo de casi veinte años ha llegado la jurisdicción penal mexicana en su cabal desconocimiento, no ya de éste o aquel precepto de la nueva regulación, aisladamente considerado, sino del sistema de imputación que, en su conjunto, los preceptos singulares claramente delinear.

En esto no queda para mí otro camino que reiterar, del modo más decidido, algo de lo que he sostenido en otras ocasiones. No puede caber duda de que “injusto” y “culpabilidad” son dos juicios de contenido distinto, en donde el segundo presupone el primero. En la práctica, de los extremos en que reposa el primero suele dar cumplida cuenta la sentencia, lo que no ocurre tratándose de aquellos en que estriba el segundo, que no es dable tener por existente, como se hace en la práctica, sobre la sola base de la imputabilidad del actor y de la concurrencia del dolo o la culpa, y ello, por supuesto, en atención a la estructura algo más compleja que la culpabilidad exhibe, nada menos que desde 1984. Si de la acreditación del injusto y la culpabilidad nos desplazamos al de su magnitud, a fin de fijar el monto concreto de la pena, contaremos con criterios ofrecidos por la ley tanto respecto del uno como de la otra. La jurisdicción tiene

en cuenta las reglas para la medición del injusto, pero se desentiende, por su apego a una concepción de la culpabilidad que hace mucho tiempo dejó de anidar en la ley, de las reglas sobremanera claras que la misma estatuye para medir la culpabilidad.

La acreditación de la existencia y magnitud del injusto, así como la de la existencia y magnitud de la culpabilidad son, ambas, juicios de certeza, no de probabilidad, y conciernen a un hecho del pasado, no a un acaecer futuro. En vez de acreditar la culpabilidad y su monto habida cuenta, como no debiera ser de otro modo, de su genuino contenido, según infiere de la propia ley, la jurisdicción lo tiene por *quantité négligeable*, y, lo que es peor, revive el fantasma de la peligrosidad, acogida en su tiempo por la legislación en una larga y superada época de infatuación positivista. Todavía más, esta suplantación se instrumenta en un proceder del todo ajeno a lo que prescribe la ley. En efecto, se comienza por requerir “informes de personalidad” a órganos técnicamente incapacitados de fundamentarlos en un examen global de la persona, efectuado con el debido detenimiento. Esos informes se utilizan para dar por sentado un grado de peligrosidad. A falta de antecedentes penales, se afirma un grado mínimo de peligrosidad, y la presencia de aquéllos conduce a reconocerla en su grado máximo. Se establece, luego, un grado medio y, en equidistancia de este grado medio con el mínimo y el máximo, se llega a intercalar un segundo y un cuarto grado en esta escala desplegada, en definitiva, en cinco grados, y concebida y aplicada enteramente *contra legem*. La culminación de semejante invento se alcanza con la admisión de recursos para el caso de que este verdadero “arancel” aparezca transgredido por el juez sentenciador.

Así pues, la fijación legal de la duración de la pena dentro de un mínimo y un máximo, inspirada en el sano propósito de facultar al juez para recorrerla con un cierto margen de arbitrio en toda su extensión, ha sido arrastrada, por la invención jurisprudencial que aquí se denuncia, al efecto contrario, esto es, a la restauración del desacreditado y largamente superado régimen de penas tasadas, del que en su hora se propuso decididamente huir el legislador penal mexicano.