

REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS TÓPICOS DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Javier Raúl AYALA CASILLAS*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Concurso aparente de normas incompatibles entre sí*. III. *Causas de exclusión del delito (inimputabilidad)*. IV. *Numerus clausus*. V. *Concurso de delitos*. VI. *Sustitutivos*.

I. INTRODUCCIÓN

Hace aproximadamente 18 años nuestra ley sustantiva penal empezó a tener cambios que modifican seriamente su orientación político-filosófica, pues no obstante que el legislador de 1931 argumentó que el Código no tenía por qué vincularse a alguna de las orientaciones en aquél entonces en boga, lo cierto es que no pudo sustraerse de lo que se dio en llamar “la lucha de escuelas”, las cuales se encuentran vinculadas con determinadas orientaciones filosóficas y políticas que tienen que ver necesariamente con el respeto a los derechos del hombre y con los límites del poder punitivo del Estado; no hay duda que el legislador se vio influido sobre todo por los criterios de la Escuela Positiva, los cuales no respetaban de manera considerable los derechos del hombre, ni garantizaban una mayor limitación de la potestad punitiva, prueba de ello son los principios de presunción de intencionalidad, de peligrosidad, el de la reincidencia como causa de agravación de la pena y el de la retención, que eran característicos de un sistema totalitario, y que el movimiento legislativo iniciado en 1984 y que continuó en 1994, ha ido erradicando para seguir los lineamientos políticos filosóficos que se desprenden de la Constitución de 1917, que es donde se establecen los lineamientos de cómo debe ser la estructura de justicia penal en nuestro país y que el legislador de 1931 no atendió; lineamientos que nos indican que la legislación penal mexicana debe revestir características propias de un sistema democrático de derecho, ya

* Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

que es este tipo de Estado el que diseña nuestra Constitución en su artículo 40, y como prueba del movimiento legislativo anterior, basta recordar lo siguiente: *a)* se erradicó el principio de intencionalidad que establecía en su artículo 9o. el Código Penal, y se dio lugar al principio de presunción de inocencia; *b)* se eliminó el criterio de que la ignorancia de la ley a nadie exonera, que partía de la idea de que todo individuo por el hecho de vivir en sociedad conocía el contenido de la ley y que en consecuencia nadie podía alegar la ignorancia o desconocimiento de su existencia, y como resultado de ello se regula el error inicialmente llamado “error de derecho” como causa de exclusión o atenuación de la responsabilidad penal, y que nos permite distinguir en la actualidad entre error de tipo y error de prohibición, ya sea vencible o invencible; *c)* se introducen sustitutos de la pena de prisión como el trabajo en favor de la comunidad, el tratamiento en libertad y en semilibertad; *d)* se elimina la regulación de la retención, así como la de la reincidencia como causas de agravación de la pena; *e)* se elimina el principio de la peligrosidad o temibilidad del sujeto para regular el principio de culpabilidad como criterio determinante para la individualización judicial de la pena; *f)* se precisan los alcances y requisitos de la conducta dolosa y de la conducta culposa, con lo que se supera el problema que originaba la existencia de los tipos abiertos; *g)* se precisa la regulación de la tentativa punible y se establecen los casos de impunidad producidos con el desistimiento o el arrepentimiento del activo; *h)* se delimitan con mayor claridad las diferentes formas de autoría y participación y se establece como principio que cada uno de los intervinientes responderá en la medida de su propia culpabilidad, previéndose una menor penalidad para el cómplice, para el auxiliador posterior del hecho, en virtud de promesa anterior, y para la llamada autoría indeterminada o complicidad correspectiva o correlativa entre otros casos más.

Nuestro nuevo Código Penal, congruente con los lineamientos constitucionales y dando continuidad al movimiento legislativo citado, establece en el libro primero, parte general, los principios que deben regir el Código Penal son los siguientes:

- a) Principio de legalidad. Conforme a este principio plasmado en el artículo 14 constitucional, en ningún caso el Estado podrá imponer pena o medida de seguridad, si no es por la realización de una conducta que previamente ha sido descrita en la ley como delito o sin que la sanción esté igualmente establecida en la ley.

- b) Principio de tipicidad. Éste deriva del principio de legalidad y se encuentra en la existencia previa de los tipos penales, teniendo la función de describir la materia de la regulación de las normas penales, esto es, se describe la conducta que la norma penal prohíbe u ordena, y que constituye un requisito necesario para poder hablar de delito y para poder hablar de pena.
- c) Principio de intervención mínima del derecho penal. Consiste en que el derecho penal sólo debe ser utilizado como recurso de *ultima ratio*, cuando otros medios resultan ineficaces, lo cual implica la necesidad de agotar previamente recursos no penales cuyas consecuencias sean menos drásticas, pero que pueden resultar más eficaces que las penales para la protección de bienes jurídicos.
- d) Principio del bien jurídico. Parte del criterio de que los tipos penales sólo se justifican en la medida en que con él se trata de proteger un determinado bien jurídico. Por ello, la consideración del bien jurídico constituye la razón de ser de los tipos penales y de todo el derecho penal.
- e) Principio de acto. En éste se precisa que las normas penales únicamente pueden prohibir u ordenar conductas humanas (acciones u omisiones), por lo que al sujeto sólo se le podrá imponer una pena o medida de seguridad por lo que él hace y no por lo que es.
- f) Principio de culpabilidad y de presunción de inocencia. De acuerdo con este principio, a nadie se le impondrá pena si no se demuestra previamente su culpabilidad, la medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto. Estrechamente vinculado con este principio se encuentra también el principio de presunción de inocencia, que atribuye al órgano del Estado la carga de probar la culpabilidad del sujeto autor de la conducta antijurídica, y que mientras aquél no demuestre su culpabilidad se le tendrá por inocente.

Con los principios anteriores que dio nuestro legislador un gran paso en el campo sustantivo penal.

Asimismo, el libro segundo, parte especial, título primero, ya no inicia señalando cuáles son los delitos contra la seguridad de la nación o del Estado, como ocurrió en el Código de 1871, en el de 1929 y en el de 1931, para posteriormente en un segundo plano referirse a los delitos con-

tra los particulares, observándose de lo anterior que esa sistematización no era puramente causal, sino que obedecía a una cierta valoración de prioridades fundadas sin duda en determinadas concepciones filosóficas y, sobre todo políticas. Esta idea de sobreponer los intereses del Estado a los de la sociedad y los de ésta a la de los individuos, se revela en esta sistematización y en la forma de reacción frente a las conductas que lesionan o ponen en peligro dichos intereses; por lo general, las penas para los delitos contra el Estado son más severas y las prohibiciones en muchos de los casos van más allá del límite que corresponde a las prohibiciones de conductas que afectan intereses individuales; viéndose que el propio Estado, no obstante contar con un desproporcionado aparato de autoprotección, eleva a categoría de hecho punible conductas que teóricamente no rebasan el límite de los actos meramente preparatorios; situación que constituye un exceso en el ejercicio de la facultad punitiva y nos conduce a los extremos propios de un Estado autoritario, lo que va en contra de los lineamientos señalados por nuestra Constitución.

Por lo anterior, partiendo de una concepción distinta que pone al hombre como punto central de atención, acorde con la esencia misma del Estado de derecho, el Código Penal del Distrito Federal hace patente dicha concepción reflejando en su parte especial la idea de que los derechos e intereses del individuo están en primer término y que el Estado mismo junto con sus medios y métodos propios, deben protegerlos, de ahí que en el Código Penal del Distrito Federal, se siga un nuevo sistema en donde se coloca en primer lugar (en su libro segundo, parte especial, título primero) los delitos contra los particulares, los delitos contra la familia, los delitos contra la sociedad y el Estado, etcétera. Esta reagrupación no obedece a una idea de carácter meramente sistemático, sino que se trata de una cuestión de principio a la que el Estado debe sujetarse, ya que es en la parte especial donde se refleja con mayor claridad el problema relativo a la necesidad y a los alcances de la intervención del derecho penal para la protección de los intereses o bienes jurídicos que competen al Estado y, como se ha establecido, acorde con la idea central debe admitirse que el derecho penal cumple una determinada función como instrumento del Estado, que consiste en proteger los bienes jurídicos tanto individuales como colectivos y estatales más fundamentales para la vida ordenada de la comunidad, y que sólo debe ser utilizado como el último recurso al determinarse cuáles bienes requieren de su protección y cuáles pueden ser protegidos por otras áreas del derecho.

II. CONCURSO APARENTE DE NORMAS INCOMPATIBLES ENTRE SÍ

Otro gran paso que dio el legislador en el nuevo ordenamiento es el relativo al concurso aparente de normas incompatibles entre sí, respecto al cual es necesario señalar que esta forma de aparición del delito surge en nuestra legislación en el Código Penal de 1871 en su artículo 196, donde se asumió el criterio de mayor gravedad de la pena, viéndose reflejado en ello el principio de subsidiaridad, mismo que fue retomado por el Código de 1929 en el artículo 164, al igual que en el artículo 59 del código punitivo de 1931; precepto que a su vez se derogó por el artículo 2o. del decreto del 29 de diciembre de 1984, que fuera publicado en el *Diario Oficial* el 14 de enero de 1985, mismo que contó con la anuencia de diversos juristas, quienes estimaron que el citado precepto era sumamente desafortunado y que si bien, para 1871 significó una solución práctica a los problemas jurídicos que en aquel entonces se envolvían en la falta de soluciones que representaba tal tópico, bajo el contexto del código actual resultaba evidentemente inadmisibles dado el avance científico que ha generado la claridad para tal problema en el ámbito del derecho penal, contemplándose a partir de tales reformas en el artículo 6o. del Código Penal el principio de especialidad en el que se estimó que quedaban suficientemente contenidos otros principios para la solución de la concurrencia, como: los de consunción y absorción y subsidiaridad. Principio que en la práctica común es diariamente aplicado pero que no es suficiente para la solución de los casos prácticos que sólo pueden ser atendidos bajo el contexto del principio de consunción y absorción o bien de la subsidiaridad, evitándose con ello generar impunidad y la reclasificación de conductas que en la mayoría de los casos se ve reflejado en una clara vulneración de los principios de prohibición de la doble valoración, del *non bis in idem* material, del *non bis in idem* procesal e incluso constitucional; siendo dignos de mencionarse como ejemplo de la imperiosa necesidad que teníamos de contar con tales principios en nuestro derecho positivo los siguientes casos:

Principio de consunción o absorción. Se actualiza cuando la materia regulada por una norma queda subsumida en otra de mayor amplitud, principio dentro del cual se encuentra el delito progresivo, que surge cuando un delito no adquiere autonomía propia por ser una etapa o estadio para llegar al delito fin, esto es, cuando el objeto jurídico protegido

por la norma de mayor alcance (que es el fin) comprende a la norma de menor amplitud (que es una etapa); surgiendo así las siguientes hipótesis:

- a) La consumación absorbe la tentativa y los actos preparatorios como sucede en cualquier delito de resultado material y excepcionalmente en algunos delitos de mera conducta.
- b) El delito de peligro es absorbido por el de daño, como es el caso del delito de portación de arma prohibida, que es un delito de peligro y mismo que se actualiza al materializarse por el agente el ilícito de lesiones u homicidio, que son de daño.
- c) El delito de lesiones que culmina con la muerte del ofendido dando lugar al de homicidio.

Asimismo, contamos con otros casos en donde la norma de menor alcance es elemento o circunstancia de la de mayor amplitud, y como ejemplo de esto tenemos al delito de robo cuando se perpetra en casa habitación, en donde el allanamiento de morada no adquiere autonomía propia como delito, precisamente por ser la circunstancia cualificante del delito de robo que evidentemente es el de mayor amplitud o cobertura.

También surgen estos principios en su aplicación cuando los medios exigidos por el tipo en su descripción corresponden a una figura delictiva autónomamente configurada, como en el caso lo sería el delito de uso de documento falso, que opera como medio comisivo del agente para materializar el engaño sobre el ofendido en el delito de fraude.

Finalmente contamos con otra de las hipótesis del principio al que nos referimos, el de la postura del hecho anterior y del hecho posterior, teniendo como ejemplo el delito de robo cuando el individuo se apodera de un vehículo y calles adelante lo destroza, en este ejemplo obviamente no adquiere autonomía propia el ilícito de daño en propiedad ajena, por quedar inmerso en el delito de robo.

Dentro del campo práctico, como ejemplo de la subsidiaridad que radica en aplicar el delito mayor visualizado en función de su pena, tenemos el delito de ataques a las vías de comunicación, para quienes sostienen que el estado de ebriedad se ubica a título culposo, frente al delito de daño en propiedad ajena por culpa, en donde como excepción al principio de consunción o absorción, se aplica el delito de mayor entidad punitiva, que es desde luego el de ataques a las vías de comunicación, que tiene contemplada pena privativa de libertad, sobre el de daño en propiedad

ajena, para el cual se prevé una sanción únicamente económica, de ahí que surja la necesidad de que se contemplara en nuestra legislación penal, no únicamente el principio de especialidad, sino también el de la consunción o absorción y subsidiaridad, que son de aplicación cotidiana en el campo práctico, y que afortunadamente ya contempla nuestro código punitivo.

III. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO (INIMPUTABILIDAD)

Por otra parte, estimamos de interés esencial dilucidar otro tópico de la nueva codificación penal sustantiva que nos ocupa, tal como destaca por su interés el contenido del artículo 29 del nuevo Código Penal cuya entrada en vigor se encuentra próxima, y que equivale al artículo 15 del Código sustantivo vigente, relativos a las causas de exclusión del delito, en el cual se establece en su fracción VII como excluyente que al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación; sin embargo, es de fundamental interés puntualizar que estaríamos ante un claro error el estimar que se actualiza tal excluyente en todos los casos de inimputabilidad, esto es, ante un trastorno mental permanente o transitorio, ya que en realidad dicha excluyente únicamente se refiere a los casos de inimputables transitorios, en los cuales al momento de ejecutarse el hecho delictivo no tienen esa capacidad de querer y entender, y por ende se excluye el delito.

Prueba de lo anterior lo es el contenido del artículo 62 del nuevo Código Penal, en el que precisamente se establece que en el caso de trastorno mental transitorio se aplicará la medida de tratamiento respectiva si lo requiere, y en caso contrario se le pondrá en absoluta libertad, lo que evidencia el efecto de la excluyente del delito, en tanto que ello no ocurre así tratándose de la inimputabilidad permanente, en la que no se excluye el hecho típico como se refleja en el párrafo primero del citado artículo 62 del próximo Código sustantivo en el que se establece que se aplicará la medida de tratamiento correspondiente previo el procedimiento penal respectivo, con lo que se hace evidente que la excluyente del delito a que nos venimos refiriendo no opera para todos los casos de inimputables,

sino sólo en aquellos que al cometer el hecho sufrieron de trastorno mental transitorio.

IV. *NUMERUS CLAUSUS*

Otro tópico de nuestra legislación penal que mereció profundas reflexiones es el relacionado con el problema que presenta el artículo 60 del Código Penal, con el sistema de punibilidad restringida de la culpa, esto es, los denominados *numerus clausus*, ya que el catálogo limitativo de los tipos penales que admiten su materialización, y por ende, su aplicación a sanciones a título culposo, se adecua al principio de legalidad y de *ultima ratio* del derecho penal, ya que al enunciar en forma limitativa la posibilidad culposa de determinados delitos, genera la certeza de conocer cuándo es punible por culpa determinada conducta, ya que resulta dudoso (en un sistema de incriminación abierto), definir si un delito admite su realización culposa o no; sin embargo, es de destacarse que en el nuevo ordenamiento se actualizó el contenido del catálogo que contiene dicho precepto pero ahora en el numeral 76, ya que se eliminó el artículo 307, en el que no se preveía tipo alguno, sino sólo señalaba la sanción por la comisión del delito de homicidio simple; también se suprimió el artículo 323 donde se establecía el homicidio en relación al parentesco, que resultó ser un tipo eminentemente doloso, en donde incluso se exige un doble dolo, esto es, genérico, de privar la vida, y específico, al descendiente consanguíneo. Asimismo, se agregaron al listado de tipos culposos los previstos por el artículo 130 fracción I, que es el delito de lesiones que tardan en sanar menos de 15 días; el contemplado por el artículo 145 párrafo segundo en su primera parte, que es el delito de aborto; el contemplado en el numeral 259 fracciones III y IV en las hipótesis de destruir, alterar o inutilizar información o documentación bajo su custodia o a la cual tenga acceso, propicie daños, pérdida o sustracción en los supuestos de la fracción IV del artículo 259 que corresponde al ejercicio indebido del servicio público; el previsto por los artículos 328 y 329 respecto al suministro de medicinas nocivas o inapropiadas; el contemplado en los numerales 343, 345, 347, 348 y 350 que prevén el daño al ambiente; siguiéndose contemplando el delito de homicidio previsto por el artículo 123; el de lesiones a que alude el numeral 130; lesiones por contagio, a que se refiere el artículo 159; el del daño en propiedad ajena, contemplado en el artículo 239; el de evasión de presos, pero ampliado en sus hipótesis típicas, en los artículos

304, 305, 306 fracción II y 309 segundo párrafo, y el de ataques a las vías y a los medios de comunicación, pero ampliado en sus hipótesis tipificadas en los artículos 330, 331 y 332.

Permaneciendo la regla de punición para los delitos culposos en cuanto que se impondrá la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica como ocurre con el delito de daño en propiedad ajena por incendio, inundación o explosión a que alude el numeral 241.

V. CONCURSO DE DELITOS

Por otra parte, en cuanto a la aplicación de las sanciones en el caso del concurso de delitos, trátase de ideal o formal, esto es, cuando con una sola conducta se producen diversos resultados, o bien, real o material, que se caracterizan porque con motivo de una pluralidad de conductas igualmente se actualizan diversos resultados delictuosos, es notable que no existe un criterio uniforme acorde a un sistema de punibilidad, y sobre lo cual encontramos básicamente los siguientes criterios:

- a) el de la acumulación material;
- b) el de la acumulación jurídica, y
- c) el criterio de la absorción.

El primero, corresponde al más antiguo y consistente en que se impondrán tantas penas como delitos cometidos, y mismo que es severamente criticado por su férrea rigidez; el segundo, se trata de imponer sólo la pena del delito de mayor entidad punitiva, misma que se aumentará en cierta medida en relación con los demás delitos cometidos, lo que provoca, claro está, una limitación a la acumulación material; finalmente, el tercer criterio consiste en aplicar sólo la pena relativa al delito que merece la mayor sanción, con la exclusión de las sanciones de los demás delitos que integran el concurso; criterio de la absorción que es censurado, ya que a pesar de la existencia del concurso delictual, ninguna relevancia adquiere ello para efectos de punición, en cuanto que sólo se aplica una pena y tendría realmente como única razón con la aplicación de la pena de muerte.

Ahora bien, debemos mencionar que sin perder de vista lo preceptuado por el primer párrafo del artículo 64 del Código Penal, en lo relativo al concurso ideal delictual, advertimos el criterio de la acumulación jurídica, aun cuando limitada ante una facultad potestativa del juzgador al expresar: “se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta en una mitad más del máximo de duración”, lo cual incide precisamente en la facultad señalada como respecto al criterio de la absorción.

En tanto, en el concurso real o material, de acuerdo a la actual redacción del precepto en cuestión, da pie a la aplicación del sistema de acumulación material, al señalar el párrafo segundo primera parte del artículo 64: “Se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes”, y en forma categórica, en su segunda parte del párrafo aludido precisa: “Cuando el concurso real se integre por lo menos con un delito grave, la autoridad judicial impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual deberá aumentarse con cada una de las penas de los delitos restantes”, evidenciándose que este precepto resulta criticable en cuanto que acepta los tres criterios mencionados, es decir, el material para después ante esa facultad discrecional otorgada al juzgador da lugar al sistema de absorción y finalmente ante la restricción de límite de punibilidad se asume el criterio de la acumulación jurídica, al cual nos afiliamos considerando que debe así prevalecer como único criterio rector para la solución de este tópico del concurso de delitos en su forma de punición, la facultad potestativa del juzgador de determinar en cada caso si es o no procedente el incremento de la pena proporcional por cada uno de los delitos cometidos, tal como se precisa en el artículo 79 del nuevo Código sustantivo.

VI. SUSTITUTIVOS

Finalmente, otro tema de interés superlativo en cuanto a la parte general, fue la revisión detallada de lo dispuesto en los artículos 70 y 90 del Código Penal vigente, bajo la óptica de definir la procedibilidad para el otorgamiento de los sustitutivos de la pena de prisión y la concesión del beneficio de la condena condicional, en el cual siguiendo un criterio de política criminal basada fundamentalmente en los anhelos de un Estado democrático de derecho, se consideró que la actual prelación de los susti-

tutivos contemplados por el artículo 70 del Código Penal no corresponde a los fines que en su incorporación a la norma sustantiva penal deben alcanzarse, y por ello el artículo 84 del nuevo Código Penal sustantivo precisa que la pena de prisión pueda ser sustitutiva a juicio del juzgador:

- I. Por multa o trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad, cuando no exceda de tres años.
- II. Por tratamiento en libertad o semilibertad cuando no exceda de cinco años.

Del mismo modo, y respecto al artículo 90 que prevé el beneficio de la condena condicional, la concesión de tal prerrogativa que debía ampliarse cuando la condena se refiera a pena de prisión que no exceda de cinco años; tal como lo establece el artículo 89 del nuevo ordenamiento penal bajo el rubro de suspensión condicional de la ejecución de la pena.