EL CÓDIGO PENAL *MEXICANO DE 1931. UN VISTAZO A LA PARTE GENERAL**

Luis de la Barreda Solórzano[**]

Un fenómeno singular ocurre en México: existe un Código Penal —de 1931— aplicable en toda la República en materia del fuero federal y, a la vez, en el Distrito Federal —la capital del país, en donde se concentra el 25 % de la población—, y hay otros 31 Códigos penales, uno por cada estado. La gran mayoría de estos ordenamientos estatales siguen las pautas de aquel Código, lo que no es ajeno al omniabarcante centralismo que caracteriza la vida pública mexicana.

A pesar de que sus autores y sus apologistas lo han calificado como un código ecléctico[1] —equidistante de los principios que sustentan la escuela clásica y de los postulados positivistas—, en realidad su contenido es marcadamente peligrosista.

* Este artículo se escribió 1991, antes de que entraran en vigor las últimas reformas del Código Penal.

** Profesor de Tiempo Completo del Departamento de Derecho UAM-A.

1. Véase José Ángel Ceniceros, *Un discurso sobre el Código Penal de 1931,* Editorial La Justicia, México, 1977.

La legislación penal vigente en México no se agota en esos 32 Códigos penales. A su lado perviven numerosas normas jurídico-penales, dispersas en múltiples leyes federales. Los tipos legales contenidos en las denominadas leyes especiales —así llamadas porque regulan sendas materias específicas— deben regirse por la parte general del Código Penal Federal, pero en algunos casos contienen disposiciones generales que reducen las garantías. El ejemplo más claro es el Código Fiscal.

En los últimos años se han incrementado notablemente las normas penales contenidas en leyes especiales, al punto de que existen tipos legales en 46 leyes federales. La suma de estos tipos es una cifra mayor al doble de los . contenidos en el Código Penal.[2] No hacen falta luces intelectuales extraordinarias para darse cuenta de que esta situación hace que el derecho penal sea una Hidra de Lerma, de muy difícil conocimiento para el ciudadano.

El Código Penal de 1931 ha sido objeto de innumerables reformas a lo largo de su vigencia. Sesenta años después de que fue dado a luz, es sin duda un ordenamiento muy distinto al original. Empero, en cuanto a su orientación básica, y sin que se pretenda desconocer o soslayar el mérito de varias de sus modificaciones, nuestro Derecho penal, como el doctor Fausto, se niega a cambiar, y esencialmente sigue "hoy como ayer, mañana como hoy, y siempre igual".[3]

Entre sus características primordiales destacan las siguientes:

1. Los delitos son clasificados en intencionales, no intencionales o de imprudencia y preterintencionales.

Además del lenguaje poco técnico e impreciso —la intencionalidad no agota el dolo ni la imprudencia la culpa—, es de lamentarse que se haya incluido, en la reforma de 1984, la preterintencionalidad. El delito preterintencional surge cuando el sujeto quiere cometer un delito menor pero, culposamente, concreta uno mayor. Según un sector de la doctrina hay allí mezcla de dolo y culpa: dolo respecto del delito que se quería cometer y culpa en relación con el que realmente fue concretado. Se trata de una figura que no resiste un análisis lógico. No pueden mezclarse el dolo y la culpa, pues el primero implica que el sujeto activo quiera, o al menos acepte, la lesión típica, en tanto que en la segunda el sujeto ni la quiere ni la acepta. Así pues, el señalamiento de que una conducta admite dolo y culpa simultáneamente, y en referencia al mismo delito, es necesariamente contradictorio. En el llamado delito preterintencional lo que interesa es el delito realmente concretado, y en cuanto a éste no hay tal mezcla de dolo y culpa sino, exclusivamente, culpa. Se trata, entonces, de un delito culposo.

2. Se establece, por lo que toca a la culpa, un sistema de ***numerus apertus:*** todos los tipos legales, salvo aquellos cuya índole lo impide, admiten la culpa. Esta situación propicia una absurda ampliación punitiva que se refleja, por ejemplo, en que el daño en propiedad ajena culposo sea delito, con la consecuente saturación de agencias investigadoras y juzgados penales.

El imperativo de que el derecho penal atienda a los principios de fragmentariedad y subsidiariedad impone que sólo se consideren delictivas las conductas de antisocialidad mayúscula. Hay una gran cantidad de lesiones a bienes jurídicos ocasionadas culposamente que no representan conductas de gravedad social intolerable. En tales casos lo que interesa al sujeto pasivo, y a la sociedad en su conjunto, es la reparación del daño, no la imposición de un mal penal al autor, y para esa reparación el pasivo tiene a su alcance la vía civil.

3. Se prevén, bajo el rubro de ***circunstancias excluyentes de responsabilidad,*** las causas que eliminan la capacidad psíquica de delito, la conducta, la antijuridicidad y la culpabilidad.

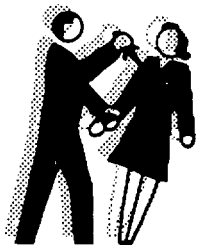
Mientras que el error invencible de tipo, y el error invencible indirecto de prohibición, excluyen al delito, el error invencible directo de prohibición opera sólo como una atenuante, y ello sólo en los casos de "extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto".

El error invencible de prohibición, directo o indirecto,

2. Miguel Ángel García Domínguez, *Los delitos especiales federales,* Editorial Trillas, México, 1988, p. 33.
3. Tomado de las *Rimas* de Gustavo Adolfo Bécquer.

por la razón de su invencibilidad, origina que la conducta típica no sea reprochable, es decir, excluye la culpabilidad.

Así pues, la solución de contemplar sólo como atenuante el error invencible directo de prohibición resulta inaceptable.



4. La figura de la reincidencia posibilita que a quien comete un delito después de sufrir una sentencia condenatoria se le imponga, además de la punición correspondiente a ese delito, una punición adicional por el delito anterior. Sin excepción, y con base en la idea generalizada de que el reincidente es más peligroso, los Códigos penales mexicanos recogen esta figura como factor de aumento de la punición. (El Código veracruzano llega al extremo, único en el mundo, dé establecer para cualquier reincidente, y por cualquier delito, la facultad del juez de imponer hasta 30 años de privación de la libertad).[4]

Hija del positivismo criminológico italiano, el objetivo de la figura de la reincidencia es la prevención especial: segregar por mayor tiempo al reincidente con fines de defensa social y disponer de mayor lapso para llevar a cabo la función rehabilitadora de la pena.

Además de las sólidas objeciones que se han formulado a la idea de la peligrosidad,[5] aun de aceptarse ésta, no es en modo alguno sostenible racionalmente que un individuo que comete un delito cuando se le está procesando por un delito anterior sea menos peligroso que otro cuya mala fortuna reside en que al cometer el segundo delito ya había sido condenado por el primero. Por otra parte, quizá el reincidente no tenga más posibilidades de delinquir que el primo delincuente: hay reincidentes que no vuelven a realizar una conducta delictiva, y hay seres que en un instante desgraciado lo hacen por vez primera.

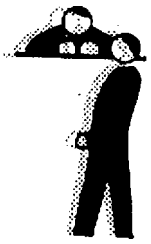
La figura de la reincidencia viola, por lo menos, dos principios:

4. Raúl Zaffaroni califica a este extremo como "límite de increíble inconstitucionalidad", en "La ideología de la legislación penal mexicana". *Revista Mexicana de Justicia,* México, abril-junio de 1985, p. 87.
5. Así, por ejemplo, apunta Esteban Righi: "Si resulta posible probar lo que sucedió, no ocurre lo propio con el futuro", en "Las teorías de la criminalización, el derecho penal y la política criminal", *Revista A,* número 14, Universidad Autónoma Metropolitana, México, enero-abril de 1985, p. 38.

o) El principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito. Al aumentarse la punición al reincidente por un delito en virtud del cual ya sufrió una pena se le está juzgando, en rigor, dos veces por ese delito. El sujeto que comete un delito ha de ser sancionado por su conducta delictiva. Si dos veces lo hace, dos sanciones han de imponérsele, y así progresivamente: a cada delito, una punición.

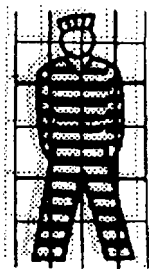
b) El principio de culpabilidad. Al reincidente no sólo se le está reprochando con la punición el nuevo delito cometido: también se le sigue reprochando un delito anterior, que ya le había sido reprochado con un castigo impuesto al juzgársele por el primer delito. ¿Le es más reprochable al reincídente su conducta delictuosa? La reflexión sugiere lo contrario. Acaso ocurra que la reiteración de conductas incriminadas vaya minando los mecanismos de inhibición del sujeto; quizá produzca hábito. Así, la resistencia que el sujeto necesita ante la ***tentación*** de volver a ***caer en*** el delito tal vez sea mayor que la que requiere quien no ha caído en ella.

La figura de la reincidencia pretende justificarse con el señalamiento de que se aplica a ínvidos que, cumplida su condena, no se readaptaron (lo que se evidencia porque vuelven a delinquir). Tal justificación es inaceptable: el fracaso del objetivo de readaptación social, en ese supuesto', es del Estado, y no debe cargársele al sujeto, a quien sólo ha de castigarse por el delito cometido.



3. Se conserva la extensa lista de sanciones que proviene del Código Penal de 1871, sin distinguir entre penas y medidas de seguridad. La lista abarca: prisión; tratamiento en libertad, semi libertad y trabajo en favor de la comunidad; internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos; confinamiento; prohibición de ir a lugar determinado; sanción pecuniaria; decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito; amonestación; apercibimiento; caución de no ofender; suspensión o privación de derechos; inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos;-publicación especial de sentencia; vigilancia de la autoridad; suspensión o disolución de sociedades; decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

A pesar de tan prolijo listado, en la parte especial se ha abusado de la punibilidad de prisión, que es también la gran favorita de los jueces al imponer las puniciones.



6. Se admite una punibilidad privativa de libertad de hasta 50 años.

Si se considera que el promedio de vida en nuestro país es de 60 años de edad, y que sólo a partir de los 18 se puede ser sujeto activo de delito, la pena de 50 años de prisión parece un exceso basado en una posición deudora de la concepción que inspiraba la Ley del Talión: condenar a un sujeto a esa sanción privativa puede equivaler a condenarlo a cadena perpetua, aun tratándose de un individuo joven.

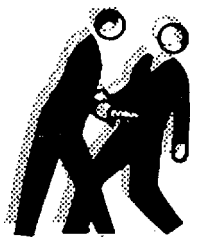
Ello parece violatorio de, al menos, dos disposiciones constitucionales: aquella que ordena la readaptación social como objetivo del sistema penal (artículo 18) y la que prohibe penas inusitadas (artículo 22).

7. Se observa un trato adecuado a los inimputables permanentes:

a) La determinación cronológica de la medida de seguridad, que no puede ir más allá del lapso que correspondería al límite máximo de la punibilidad si se tratara- de un imputable, corrige la gravísima injusticia que prevaleció hasta la reforma de 1983: por ser inimputable un hombre que realizaba una conducta típica debía estar recluido hasta "curarse", lo que en muchas ocasiones equivalía a una reclusión para siempre, ya que muchas de las enfermedades mentales no llegan a curarse jamás. Al determinarse el límite de duración de la medida de seguridad, el inimputable ya no recibe un trato discriminatorio y desventajoso en relación con el imputable. Además, ya no se le puede recluir por periodos prolongadísimos cuando la conducta realizada y el bien afectado no justifiquen esa larga reclusión. Anteriormente , un inimputable podía pasar el resto de su vida encerrado en una institución para enfermos mentales, de acuerdo con el texto legal entonces vigente, por la menos grave de las conductas incriminadas.

b) La posibilidad de entrega de los inimputables "a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando, por cualquier medio..., el cumplimiento de las obligaciones contraídas", es altamente plausible. Esta disposición es congruente con el actual estado del conocimiento sobre el tratamiento a individuos psíquicamente incapaces. Se sabe hoy que cualquiera que sea la técnica terapéutica, con tal de que sea mínimamente eficaz, en aquellos supuestos en que el sujeto no denota peligrosidad o ésta es mínima, hacen prescindible en muchos casos la reclusión manicomial que suele resultar contraproducente. La incorporación de los psicofármacos y las técnicas de comunidad terapéutica, por ejemplo, han dado lugar a una reducción de la utilización del manicomio, pues son más efectivas —además de más humanas— para reincorporar al sujeto, paulatinamente, a la vida social, derecho que no debe comprimírsele por ser inimputable.

c) La modificación o la conclusión de la medida de seguridad, cuando ya no es necesaria, "considerando las necesidades de tratamiento", son opciones que parten del supuesto de que el inimputable no es —no puede ser— culpable, toda vez que carece de capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de conducirse conforme a esa comprensión. En otros términos: al inimputable no le es reprochable su conducta y, por tanto, la medida de seguridad que se le impone nada tiene que ver con un afán retributivo, con una necesidad de ***hacer justicia.*** La finalidad de la medida de segundad es, exclusivamente, preventivo especial: evitar nuevas conductas dañosas del inimputable. Pues bien: en aquellos supuestos en que el sujeto ya no requiera la medida por haber sanado o por cualquier otra circunstancia —en atención a las necesidades del tratamiento—, carece de justificación, y aun de la más elemental racionalidad, seguir adelante con la medida. Si la culpabilidad de los imputables no permite que la duración de la pena se acorte en demasía, la ausencia de peligrosidad de los inimputables —y su incapacidad de culpabilidad— sirve de base para que no continúe ejecutándose una medida de seguridad cuyo objetivo de prevención especial se ha cumplido cabalmente. De no aceptarse lo anterior, la medida parecería una suerte de ***venganza*** contra alguien a quien su conducta no le es reprochable.



8. La peligrosidad —o ***temibilidad—*** es el faro que ha de alumbrar el arbitrio judicial a la hora de dictar la

punición. La peligrosidad es la medida de probabilidad de que un individuo delinca en el futuro; resulta, entonces, una característica derivada de un pronóstico de conducta. Este pronóstico es un juicio de posibilidad y no de certeza; atiende, como una bola de cristal, a lo que el sujeto ***puede hacer,*** no a lo que hizo; constituye un diagnóstico sobre eiser, no una consideración sobre la conducta conocida.[6] Por todo ello, el criterio de peligrosidad en la individualización judicial es incompatible con el principio de culpabilidad.

Por otra parte, así como una conducta-no muy grave, desde la óptica de la irreprochabilidad, podría ser sancionada severamente, un delito grave sería sancionado con la punición más baja si no hubiera peligro de repetición.

El ejemplo más claro es el de los ex jefes o ex comandantes policiacos que han cometido graves abusos de poder aprovechando sus cargos. Al ser destituidos, no existe ya el riesgo de que repitan sus delitos.

¿Realmente ello sería una razón para que se les aplicase, sin tomar en cuenta la gravedad de los delitos que hubiesen cometido, el punto más bajo de la punibilidad en la sentencia condenatoria? Eso iría contra el más elemental sentido de justicia.

Un reparo más: el fantasma de la peligrosidad puede materializarse en una aplicación clasista de la justicia penal. Dado que casi todos los procesados son pobres, y la pobreza suele ser un factor condicionante de la delincuencia y el delincuente pobre que sale de prisión retorna a su medio socioeconómico, puede argüirse que la pertenencia a este medio es suficiente para que, sin más, se considere a ese delincuente altamente peligroso.

La peligrosidad debe ser sustituida por la culpabilidad como criterio rector de la individualización judicial.

9) Las medidas sustitutivas de la prisión son las siguientes:

La multa o el trabajo en favor de la comunidad cuando la punición privativa de libertad no exceda de un año;

La condena condicional —que suspende la ejecución de la pena— cuando esa punición no exceda de dos años, y

El tratamiento en libertad o semilibertad cuando la mencionada punición no exceda de tres años.

En todo caso, se requiere que sea la primera vez que el sentenciado incurra en un delito doloso y, además, que evidencie buena conducta antes y después del hecho punible. Asimismo, que por sus antecedentes personales, y modo honestó de vivir, así como por la naturaleza, las modalidades y los móviles del delito, se presuma que no volverá a delinquir.

10. La responsabilidad penal se extingue en los siguientes supuestos:

a) Muerte d-el delincuente; -

b) Amnistía;

Perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo. En este caso se extingue la acción penal respecto de los delitos que solamente pueden perseguirse por querella, siempre que se conceda antes de pronunciarse sentencia en segunda instancia;

^Reconocimiento de inocencia;

Indulto, que no puede concederse a sentenciados por traición a la patria, espionaje, terrorismo, sabotaje, genocidio, delitos contra la salud, violación, delito doloso contra la vida y secuestro. Tampoco puede concederse al reincidente por delito doloso, y

f) Prescripción.

Nuestro Código Penal tiene puntos acertados, aspectos discutibles y zonas francamente infelices. Ha envejecido. Es hora de que descanse en paz. Es hora de que se le sustituya por un nuevo ordenamiento que contemple la nueva realidad mexicana, compleja y plural, y que consagre todos los avances doctrinarios del derecho penal contemporáneo,. Es decir, el sucesor del Código de 1931 ha de ser un Código de alta calidad técnica y de perfil inequívocamente democrático. &

6. Escribe Antonio García Pablos: "No existe un *tipo* criminal, ni una 'personalidad' criminal *in se,* globalmente enfrentada a la ley", en "La normalidad del delito y el delincuente", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* número 11, Madrid, 1986, p. 333.