

La reforma sin fin.

Algunas consideraciones en torno a las modificaciones al Código Penal Federal y del Distrito Federal

Alicia Azzot M-Bincaz*

1. El 10 de enero de 1994 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto que reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal; del Código Federal de Procedimientos Penales; del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; de la Ley de Amparo; de la Ley de Extradición Internacional; del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación; de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal; de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura; de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal; y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

A pesar del gran número de leyes afectadas, la reforma tiene, por objeto principal, el sistema penal e incide fundamentalmente en el Código Penal y en los Procedimientos Penales; las demás normas citadas sufren modificaciones mínimas, para adaptarse al nuevo texto de la legislación penal. A su vez, el Decreto del 10 de enero fue antecedido por el Decreto publicado el 3 de septiembre de 1993 en el que se reforman los arts. 16, 19, 20 y 119 y se deroga la fracción XVIII del art. 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Nos enfrentamos entonces a un intento de ajuste estructural del sistema de justicia penal en México.

El sistema de justicia penal mexicano tiene como punto de partida la Constitución de 1917. El Código Penal y el Código Federal de Procedimientos Penales son de 1931, mientras que el Código de Procedimientos Penales para el D.F. data de 1934. No existía, sin embargo, adecuación entre los principios constitucionales básicos del sistema y la legislación secundaria¹ Mientras la Constitución delineaba un sistema respetuoso de las garantías individuales, los códigos se inspiraban en principios eminentemente peligrosistas, derivados del positivismo penal de cuño totalitario.

A su vez, en el mundo de los hechos, fue perfilándose una práctica penal basada en la corrupción y en la violación, tanto de las normas constitucionales como de la legislación secundaria.² Ello dio lugar a cada vez más reclamos por

* Profesora Titular B de Tiempo Completo del Depto. de Derecho de la UAM-Azcapotzalco.

1. Véase, por ejemplo, ZAFFARONI, Eugenio R., "La ideología de la legislación penal mexicana" en *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 2, Vol. III. México, abril-junio 1985, p. 69; AZZOLINI, Alicia y Luis de la BARREDA SOLÓRZANO, *El derecho penal mexicano', Ayer y hoy*, México, Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, 1993, p. 37; también ISLAS, Olga y Elpidio RAMÍREZ, *El sistema procesal penal en la Constitución*, México: Porrúa, 1979; passim.
2. Sobre la problemática de la política criminal del estado mexicano y su evolución en los últimos años véase AZZOLINI-BINCAZ, Alicia, "Política criminal del listado mexicano en el marco de los deréQhos humanos", en *Cuadernos de Posgradp núm. 7, UNAM ENE? "Ácátláh"* (Éñ prensa). En dicho artículo sé destaca la creación de lá Comisión Nacional de Derechos Humanos en 1990, coino una de las respuestas ideadas por el Estado inexistente para responder a los re&ámbds de la sociedad.

parte de la sociedad civil que se fue haciendo más exigente con el paso de los años y el peso de los abusos sufridos.

Fue quizá dicho desajuste, por un lado, y la necesidad de adaptar el sistema a la cambiante realidad mexicana, por el otro, lo que dio lugar a un número importante y reiterado de modificaciones y adiciones en los códigos mencionados y, en ocasiones, al propio texto constitucional. A ello hay que agregarle el afán de los autores de las reformas de imponer sus propios criterios teóricos, lo que ocasionó que algunas normas fueran incorporadas en una reforma y derogadas en la siguiente.³ Esto ha generado, como es posible imaginar, un sistema penal lleno de parches y remiendos.

En el ámbito del derecho penal sustantivo podemos mencionar, tan sólo en los últimos diez años, dos reformas muy amplias: -la de 1984 y la de 1994-, Otra no tan amplia pero trascendente en cuanto a la modificación de punibilidades y eliminación de figuras delictivas (1992) y varias reformas menores que modificaron temas específicos como los homicidios calificados (1988), los delitos contra la libertad sexual (1989 y 1990) etcétera. Lo dicho no significa desconocer el acierto de muchos de los cambios realizados sino que, en todo caso, se cuestiona la vorágine reformadora que no ha sido capaz de llevar a una reflexión de más largo alcance, y que diera lugar a mediano plazo a una transformación integral del sistema penal.

El último movimiento reformador en materia penal y procesal penal se inició, como ya se dijo, en septiembre de 1993 con la reforma constitucional. Al igual que en otras ocasiones (1983), la idea inicial, según palabras del Presidente de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados,⁴ era la de proponer un nuevo Código Penal pero, previendo controversias irresolubles frente a temas como el aborto o el divorcio, se escogió el camino más viable de las reformas parciales.

La punta de lanza fue la reforma constitucional que se justificó en la necesidad de facilitar la lucha contra el crimen organizado.⁵ La misma, que no es objeto de este trabajo y merece en sí misma un estudio aparte, sirvió a su vez de pretexto para las modificaciones a los códigos penales y de procedimientos, aunque estas últimas excedieron en mucho la simple adecuación al nuevo texto constitucional. O sea que se aprovechó la ocasión para introducir cambios, muchos de ellos acertados porqué no decirlo, que actualizaran el contenido del Código Penal a las nuevas corrientes doctrinales. En el ámbito procesal, la situación no es totalmente equiparable por lo que no se incursionará en ese terreno.⁶

Cabe sin embargo destacar que, en lo que se refiere a la iniciativa de reforma de los Códigos Penal y Procesal Penal que fue tratada en las Cámaras en diciembre de 1993, se dejó oír la voz del Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal llamando a la reflexión y a la medida, insistiendo en que la reforma del Código Penal es un acto de suma trascendencia y como tal requiere del estudio y la participación de distintos sectores de la sociedad. Si bien estas palabras sirvieron para detener unos días la iniciativa e incidir en algunos de sus contenidos no alcanzaron para contrarrestar el ímpetu reformador de los legisladores.⁷ Es así que, con sus defectos y virtudes, empezó a regir desde el 1º de febrero de 1994 una nueva normativa penal en el Distrito Federal y en el Fuero Federal.

2. Lo dicho hasta el momento hace a la historia pero no al contenido de la reforma. El principal objeto de este trabajo es la exposición y el análisis de las reformas introducidas al Código Penal Federal y del D.F.

3. Tal es el caso de la figura de la preterintencional que se incorpora en la reforma de 1984 en el C.P. y en la Constitución. La misma es eliminada de la Carta Magna en la reforma del 3 de septiembre de 1993, que entrará en vigencia el mismo día de 1994, y del Código Penal en la reforma del 10 de enero de 1994 que entró en vigencia el 1 de febrero del mismo año.
4. Expresadas el 22 de febrero de 1994 en el marco del Ciclo de Mesas Redondas organizadas por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal "La importancia y perspectivas de las reformas penales". En esa ocasión el Diputado Gómez Mont dijo también que ahora sí se podía decir que al Código Penal vigente no le queda nada del viejo Código del 31.

5. El asesinato del Cardenal Posadas ocurrido en Guadalajara en el mes de junio y atribuido a un enfrentamiento entre narcotraficantes conmovió a la opinión pública tanto nacional como internacional y facilitó la aprobación de plazos más amplios para la actuación del Ministerio Público en el caso del crimen organizado. Una propuesta similar se había gestado en la Procuraduría General de la República en 1992 y fue enérgicamente rechazada.
6. Resulta paradójico que, mientras en el ámbito penal se procuró en la mayoría de las reformas un mayor respeto a las libertades individuales, en el ámbito procesal la tendencia fue a incrementar las facultades del Ministerio Público y por ende del Poder Ejecutivo frente al Poder Judicial. Esto merece un análisis más profundo desde la perspectiva del Estado de Derecho.
7. La opinión del Dr. De la BARREDA aparecida en distintos diarios de la capital fue importante para impedir que el motín fuera considerado como delito grave. Sobre el particular véase, por ejemplo, *La Jornada* del 15 y del 17 de diciembre de 1993.

El Decreto del 10 de enero reforma sesenta artículos del C.P., adiciona dieciocho artículos (siete son artículos nuevos, incorporados con la partícula bis: 31 bis, 69 bis, 195 bis, 196 bis, 248 bis, 321 bis y 388 bis) y deroga total o parcialmente catorce.

Como puede verse, abarca un considerable número de artículos lo que aunado al aspecto cualitativo de los nuevos contenidos permite reconocer una importante transformación en el Código Penal. Ello, sin embargo, no es suficiente para poder hablar de un nuevo Código Penal.

Para facilitar la exposición se abordará en primer lugar las reformas que afectan la Parte General del Código Penal y, en segundo término, las relativas a la Parte Especial de dicho ordenamiento.

2.1. Reformas a la Parte General

Desde la perspectiva de la teoría penal, son éstas las modificaciones más importantes. Para sistematizar el análisis se abordarán los grandes núcleos temáticos afectados.

2.1.1. Omisión impropia

Se incorpora un nuevo párrafo al art. 7, donde se especifica que un resultado típico podrá ser atribuible a quien omite impedirlo siempre que esa persona tuviere el deber de evitarlo. Se llena de esta manera un gran vacío que existía para aquellas situaciones en que se suman omisión y resultado típico. Nuestro Código preveía tipos de acción con resultado pero casi no de omisión con resultado, (una excepción era el homicidio culposo calificado, previsto en el primer párrafo segunda frase del art. 60). De esta manera el homicidio simple, por ejemplo, estaba regulado como un tipo de actividad con resultado; sin embargo, los jueces lo extendían a aquellos casos en que se daba una omisión que "ocasionaba" la muerte de una persona, sin que hubiera en el Código ningún precepto que los autorizara a ello.

Se mencionan como fuentes de la calidad de garante a la ley, el contrato y al actuar precedente del sujeto. Es indudable que el legislador siguió en este punto el pensamiento de Zaffaroni,⁸ sin tener en cuenta las críticas que se suscitaron en Alemania al contrato como fuente de la calidad de garante. La doctrina más reciente prefiere hablar de una "aceptación efectiva" o, mejor aún, de "la aceptación real de una especial esfera de deberes ligada a

la evitación del resultado", para evitar que el deber jurídico de impedir el resultado dependa de que se cumplan los aspectos jurídicos civiles del contrato.⁹ Tal como está regulado en el Código actual, si se alega la nulidad del contrato fuente del garante, habría que suspender el proceso penal hasta tanto se resuelva la cuestión civil.

El legislador omitió asimismo mencionar las comunidades especiales de vida o de peligro (alpinistas, bomberos, etc.), el sujeto que se integra a estas comunidades tiene el deber de actuar para evitar la lesión a los bienes de quienes también son miembros de la comunidad.¹⁰

Quizá hubiera sido preferible especificar las características que debía reunir la conducta omisiva, para que al sujeto se lo pueda considerar autor del resultado material, sin mencionar expresamente las fuentes del deber del garante.

Existe otro método propuesto por la doctrina, para regular los casos de omisión impropia, que es el de abordar la cuestión en la Parte Especial de los códigos penales, en la que se ofrezca un catálogo de tipos de comisión por omisión (independientes de los correspondientes tipos comisivos), delimitando, en cada caso concreto, las posiciones de garantía que harían surgir el deber de actuar en evitación del resultado.¹¹ Este método que parece ser la más acertada solución para evitar generalizaciones inadecuadas era impracticable en una reforma parcial como la que se comenta.

2.1.2 Culpa, "Numerus Clausus"

Acertadamente el legislador sustituye "imprudencia" por "culpa", que es el término técnicamente adecuado, y lo mismo sucede con "intención" que es sustituida por "dolo". Ahora bien, el Código de 1931 establecía un sistema de **numerus apertus**: todos los tipos legales, salvo aquellos cuya índole lo impedía, admitían la culpa; esto era violatorio de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad que imponen que en el ámbito penal sólo se consideren delictivas las conductas de antisocialidad mayúscula.¹² La reforma actual adopta el sistema de

8. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, México, Cárdenas, 1986, pp. 487-488.

9. Cfr. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, México: Trillas, 1991, p. 39.

10. *Idem*.

11. Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana, "Comisión por omisión y principio de legalidad", en *Revista Mexicana de Justicia* 85, núm. 2. Vol. III. México, abril-junio 1985, p. 280.

12. ²Cfr. AZZOLINI-BINCAZ, Alicia y Luis de la BARREDA SOLÓRZANO, *El derecho penal mexicano; Ayer y hoy*, México: Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, 1993, p. 43.

número cerrado: solamente los tipos expresamente señalados admiten la culpa, los restantes no podrán dar lugar a la comisión de delitos culposos.

En derecho comparado, se observan dos formas de instrumentar el *numerus clausus*: ya sea incorporando los tipos culposos en la parte especial, con una punibilidad propia para cada uno, o bien señalando en un listado en la parte general, cuáles son los tipos que admiten la culpa con punibilidad única.

El legislador mexicano optó por la segunda forma, mucho más acorde con el carácter parcial de la reforma; sin embargo, el primer método permite abordar, en forma más acabada, cada uno de los casos que ameritan la culpa.

En el art. 60 se mencionan 13 artículos de la parte especial que contienen los tipos que admiten la culpa. Hay casos que no deberían estar incluidos como son los arts. 397 y 399, que se refieren al daño en propiedad ajena; esta es una cuestión que en los supuestos culposos debe limitarse al ámbito civil. Asimismo, no se incluyeron supuestos como el de la violación equiparada del art. 266; quien por error vencible de tipo -que según lo dispuesto por el actual art. 15 Fracc. VIII inc A) y por el art. 66 merece la punibilidad culposa - tenga cópula sin violencia con persona menor de 12 años sin saberlo, realiza una conducta lo suficientemente antisocial como para merecer estar incluida en el Código Penal.

Anteriormente se preveía una punibilidad para los delitos culposos que iba de 3 días a 5 años de prisión y suspensión hasta de 2 años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio. Ahora, y para permitir una mejor adecuación de la punibilidad al tipo culposos de que se trate, se prevé "hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos en que la ley señale una pena específica". Contempla además la posibilidad de suspensión hasta de 10 años o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso. La referencia que hace el nuevo art. 60 a medidas de seguridad no es clara; los tipos mencionados como culposos contienen para el dolo punibilidades de prisión o multa y ninguna de ellas es considerada una medida de seguridad. Si la referencia es para los inimputables, tampoco tiene sentido ya que es absurdo exigirles el cumplimiento de un deber de cuidado; no hay normas penales culposas para los inimputables.¹³

2.1.3. Tentativa

Se agregó la expresión "en parte o totalmente" en la redacción del art. 12 que ahora dice: "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando *en parte o totalmente* los actos ejecutivos que deberían producir el resultado...". Parece que el legislador quiso incluir expresamente a la denominada tentativa inacabada, que se produce cuando el autor es interrumpido por causas ajenas a su voluntad antes que haya concluido la realización de la actividad o inactividad típicas. La especificación es innecesaria si se tiene en cuenta que lo relevante es la ejecución dolosa de la actividad o inactividad con la consecuente puesta en peligro del bien.

Resulta más acertada la modificación del segundo párrafo del art. 12 en el que se sustituyó la temibilidad como criterio individualizados en los casos de tentativa por el del "mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito".

2.1.4. Autoría y participación

El art. 13 define, según sus propias palabras, a los "autores o participantes del delito". Esta nueva terminología es criticada por quienes piensan que el art. 13 no es una norma jurídica accesoria sino que describe cuatro tipos, cada uno de ellos con su propio sujeto activo.¹⁴

No se modificó mayormente el contenido del artículo, pero en el art. 64 se establece una punibilidad de las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate para el cómplice (fracc. VI); para el que preste ayuda posterior en cumplimiento de promesa anterior (fracc. VII) y para los que sin acuerdo previo intervengan con otros en la comisión del delito sin que se pueda precisar el resultado que cada quien produjo (fracc. VIII). Antes de la reforma todos tenían la misma punibilidad que el autor, lo cual parecía excesivo. El supuesto contemplado en la fracc. VIII, que se refiere a cuando intervengan varios en la comisión sin que se pueda precisar el resultado que cada quien produjo, es una cuestión de índole procesal, de falta de prueba, y no debería por lo tanto estar contemplado en el 13. La reforma agregó el requisito de que los sujetos hayan actuado "sin acuerdo previo", quedando en

13. CFR. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA, *OP. CIT.*, P. 21.

14. *Ídem*, p. 35. Según la autora, el art. 13 contempla cuatro tipos autónomos, a saber: a) servirse de otro para llevar a cabo el delito; b) determinar dolosamente a otro a cometer un delito; c) ayudar o auxiliar dolosamente a otro para la comisión de un delito; d) auxiliar al delincuente, con posterioridad a la ejecución del delito en cumplimiento de una promesa anterior.

consecuencia sin resolver qué punibilidad debe aplicarse cuando los que intervienen actuaron con acuerdo previo. Esto se debe a que los autores de la reforma consideraron, erróneamente, que cuando los que intervienen actúan con acuerdo previo debe considerárselos como coautores.¹⁵ El solo acuerdo previo no convierte a los intervinientes en coautores de un delito, son coautores aquellos que realizan conjuntamente un mismo tipo, se hayan o no puesto de acuerdo con anterioridad. Si intervinieron varios y se sabe que uno solo realizó el tipo en cuestión, aunque no se lo pueda identificar, es absurdo hablar de coautoría por el hecho del acuerdo previo.

Se introdujo un párrafo al artículo en el que se dice que de los intervinientes en el delito responderá cada uno de acuerdo a su culpabilidad.

2.L5. Reincidencia

Se suprime la reincidencia como agravante obligatoria. Ahora su función será la de servir de parámetro para la individualización de la pena y para la obtención de los beneficios.

2.1.6. Excluyentes del delito

Se modificó el encabezado del art. 15, que antes decía "son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal", terminología de carácter procesal que alude, además, de manera parcial a los aspectos negativos del delito. Las excluyentes de responsabilidad se refieren solamente a las excluyentes de culpabilidad.

Ahora el art. 15 alude a las excluyentes del delito. Se modificaron asimismo varias de las fracciones contenidas en el artículo:

2.1.6.1. En la fracc. II se incluye la ausencia de uno de los elementos del tipo penal como excluyente de delito. Este nuevo supuesto es acertado, aunque de alguna manera ya estaba cubierto con el principio de legalidad consagrado en la constitución.

2.1.6.2. Se incorpora el consentimiento del titular del bien jurídico afectado como excluyente. En este caso, se exige que se trate de un bien disponible, que el titular tenga capacidad para disponer de él y lo haga de manera expresa o tácita.

2.1.6.3. Al estado de necesidad, regulado en la fracc. V, se adiciona el requisito de que el bien sacrificado sea de igual o menor valor al salvado. Al respecto hay autores que consideran que el valor de los bienes en conflicto no debe ser requisito del estado de necesidad: siempre que se actuara para la salvaguarda de un bien, la conducta estaría justificada.¹⁶ Parece sin embargo adecuada la referencia al valor de los bienes ya que, en caso contrario, quien sustrae un tanque de oxígeno que estaba siendo utilizado para salvar una vida humana para evitar la muerte de su caballo de pura sangre (valor de tipo patrimonial) estaría actuando por necesidad aunque se hubiera muerto un hombre para salvar un caballo.

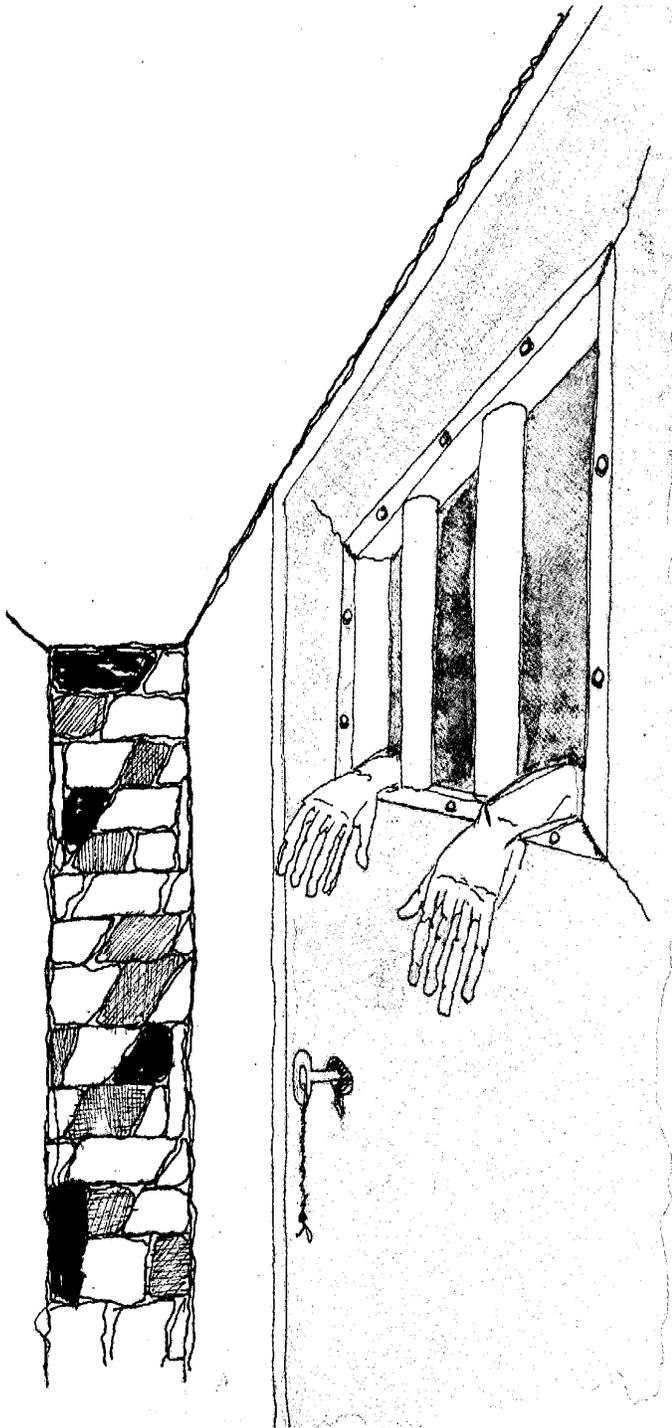
Lo importante en este caso es considerar que el "valor" de los bienes no se refiere al valor económico de los mismos sino a su jerarquía (vida, libertad, patrimonio); es así que bienes de igual jerarquía deben ser tratados como del mismo valor (dos vidas, dos automóviles, etc.). Se modificó también la exigencia de que el peligro a que estaba sometido el bien no fuera causado intencionalmente ni por grave imprudencia del agente. Ahora la exigencia estriba en que el peligro no sea causado dolosamente por el agente. De esta manera, se amplía el ámbito de actuación en estado de necesidad.

2.1.6.4. La inimputabilidad mantiene una regulación desafortunada, en tanto se menciona como excluyente tanto a la inimputabilidad transitoria como a la permanente. Esto se traduce en que los inimputables permanentes, que son detectados como tales en la averiguación previa, no puedan llegar al juez ya que el Ministerio Público no tiene fundamento legal para ejercer la acción penal. De esta manera, las medidas de seguridad previstas para los permanentes (arts. 67 y 68 del C.P.) sólo se aplican en aquellas situaciones en las que el Ministerio Público no detecta la incapacidad de comprender la ilicitud o de conducirse de acuerdo a esa comprensión o bien cuando esa incapacidad se presenta estando el sujeto ya ante el juez.

2.1.6.5. Junto con la inimputabilidad se regula la imputabilidad disminuida. Esta figura, contenida en varios códigos penales modernos se refiere al caso en que la capacidad de comprensión de la ilicitud no se halla

15. Conceptos expresados por el Dr. Moisés Moreno Hernández el 22 de febrero de 1994 en el Ciclo de Mesas Redondas organizadas por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal sobre "La importancia y perspectivas de las reformas penales".

16. Cfr. RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Elpidio, "Fuentes reales de las normas penales", en *Revista Mexicana de Justicia* 83, núm. 1. Vol. I. México, enero-marzo 1983, p. 24. El autor se pronuncia al respecto de la siguiente manera "...Actúa por necesidad quien lo hace para salvar algún bien, *cualquiera que sea el valor de éste* sin tener a su alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva. (El subrayado es mío).



totalmente excluida sino que está sensiblemente disminuida en el sujeto. Zaffaroni sostiene que son en realidad casos de menor culpabilidad por menor reprochabilidad de la conducta, lo que es congruente con la postura finalista en la que la imputabilidad es elemento de la culpabilidad¹⁷. Un supuesto de "imputabilidad disminuida" sería el homicidio en estado de emoción violenta, que contemplan muchos códigos extranjeros. Aunque la figura se incluye en el art. 15, que habla de las excluyentes del delito, hay una remisión al art. 69 bis donde se establece que en esos casos se impondrá, a juicio del juzgador, hasta las dos terceras partes de la pena que correspondiere al delito cometido o una medida de seguridad o ambas, en caso de ser necesario de acuerdo al grado de afectación de la imputabilidad del autor.

2.1.6.6. La fracc. VIII del art. 15 regula el error, tanto aquel que elimina el dolo (error de tipo según la doctrina) como el de prohibición.

Anteriormente el error era tratado en la fracc. XI, en la que se aludía al error invencible respecto de algunos elementos esenciales que integran la descripción legal (error de tipo) y al error invencible, por el cual el sujeto activo estimara que era lícita su conducta (error de prohibición). Hasta aquí parecía claro que cuando el error era invencible, ya fuera de tipo como de prohibición, no había delito. Sin embargo, a su vez, el art. 59 bis establecía que "Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia, de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso". De esta manera había una doble regulación del error de prohibición: en el art. 15 era excluyente del delito y en el 59 bis funcionaba como *atenuante*.

17. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Op. cit.*, p. 574. En igual sentido se pronuncia otro normativista WESSELS, Johannes, *Derecho Penal; Parte General*, Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 114.

La interpretación más congruente era reconocer que el error de tipo invencible eliminaba el dolo y por lo tanto el delito (art. 15 Fracc. XI); el error de prohibición directo (desconocimiento de la norma o de su alcance) invencible atenuaba la culpabilidad y por lo tanto la punibilidad (art. 59 bis); y el error de prohibición indirecto (error sobre los presupuestos y alcances de las justificantes o también conocido como causas de justificación putativas) excluía la culpabilidad y por lo tanto el delito (art. 15 Fracc. XI).

En relación a los errores vencibles, el código aclaraba que no eliminaban el delito pero no establecía punibilidades específicas; ello no era muy grave en relación al error de tipo donde se reconoce que, cuando es vencible, subsiste la culpa y por lo tanto se aplicaría la punibilidad culposa. En cambio, en el error de prohibición vencible la conducta sigue siendo dolosa¹⁸ (según los seguidores de la teoría estricta o rígida de la culpabilidad) por lo que le correspondería esta punibilidad al no prever el código una punibilidad específica. Por lo tanto, quien actuaba bajo error de prohibición vencible tenía igual punibilidad que aquel que actuaba con pleno conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, en todo caso tan sólo se tenía en cuenta el error al momento de la punición.

La reforma soluciona los problemas existentes al referirse en el art. 15 inc. A) al error invencible sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo; y en el inc. B) al error invencible respecto de la licitud de la conducta, ya sea *porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta*. Al mismo tiempo se deroga el art. 59 bis, de manera que queda claro que tanto el error de tipo como el de prohibición (directo e indirecto) invencibles excluyen el

18. Esto es así para los seguidores de la *teoría estricta o rígida de la culpabilidad*. Estos autores, principalmente finalistas, consideran cualquier error acerca de la antijuridicidad del hecho como error de prohibición, que no afecta al dolo sino tan sólo a la culpabilidad. Existe también la llamada *teoría limitada de la culpabilidad* que se impuso en la jurisprudencia y en la doctrina del Tribunal Supremo de Baviera, y que en relación al error sobre las causas de justificación distingue: a) la creencia errónea de que existen los presupuestos típicos de una causa de justificación reconocida se equipara con el error de tipo eliminando él dolo o, al menos, la punibilidad dolosa; b) el error sobre los límites jurídicos de una causa de justificación reconocida o sobre la existencia de una causa permisiva que el derecho no reconoce es tratado como error de prohibición que afecta a la culpabilidad. Cfr. WESSELS, Johannes, *Op. cit.*, pp. 132-134; e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *op. cit.*, p.44.

delito. De esta manera, se desecha de una vez por todas aquella vieja máxima de que el derecho se presume conocido y que la ignorancia de la ley no exime de responsabilidad, lo que en derecho penal se traducía en aceptar la responsabilidad objetiva violando así el principio de culpabilidad.

Al mismo tiempo se regulan los errores vencibles en el art. 66, que estipula que si se trata del error del inc. A) de la fracc. VIII del art. 15 se aplicaría la punibilidad culposa; mientras que para el inc. B) se prevé la pena de hasta una tercera parte de la aplicable al delito de que se trate.

Está claro que el legislador tomó posición, al considerar al error sobre los presupuestos de las justificantes ("...o porque crea que está justificada su conducta") como error de prohibición -indirecto- mientras que una parte de la doctrina lo incluye dentro de los supuestos del error de tipo.¹⁹ Sin embargo, y a pesar que no es recomendable la toma de posiciones por parte del legislador, en este caso es la solución correcta y la más adecuada en términos de garantizar una mayor seguridad en las resoluciones judiciales.

2.1.6.7. Se incluye la no exigibilidad de otra conducta como excluyente de delito, con el único límite de la racionalidad. La fracc. IX del 15 alude a que considerando las circunstancias en que se realiza el ilícito "...no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizo".

La "inexigibilidad de otra conducta" se ha entendido como una expresión genérica, similar a "causas de justificación", que denota, entre los supuestos de exclusión del delito, a aquellos que se fundan en la imposibilidad de exigirle al autor una conducta conforme a derecho. Es así que, de acuerdo a los contenidos de cada código, los autores identifican cuáles son las causas de no exigibilidad como por ejemplo el estado de necesidad cuando se sacrifica un bien de igual valor al que se salva.²⁰

El autor de la reforma prefirió introducir la forma genérica, con la vaguedad que ella conlleva, en vez de especificar los supuestos que la misma abarca. La única limitante está dada por la exigencia de racionalidad; esto deja un amplio margen para que los jueces decidan en qué casos le es o no exigible al sujeto otra conducta.

19. Cfr. WESSELS, Johannes, *op. cit.*, p. 133. Véase nota anterior.

20. Sobre los casos de no exigibilidad en el derecho penal mexicano véase RJGHI, Esteban, "La exigibilidad como base del juicio de culpabilidad", en *Revista jurídica veracruzana*, Tomo XXVIII, núm. 2 Xalapa, Veracruz, abril-junio 1977, pp. 43 a 60.

2.1.6.8. Se suprimen la obediencia jerárquica, el temor fundado y el miedo grave. La decisión es acertada ya que la obediencia jerárquica queda incluida o bien en el cumplimiento de un deber, o bien en el error de prohibición; el miedo grave es un supuesto de error y el temor fundado un caso de estado de necesidad.

2.1.7. Reparación del daño

Se reconoce expresamente (art. 32 fracc. V, 3er. párrafo) la obligación del Estado de reparar el daño, en forma solidaria por los delitos dolosos de sus servidores públicos y en forma subsidiaria cuando aquellos fueran culposos.

2.1.8. Punición

Según el art. 52 reformado, la individualización de las sanciones por parte del juez debe basarse en la gravedad del ilícito y en el grado de culpabilidad del agente. Con esta fórmula se quiere eliminar de raíz toda referencia a la peligrosidad del sujeto. El artículo antes de la reforma mencionaba en el inc. 3o. que el juez debía tener en cuenta al momento de la individualización "...la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad". Esto dio lugar a una práctica, reforzada por abundante jurisprudencia, en la que los jueces fundaban la punición casi exclusivamente en el cálculo de peligrosidad del autor. Esta situación era directamente violatoria de los principios rectores del sistema penal mexicano, consagrados en la Constitución federal.

Sin embargo, y a pesar de sus ventajas, la nueva fórmula es equívoca. En primer lugar hace referencia a la gravedad del ilícito cuando, en principio, dicha gravedad debe ser tomada en cuenta por el legislador para establecer la punibilidad pero ya no por el juez.²¹ Las particularidades del hecho afectarán en todo caso a la reprochabilidad de la conducta.

Por otra parte, el legislador menciona diversas cuestiones que el juez debe tener en cuenta, entre ellas la edad, la educación, la ilustración, las costumbres del sujeto; el comportamiento posterior del acusado en relación al hecho cometido. Ninguna de las citadas son situaciones que hagan a la culpabilidad del sujeto. Además en el art. 65 se estipula que la reincidencia será tomada en cuenta también para la individualización judicial, cuando la misma es una figura relacionada directamente con la prevención especial y no con la irreprochabilidad constitutiva de culpabilidad.

Es interesante destacar que, en torno a la individualización basada en la culpabilidad, pueden mencionarse dos posturas: a) la del espacio de juego, según la cual en el marco penal hay un espacio de juego, dentro de cuyos límites superior e inferior cualquier cuantía de pena que se imponga es adecuada a la culpabilidad del hecho. De acuerdo a esto, el juez individualiza dentro del marco puesto por el legislador, un marco más pequeño dado por la culpabilidad y, dentro del mismo, fija la sanción en función de consideraciones de prevención general y especial; b) la teoría de la pena marcada por un punto exacto según la cual la culpabilidad, o sea la reprochabilidad de la conducta, permite por sí sola individualizar la sanción aplicable al autor del delito.²²

Parece ser que el legislador se ha inclinado por la primera postura, la del espacio de juego, por lo que quizá hubiera sido acertado retomar la expresión del art. 51 relativa a la aplicación de sanciones alternativas, cuando dice que el juez podrá imponer la pena privativa de libertad "...cuando ello sea ineludible a los fines de la justicia, prevención general y prevención especial". O, en todo caso, hubiera sido preferible decir que la individualización tendrá como límite máximo la culpabilidad del sujeto.

2.1.9. Concurso real

Se reduce la punibilidad del concurso real. Antes era posible sumar las penas correspondientes a cada uno de los delitos cometidos, siempre que se respetaran los máximos legales. Ahora se suman las penas por los delitos cometidos, si ellos son de diversa especie, pero si son de la misma se aplicará la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la mitad del máximo. De esta manera, se acerca a la punibilidad prevista para el concurso ideal.

2.2. Reformas a la Parte Especial

Las reformas en el Libro Segundo son menos trascendentes, por lo que sólo se mencionarán los aspectos más destacarles.

2.2.1. Tipos culposos

Se reduce considerablemente el número de tipos culposos por la incorporación del sistema de *numerus clausus*. Ahora sólo serán culposos los tipos contenidos en los 13 artículos enumerados en el art. 60, además del homicidio culposo calificado previsto en el citado artículo.

21. Al respecto existe incluso jurisprudencia al respecto, en la que se establece que "El juzgador natural recalifica la conducta del reo si se toma en cuenta las calificativas concurrentes en la comisión del delito, cuando éstas por sí mismas ya implican una pena mayor al considerarse tipo agravado el ilícito..." *Amparo directo 6362/82.-Roberto Lara Rojas.- 22 de agosto de 1984.- Unanimidad de 4 votos. Informe 1984. Primera Sala. Núm. 38. Pág. 30.*

22. Cfr. LUZON PEÑA, Diego Manuel, "Antinomias penales y medición de la pena", en AAW, *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982, p. 185, Véase también ROXIN, Claus, "Sentido y límites de la pena estatal", en ROXIN, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid: Reus, 1976, p. 27.

2.2.2. Trabajo en favor de la comunidad

Aparece el trabajo en favor de la comunidad como pena autónoma para el responsable de la evasión de un preso, que logre asimismo su reaprehensión; para quien quebrante sanciones; para el violador de correspondencia; para el que desobedezca a la autoridad; para el que haga apología de un delito; para quien revele secretos; para el que varía u oculte su nombre, al declarar judicialmente para algunos supuestos de abandono de personas.

Anteriormente, las únicas penas autónomas que aparecían en la Parte Especial eran la prisión y la multa.

2.2.3. Delitos contra la salud

Se incorporan tablas elaboradas para cada sustancia, mediante las cuales se establecen las punibilidades de la posesión.

Se excluye expresamente la sanción de la posesión para el consumo personal, si el sujeto es farmacodependiente (art. 199), con el requisito de que se avise a las autoridades sanitarias para su tratamiento.

Se aumentan las punibilidades para quien posea, con la finalidad del tráfico de estupefacientes (art. 195).

Se impone una punibilidad de 20 a 40 años y de quinientos a diez mil días multa a quien por sí, a través de terceros o a nombre de otros, dirija, administre o supervise cualquier tipo de asociación delictuosa constituida con el fin de dedicarse al tráfico de estupefacientes (art. 196 bis).

Se reduce la punibilidad, que antes era de 2 a 8 años a la de 1 a 6 años, para el campesino que con escasa instrucción y extrema necesidad económica siembre, por cuenta o financiamiento de terceros, algún vegetal de los previstos en la ley.

2.2.4. Delitos contra la vida y la integridad corporal

En el homicidio se elimina la referencia temporal contenida en el art. 303 fracc. II, de que la muerte debía ocurrir en los 60 días siguientes a la comisión de la lesión, para que se considerara consecuencia de la misma. La modificación es afortunada si se tiene en cuenta, por ejemplo, la posibilidad de que una persona muera por haber recibido sangre infectada por sida mediante una conducta dolosa o culposa de otro individuo. La muerte en este supuesto no ocurre dentro del plazo que establecía el Código.

Se reforma el tipo de parricidio que pasa a llamarse "Homicidio en relación del parentesco o relación", que ahora incluye la muerte del ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con una punibilidad de diez a cuarenta años en vez de la de trece a 50 años del antiguo art. 323.

Se derogan los homicidios atenuados de los arts. 310 y 311, que consistían en matar al cónyuge, a su amante o a ambos, al sorprenderlos al momento del acto carnal y el homicidio del varón corruptor del descendiente sorprendido en la misma circunstancia. Estas figuras de alcance muy limitado, solamente aplicables a cuestiones relacionadas con el "honor sexual", tenían además la bajísima punibilidad de tres días a tres años de prisión.

Ambas atenuantes respondían a la fórmula genérica del homicidio por emoción violenta. Quizá por ello el legislador decidió incluir en el art. 310 el homicidio en estado de emoción violenta. Sin embargo, no parece muy feliz la introducción de esta nueva figura toda vez que los casos por ella abarcados, quedan comprendidos en el supuesto de imputabilidad disminuida regulado en la parte general. Es cierto que el legislador la relaciona con una atenuación de la culpabilidad pero, ya se vio anteriormente que hay autores que consideran de igual manera a la imputabilidad disminuida; si se considera a la imputabilidad como elemento de la culpabilidad, como parece ser la línea seguida por el legislador, entonces la disminución de la imputabilidad disminuirá, a su vez, la culpabilidad.

2.2.5. Delitos contra el patrimonio

Se incluye una nueva figura equiparada al fraude (art. 388) y se modifica la extorsión, previendo una agravante para cuando se realice por una asociación delictuosa o por un servidor o ex servidor público o miembros de las Fuerzas Armadas o ex miembros de las mismas (art. 390).

Las reformas someramente comentadas demuestran la tendencia a actualizar el derecho penal mexicano, de acuerdo a las nuevas corrientes del pensamiento científico penal y a los principios contenidos desde hace muchos años en el texto constitucional, a los que el legislador secundario no tuvo en cuenta.

A pesar de esto, el número excesivo de reformas ocurridas desde hace diez años a la fecha, la parcialidad de cada una de ellas, la contradicción en muchos puntos entre las mismas, hace pensar en la necesidad de una reflexión más profunda y meditada sobre la totalidad del sistema jurídico penal mexicano.

Una reforma integral debe plantearse la vigencia de un sistema democrático, tanto en el ámbito sustantivo como adjetivo, y no puede seguir soslayando temas que inquietan tanto a la sociedad como el aborto o el adulterio, y lo que es más importante aún la alta punibilidad de los delitos patrimoniales por mencionar un ejemplo. A su vez, el poco tiempo de vigencia de algunos de los textos legislativos impide un estudio más acabado de los mismos y su correcta aplicación por parte del Poder Judicial. Por ello, es preferible con^ tener un tiempo el ímpetu reformador para poder propiciar una transformación más profunda y efectiva del sistema penal en su totalidad.