

Ensayo sobre la unificación penal sustantiva en México

Roberto A. Ochoa Romero

SUMARIO: I. Introducción. II. Principios constitucionales que pueden tener injerencia en la Parte general del Derecho penal. III. A modo de conclusiones: la conveniencia y oportunidad de la unificación penal sustantiva en México.

I. INTRODUCCIÓN

La conocida reforma constitucional de 2008 —llamada de seguridad y justicia—, ha sido analizada de manera parcial. Con muy contadas excepciones, su contenido ha sido revisado y expuesto sólo a través de los principios y de las reglas que articulan, desde la propia Constitución general de la República, el sistema procesal penal de tipo acusatorio y oral.

Pero lo cierto es que esta reforma no parece agotarse con tales principios y reglas de carácter procesal penal; esa parte, la procesal penal, es quizás la más abundante y novedosa. Sin embargo, no puede perderse de vista que también fueron colocados en el texto de la Constitución algunos principios que conviene analizar a los efectos de dimensionar su proyección en otros sectores del sistema estatal de intervención penal. Tales categorías podrían informar la definición (y la existencia) de

la responsabilidad criminal, la selección y el diseño legislativo de las conductas que han de producir dicha responsabilidad, así como la naturaleza y cantidad de la pena con la que habría de conminarse la conducta ilícita y, en última instancia, sancionarse.

Me refiero a cuestiones como la exigencia de reinserción social como propósito último del sistema penitenciario, previsto en el artículo 18, párrafo segundo, de la Constitución, y que se traslada como límite lógico al *quantum* penal previsto en ley; a la declaración del principio de culpabilidad como límite para la imposición de las penas y como límite para la *cantidad* de pena a imponer, recogido en el artículo 20, apartado A, fracciones V y VIII; al principio de presunción de inocencia que, sin duda, tiene relevancia sustantiva, anunciado en el artículo 20, apartado B, fracción I, y a los principios de proporcionalidad penal y de ofensividad *ex* artículo 22, párrafo primero, *in fine*.

De esta forma se puede confrontar la idea, quizás generalizada, de que la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia haya tenido un propósito de carácter puramente procesal penal. Según se advierte del texto del decreto, esta importante reforma incorporó al texto constitucional diversos principios que, conforme a su interpretación técnica, constituyen piezas clave en la definición y resolución de cuestiones capitales de la Parte general del Derecho penal y abren, por ello, una oportunidad inmejorable para discutir y, en su caso, proponer una estrategia legislativa que permita unificar la parte sustantiva del Derecho penal en toda la República mexicana.

Desde esta perspectiva, las instituciones que incorporó la reforma del 18 de junio de 2008 en el texto de la ley suprema, sujetarían a los congresos de las entidades federativas a la obligación de diseñar (o rediseñar) sus códigos penales —en el ámbito de la responsabilidad criminal, de los tipos penales y de las penas— en función de tales categorías. De manera que, al margen de su conveniencia —que más adelante abordaré—, el análisis de la cuestión sobre la unificación penal sustantiva en México es más oportuno que nunca.

II. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE PUEDEN TENER INJERENCIA EN LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL

Ya mencioné que la reforma constitucional de 2008 no parece agotarse en su dimensión procesal penal. Al contrario. El conjunto de adiciones y modificaciones que se produjeron sobre el texto constitucional en esa ocasión, se hizo acompañar de una serie de principios que pueden (y deben) tener injerencia en la fisonomía de la Parte general del Derecho penal nacional y, por ello, en la orientación político-criminal del texto legislativo en el que se implante.

Particularmente se trata, como ya señalé, de los principios de reinserción social (como eje rector del sistema penitenciario), de culpabilidad, de presunción de inocencia, de proporcionalidad penal y de ofensividad o de estricta protección de bienes jurídicos.

En los apartados que siguen expondré, en su esencia, cada uno de tales principios para fórmula, posteriormente, una propuesta sobre su proyección, desde luego con respecto a cuestiones básicas del Derecho penal sustantivo, pero, en especial, frente al diseño de un código penal único para la República mexicana. Sin duda, se trata de instituciones que, desde entonces, informan la política criminal del Estado mexicano y que, precisamente por eso, deben tener su correlato en el ámbito legislativo.

II.1. El mandato de reinserción social

El concepto de *readaptación social* fue desplazado en la reforma constitucional de 2008 y sustituido por el de *reinserción social*. En este sentido, el artículo 18 constitucional, conforme al texto vigente a la sazón, ordena que el sistema penitenciario se organice sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir.

A partir de la reforma, la Constitución de nuestro país mandata que dentro del sistema penitenciario se habiliten y articulen ciertas estrategias y procesos que permitan orientar el régimen de internamiento hacia la *reinserción social* de quien ha sido encontrado culpable de la comisión de un delito y, por ello, se le ha impuesto una pena de prisión. En estos términos, el concepto de reinserción social podría entenderse vinculado, solamente, a la ejecución penal, subrayando una influencia bien marcada hacia la prevención especial positiva; sin embargo, es importante reconocer que el ideal de reinserción social sólo puede realizarse siempre y cuando se atienda un presupuesto básico.

Así es, este mandato solamente puede satisfacerse si se cumple con un requisito previo de orden material, esto es, si el legislador atiende —desde el momento de definir la naturaleza y cantidad de pena con la que habrá de sancionarse una conducta penalmente relevante— las exigencias del principio de proporcionalidad penal. Sin duda, ambos conceptos se encuentran imbricados. De suerte que si el legislador se excede al definir el *quantum* de pena de prisión con la que se amenaza la realización de una conducta, imposibilita la realización del mandato de reinserción social en la medida en que, aun y cuando el juzgador fijara en sentencia el rango mínimo de pena de prisión, el exceso del legislador dificulta —si no imposibilita— el desarrollo de los mecanismos que han de facilitar la reinserción social.

En este sentido, resulta inevitable referir una tendencia reciente de la política criminal nacional —por lo demás adoptada internacionalmente desde la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional—, que no sólo incentiva la exacerbación penal más allá de los límites imaginables (incluso biológicos), sino que, asimismo, incorpora puntuales excepciones dentro del sistema penitenciario que, cuando menos, desatienden el mandato constitucional de reinserción social.

Como ejemplo de esta tendencia político-criminal recientemente adoptada en nuestro país, se localiza una disposición, precisamente en el artículo 18, párrafo octavo, de la Constitución, que prohíbe que los sentenciados por delitos en materia de delin-

cuencia organizada compurguen las penas impuestas en el lugar más cercano a su domicilio. Así, una estrategia que conforme al propio artículo 18 constitucional debiera facilitar la reinserción social, se abandona para procurar la neutralización del sujeto a quien se le considera intrínsecamente peligroso por razón de la categoría de delito que se le atribuye.

En este orden, el mandato de reinserción social puede (y debe) tener injerencia en el plano sustantivo; particularmente si se observa desde la referida relación que guarda con el principio de proporcionalidad penal. No cabe duda que el legislador debe atender el principio de proporcionalidad para habilitar la reinserción social del sentenciado. Las penas largas privativas de la libertad, como es el caso de las previstas referida tendencia político-criminal —de marcada influencia preventivo general—, que imposibilita la reinserción social y apuesta por la neutralización del sentenciado.

Pues bien, por tratarse de un mandato constitucional, debe obligar a los poderes legislativos estatales y, por supuesto, al federal. La recepción del mandato de reinserción social puede articularse de mejor manera si en lugar de revisarse (y evaluarse) en treinta y tres códigos penales, se desarrolla en un solo código penal de orden nacional.

Así, la conveniencia de dicha estrategia legislativa se explica por sí sola: si existe un solo referente legislativo desde el cual revisar el cumplimiento de esta exigencia constitucional, la interpretación jurisprudencial de la cuestión será única, abonará el terreno de la seguridad jurídica y, con ésta, el de las exigencias dimanantes de la dignidad humana.

II.2. El principio de culpabilidad y el consecuente abandono de la responsabilidad objetiva o por el resultado

Otro de los principios que aparecen en el texto de la Constitución después de la reforma de 2008, concretamente en su artículo 20, apartado A, fracciones V y VIII, es el de culpabilidad. Se trata de un principio capital del Derecho penal moderno que

posee un reflejo claro en el diseño legislativo de las conductas que han de producir consecuencias penales.

A pesar de que su incorporación en el texto de la norma suprema parece estar orientada, exclusivamente, a los aspectos procesales propios del sistema acusatorio, debe recordarse que se trata de un mismo concepto —con una doble dimensión— y que, por ello, su manifestación en el ámbito del proceso penal es, precisamente, consecuencia directa de su naturaleza de principio fundamental de la Teoría jurídica del delito.

Ius puniendi estatal, prohibiendo la posibilidad de imponer una pena a una persona hasta en tanto no se defina su responsabilidad conforme a las reglas del debido proceso y, por otra parte, habiéndose superado ese primer obstáculo, opera como límite para la *cantidad* de pena imponible en sentencia, esto es, como un límite a la individualización judicial de la pena. Esta acepción encuentra asidero en el artículo 20, apartado A, fracción VIII, de la Constitución.

Por lo que respecta a la acepción sustantiva del principio de culpabilidad, el artículo 20, apartado A, fracción V, establece que “la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal”. En esta disposición se otorga al principio de culpabilidad una particular relevancia sustantiva, concretamente, vinculada al tipo penal.

En efecto, visto desde su concepción clásica o tradicional, el concepto de culpabilidad incorpora las formas subjetivas de comisión del delito; a saber, la realización dolosa o culposa de la acción o de la omisión. Sin embargo, en su concepción finalista, el principio se encuentra desprovisto, parcialmente, de tal carga subjetiva, la cual se traslada a los elementos del tipo penal. Así, la realización dolosa o culposa de la acción u omisión, es una cuestión que atañe a los elementos del tipo penal, en concreto, a los elementos subjetivos.

La pertenencia del dolo, o bien, de la culpa en sentido estricto, a los elementos configuradores del tipo penal, supone la validación de un principio vinculado a la culpabilidad pero que mantiene cierta independencia con respecto al juicio de repro-

che. En este sentido, se habla del principio de responsabilidad subjetiva —que desplaza a la otrora responsabilidad objetiva o por el resultado— para significar la exigencia de dolo o culpa en la realización de toda conducta penalmente relevante.

De esta manera, la señalada vinculación del principio de culpabilidad con los elementos del tipo penal, posee una clara manifestación en el ámbito legislativo. Y es que este principio no sólo exige la presencia —siempre alternativa— de los indicados elementos subjetivos en todo hecho que la ley señale como delito, sino que, muy particularmente, condiciona el diseño de los tipos penales de la Parte especial del Derecho penal, al cumplimiento de tal exigencia.

En este sentido, el principio de culpabilidad también gravita, desde la Constitución general del país, sobre los Poderes legislativos estatales y el federal. Así, no debería existir ningún tipo penal cimentado en la antigua regla del *versari in re illicita*, sino que, por el contrario, debe definirse con claridad la modalidad subjetiva que ha de orientar la realización de la conducta.

Sin embargo, todavía aparecen en nuestro Derecho nacional algunas formas de tan atormentada estrategia legislativa. Por ejemplo, el artículo 10, fracción II, inciso e), de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, pretende atribuir el resultado típico al autor, sin mediar dolo o culpa en la realización de la acción. En este numeral se asigna una pena de prisión de entre cincuenta y cien años y de ocho mil a dieciséis mil días multa, si en la ejecución de un secuestro, durante o después del cautiverio, la víctima muere debido a cualquier alteración de su salud que sea consecuencia de la privación de la libertad, o bien, por enfermedad previa que no hubiere sido atendida en forma adecuada por los autores o partícipes del delito.

En este numeral, el legislador dispone una circunstancia agravante específica que eleva sustancialmente el rango penal dispuesto para el tipo básico del delito de secuestro, cuando “la víctima muera debido a cualquier alteración de su salud que sea consecuencia de la privación de la libertad”. De suerte que, conforme al texto de la circunstancia, para producir la muerte de la

víctima no se requiere de una acción dolosa o culposa del sujeto activo, basta que ésta tenga lugar “por cualquier alteración de su salud” que sea consecuencia de la privación de la libertad. Así, la muerte del sujeto pasivo del secuestro se atribuye al autor del mismo, sin necesidad de afirmar su injerencia en el hecho que produjo la muerte.

La exigencia de responsabilidad subjetiva se convierte así, en un presupuesto de seguridad jurídica. Sin duda, es más conveniente (y útil) desarrollarla en un solo ordenamiento penal sustantivo y no en treinta y tres. Además, por tratarse de una cuestión constitucional, debe desarrollarse de la misma manera en todo el orden jurídico penal del país.

II.3. El principio de presunción de inocencia

Uno de los pilares sobre los que descansa el sistema procesal penal acusatorio es, sin duda, el de presunción de inocencia. Su influencia se derrama sobre todas y cada una de las etapas del sistema de principio a fin.

Antes de la reforma en materia de seguridad y justicia, el principio de presunción de inocencia se derivaba de una interpretación sistemática de diversos preceptos de la Constitución general: entre otros, los artículos 14, 16 y 21. Pero lo cierto es que no encontraba un alojamiento claro y directo en el texto de la Carta Magna nacional. Más allá de derivarse de otros preceptos, no aparecía en negro sobre blanco.

Pero a partir del 18 de junio de 2008, la presunción de inocencia apertura el catálogo de los derechos de toda persona imputada. Así, el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución establece que toda persona tiene derecho “a que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

El contenido del principio, en términos de lo que señala la Constitución, se manifiesta en el ámbito procesal penal protegiendo a toda persona imputada con respecto al tratamiento que ha de dársele hasta en tanto se dicte sentencia. Esta presunción

—de naturaleza *iuris tantum*—, impide al juzgador considerar (o tratar) como criminalmente responsable a una persona, hasta en tanto no se verifique su responsabilidad mediante pruebas efectivas de cargo valoradas en juicio.

Pero el efecto protector del principio de presunción de inocencia —dada su categoría de límite al *ius puniendi* del Estado— no se agota en la actividad jurisdiccional, por el contrario, se proyecta sobre cualquier acto de autoridad previo a la declaración de responsabilidad criminal en juicio. De suerte que el significado y los alcances del principio de presunción de inocencia no se reducen al proceso penal y, dentro de éste, muy particularmente, al ámbito de la prueba y de su valoración. Su categoría de principio limitador de la facultad sancionadora del Estado y, por ello, de relevancia político-criminal, tiene una manifestación sustantiva que se observa, asimismo, en la configuración de los tipos penales.

El principio de presunción de inocencia alcanza efectivamente al legislador y le impide que en el diseño de las conductas típicas se recurra a fórmulas semánticas que inviertan la carga de la prueba y, con ésta, vulneren, no sólo la presunción de inocencia, sino, al mismo tiempo, una máxima del principio acusatorio prevista en el artículo 20, apartado A, fracción V: la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a quien acusa, conforme lo señale el tipo penal.

De esta manera, el diseño de los tipos penales no debe terminar por invertir, *ex ante*, la carga de la prueba; esto es, que la conducta (y el resto de los elementos configuradores de la infracción) no puede estar diseñada de manera tal que el órgano de la acusación no tenga que demostrar nada, sino que, por el contrario, se obligue al imputado a demostrar su inocencia.

Como ejemplo de esta suerte de estrategia legislativa que produce una inversión en la carga de la prueba, se localiza el artículo 109, fracción I, *in fine*, del Código Fiscal de la Federación que sanciona con las mismas penas del delito de defraudación fiscal a quien

consigne en las declaraciones que presente para los efectos fiscales, deducciones falsas o ingresos acumulables menores a los realmente obtenidos o valor de actos o actividades menores a los realmen-

te obtenidos o realizados o determinados conforme a las leyes. En la misma forma será sancionada aquella persona física que perciba ingresos acumulables, cuando realice en un ejercicio fiscal erogaciones superiores a los ingresos declarados en el propio ejercicio y no compruebe a la autoridad fiscal el origen de la discrepancia en los plazos y conforme al procedimiento establecido en la Ley del Impuesto sobre la Renta.

De conformidad con este artículo y fracción, una persona física que realice erogaciones superiores a sus ingresos declarados en un mismo ejercicio fiscal y *no compruebe* a la autoridad fiscal el origen de la diferencia, será sancionado con las penas previstas para el delito de defraudación fiscal. Sin duda, la estrategia que sigue el legislador en este caso, vulnera el principio de presunción de inocencia en su vertiente sustantiva, porque obliga a la persona física a comprobar el origen de la discrepancia *so pena* de incurrir en el delito de defraudación fiscal equiparado.

En este ejemplo, el legislador invierte la carga de la prueba y obliga al contribuyente a demostrar su inocencia. Así, se trata de un tipo penal diseñado sobre la base de una presunción de responsabilidad en la medida en que, desde el contenido de la infracción, se parte de la idea de que la diferencia entre las erogaciones y los ingresos corresponde al producto de aquello que se ha dejado de pagar a la autoridad fiscal. En suma, se presume que la diferencia existente entre lo gastado y lo declarado como ingreso, representa una cantidad sobre la cual se dejó de pagar el impuesto.

Este tipo de disposiciones resultan contrarias a la Constitución, precisamente, por violación al principio de presunción de inocencia. Al tiempo, la disposición es contraria al principio acusatorio, en tanto en cuanto el órgano de la acusación no requiere sino esperar a que el imputado no tenga forma de demostrar que no ha cometido delito alguno.

Con lo dicho queda de manifiesto que el principio de presunción de inocencia también rige en el ámbito de lo sustantivo y obliga al Poder Legislativo para manufacturar los tipos penales sin presumir la responsabilidad.

La revisión sobre el cumplimiento de las exigencias propias de este principio y, con ésta, de la protección que produce sobre

el ciudadano, es viable y necesaria a través de un solo código penal para todo el país.

II.4. El principio de proporcionalidad

Como ya lo referí, la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia también impactó el texto del artículo 22 constitucional. Más allá de la incorporación de la acción de extinción de dominio, también se adicionó su párrafo primero para disponer que “toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”. Se trata, por tanto, de la incorporación del multicitado principio de proporcionalidad penal.

El principio que ahora recoge el artículo 22, párrafo primero, *in fine*, posee una gran importancia en el orden penal sustantivo, muy concretamente, en el ámbito de la pena. Así, el principio de proporcionalidad viene a ordenar, desde la Constitución general del país, el régimen punitivo de toda la República mexicana para alinearlos a dos presupuestos: el delito que se sancione y el bien jurídico que resulte afectado.

La incorporación de este principio, precisamente en el artículo 22 constitucional y, en especial, en su párrafo primero, da cuenta de su relevancia.

En efecto. El párrafo primero del artículo 22 recoge las prohibiciones penales vigentes en todo el país; así, es bien sabido que en México están “prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales”. Por tanto, si el principio de proporcionalidad aparece anudado a dicho régimen de prohibiciones —aunque diseñado en clave de mandato—, es válido afirmar que en México están constitucionalmente prohibidas las penas desproporcionadas.

Así, en nuestro país no podrían existir penas —principalmente en su categoría de conminación legal—, que no sean coherentes con los presupuestos del principio de proporcionalidad.

Dicho de otra manera, la Constitución general de la República ordena que las penas, en su naturaleza y cuantía, sean las necesarias para resolver el desvalor de la acción y el desvalor del resultado ínsitos en la conducta delictiva. De forma tal que la relevancia del principio de proporcionalidad es innegable dentro de los llamados límites del *ius puniendi* y, por ello, importa (e informa) a la política criminal del Estado mexicano.

Por lo demás, la localización de este principio dentro del elenco de los límites al *ius puniendi* y, con ésta, su vinculación con la teoría de la pena, lo coloca dentro del conjunto de instituciones capitales de la Parte general del Derecho penal mexicano. Por tanto, el Código Penal Federal y los códigos penales de las entidades federativas, deben orientar su régimen de sanciones conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad. De esta manera, no deberían existir penas distintas para delitos que comportan la misma lesión de bienes jurídicos, por ejemplo, de manera muy simple, el homicidio.

Si la vida humana independiente, como valor protegido por las leyes penales que ordenan la aplicación de una pena para quien prive de la vida a otro, tiene la misma consideración en todo el país —máxime después de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de 2011—, no pueden existir penas diferentes para el mismo delito en treinta y tres versiones. A mi modo de ver, el tratamiento diferenciado de la cuestión puede comprometer las obligaciones del Estado mexicano de reconocer y proteger el derecho a la vida, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por citar dos ejemplos, el Código Penal Federal dispone una pena de entre doce y veinticuatro años de prisión para quien prive dolosamente de la vida a otro, mientras que el Código Penal para el Estado de Hidalgo, prevé una pena de diez a treinta años y de cien a trescientos días multa para la misma infracción. ¿Acaso no posee el mismo valor la vida humana independiente en las dos realidades legislativas y, por ello, el homicidio debiera tener la misma sanción?

Sin duda, el desorden legislativo es aún mayor. Si se revisan en los treinta y tres códigos penales vigentes en el país las reglas

para la aplicación de las penas en los casos de concurso de delitos, de tentativa de delito, así como otros sectores de la criminalidad como los delitos contra las personas en su patrimonio o los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, la pluralidad normativa es, simplemente, inabarcable.

Y es que la inobservancia del principio de proporcionalidad en este sentido, produce una gran variedad de opciones en el rubro de las penas con las que se puede sancionar la comisión de un mismo delito en todo el país. De suerte que resulta necesario concebir una estrategia de técnica legislativa que permita unificar la reacción punitiva a nivel nacional, privilegiando el mandato constitucional de proporcionalidad. La respuesta puede ser, nuevamente, un código penal único para la República mexicana.

El diseño —y posterior implementación— de un código penal nacional, permitiría ordenar el régimen de penas para todos los delitos en función del mandato de proporcionalidad. Además, generaría mayor seguridad jurídica en la medida en que el ciudadano tendría la posibilidad de defenderse ante violaciones flagrantes de dicho principio, por ejemplo, allá en donde se pretenda sancionar con la misma pena una tentativa de delito (con tipificación específica) y su modalidad consumada, o bien, se pretendan sancionar de la misma manera la realización dolosa y la comisión imprudente de una misma conducta. Tal es el caso previsto en el artículo 225, fracción VIII, del Código Penal Federal que sanciona con la misma pena la conducta consistente en “retardar o entorpecer maliciosamente o por negligencia la administración de justicia”.

En este ejemplo, el legislador establece la misma cantidad de pena para dos modalidades de una misma conducta que, en definitiva, no poseen el mismo desvalor de acción. La realización dolosa (*maliciosa*) de la acción y su referente por imprudencia (*negligencia*), no pueden sancionarse con la misma naturaleza y cantidad de pena.

Este tipo de conflictos, en lo que concierne a la reacción penal estatal, puede y debe corregirse con el diseño de una ley penal aplicable para todo el país. La estatura constitucional del principio de proporcionalidad, abre la puerta para la unificación legislativa en la materia.

II.5. El principio de ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos

Como ya se ha señalado, el *test* o juicio de proporcionalidad penal descansa sobre dos presupuestos: el delito que se sancione y el bien jurídico afectado.

El segundo de tales componentes, el del bien jurídico afectado, dota de rango constitucional a otro principio también limitador del *ius puniendi* cual es el de ofensividad, lesividad o de estricta protección de bienes jurídicos. Se trata de un principio material que limita la intervención del Estado a través del Derecho penal, reduciéndola a las conductas que puedan comprometer, efectivamente, un bien jurídico penal en términos de lesión o puesta en peligro.

La aparición de este principio en el texto de la Constitución, condiciona (y organiza) la selección de las conductas que han de tener relevancia penal —tanto como el diseño de los tipos penales que las declaren— a la tutela de un bien jurídico y, por supuesto, a la lesión o, cuando menos, a la puesta en riesgo de ese específico valor que se busca proteger. Por ejemplo, la vida humana independiente, la salud colectiva e individual, el patrimonio, la libertad personal de movimiento, la libertad sexual, entre otros.

En definitiva, el principio de ofensividad o de estricta protección de bienes jurídicos, informa la política criminal nacional y permite cerrar el grupo de las conductas criminalmente relevantes, privilegiando aquellas que puedan producir una lesión o una puesta en riesgo de los bienes jurídicos más importantes para la sociedad.

De esta manera, debieran quedar fuera del Derecho penal nacional las conductas inocuas como la tentativa absolutamente inidónea o los actos preparatorios que no representan, siquiera, la creación de una situación de riesgo para el bien jurídico hacia cuya protección se orientan. Sin embargo, la pluralidad que subsiste al día de hoy en el orden del Derecho penal sustantivo a nivel nacional, permite que existan formas de imputación a las que no subyace la protección de ningún bien jurídico, o bien, que habiendo tal necesidad de protección, se habilitan penas muy

significativas para conductas que simplemente no lo lesionan ni ponen en peligro.

Como ejemplo de este tipo de casos, puede referirse el delito de matrimonio ilegal o bigamia, previsto en el artículo 279 del Código Penal Federal que reporta una pena de prisión de hasta cinco años al que “estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, contraiga otro matrimonio con las formalidades legales”.

De acuerdo con el diseño de este tipo penal (y su interpretación teleológica), no se alcanza a distinguir cuál es el bien jurídico que se pretende proteger. Se trata, evidentemente, de una conducta que debiera ser corregida a través del Derecho civil o familiar, pero no desde el Derecho penal y, menos aún, con la amenaza —aunque alternativa— de pena privativa de la libertad. Por ello, es muy discutible que el bien jurídico que se intenta proteger tenga relevancia criminal.

Otro ejemplo de este tipo de apuesta político-criminal que debería ser desplazada —cuando menos mayoritariamente en nuestro país— es el de la tentativa sin objeto material. En este sentido, no son pocos los códigos penales que incriminan casos de tentativa en los que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar. Se trata de un concreto aspecto de una suerte de estrategia legislativa con la que se pretende imponer una pena por las meras intenciones, y no por el daño que se pudo haber causado con la acción. En este ejemplo, la carencia de dañosidad del delito intentado (o su definición), pone en entredicho la posibilidad de sancionarla por una cuestión de legalidad pura. Y es que si la lesión o puesta en riesgo del bien jurídico informa y orienta el juicio de adecuación a tipo, su ausencia no puede sino generar, precisamente, esa ausencia de tipicidad.

De esta manera, el principio de ofensividad tiene un reflejo claro en el ámbito del diseño de las conductas criminalmente relevantes y, por supuesto, también en lo que respecta al régimen del delito de imperfecta realización. Su vinculación natural y lógica con el principio de proporcionalidad, puede incentivar igualmente la unificación de la legislación penal sustantiva en todo el país.

Y es que la existencia de una legislación penal sustantiva única, permitiría definir cuáles son los casos de tentativa que sí requieren ser sancionados, así como seleccionar las conductas socialmente dañosas —bajo el criterio de estricta protección de bienes jurídicos— y discriminar aquellas que no comportan la protección de un bien jurídico penal, o bien, que no comportan la lesión o puesta en riesgo de un valor penalmente significativo.

III. A MODO DE CONCLUSIONES: LA CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD DE LA UNIFICACIÓN PENAL SUSTANTIVA EN MÉXICO

Hasta este momento he venido analizando aquellos elementos de relevancia jurídico-penal que fueron incorporados al texto de la Constitución por virtud de la reforma en materia de seguridad y justicia. En los términos propuestos, se trata de verdaderas conquistas de la sociedad mexicana moderna en el ámbito del diseño de su sistema penal y, muy particularmente, de las reglas para la definición de la responsabilidad criminal.

Nos encontramos, por tanto, en un momento inmejorable en el que los presupuestos constitucionales y, por ello, de política criminal nacional, están dados para pensar en el diseño de una ley penal sustantiva única que defina los límites del poder punitivo del Estado, las instituciones y categorías que, conjuntamente, dan como resultado la responsabilidad penal, las conductas típicas y las penas que por su realización se pueden aplicar. Por primera vez parecen estar sentadas las bases—desde la Constitución general del país— para la unificación penal sustantiva.

Las ventajas que pueden alcanzarse con esta estrategia legislativa son diversas y podrían organizarse en dos grandes rubros como a continuación se expone.

III.1. En el orden estrictamente sustantivo

En el orden penal sustantivo, los beneficios que traería consigo la legislación penal única son muy variados. Por principio de

cuentas, debe destacarse la unificación de los tipos penales; esto es, que existiría en todo el país una sola pieza legislativa —sin perjuicio de la posibilidad de impulsar leyes especiales para el tratamiento de cuestiones muy puntuales—, para sancionar cualquier delito, por ejemplo, el homicidio y sus formas, el robo y sus modalidades, la violación y sus circunstancias agravantes, así como los delitos contra la salud.

De esta manera, habría en todo el país un solo tipo penal para sancionar el mismo delito, lo que eliminaría los espacios de impunidad que actualmente se generan por la heterogeneidad que subsiste en el tratamiento punitivo de ciertos sectores de la criminalidad, por ejemplo, el feminicidio.

Ahora bien, no se trata de una cuestión que deba abordarse *ex novo*, desde la perspectiva de técnica legislativa. En el ámbito nacional han sido publicadas en los últimos años diversas piezas legislativas que plantean un tratamiento único de ciertos sectores de la criminalidad, concretamente, de ciertos tipos penales y sus sanciones. Tal es el caso de los delitos en materia de secuestro, de los delitos en materia de trata de personas y de los delitos electorales, por citar algunos.

En este contexto, se reconoce que ya se han producido algunos ejercicios legislativos que dan cuenta de la necesidad de unificar el tratamiento punitivo de ciertos sectores de la criminalidad. Pero tal apuesta legislativa, cargada, sin duda, de sentido político, no significa que sólo puedan (y deban) unificarse únicamente ciertos sectores de la actividad criminal. Por el contrario, es necesario ordenar y condensar todas aquellas cuestiones constitucionales con injerencia en la justicia penal en un solo ordenamiento.

Y es que los beneficios que puede traer consigo la creación y aplicación de una sola ley penal sustantiva son muy diversos. Por citar algunos, se lograría la unificación en el tratamiento de los distintos niveles de intervención en el delito (autoría y participación), una sola previsión con respecto a la tentativa de delito (privilegiando los casos de creación de riesgo concreto), los concursos de infracciones y de leyes (con el necesario tratamiento uniforme de los principios de especialidad, subsidiariedad y con-

sunción), así como los tipos penales y las penas aplicables por la realización de las distintas conductas ilícitas.

De esta manera, se recibirían y proyectarían de manera uniforme los principios constitucionales de reinserción social, de culpabilidad, de presunción de inocencia, de proporcionalidad y de lesividad.

Por lo demás, la interpretación jurisprudencial de los distintos supuestos sería, asimismo, uniforme. Al día de hoy, la jurisprudencia penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es heterogénea, pues obedece a las diversas disposiciones normativas previstas en los treinta y tres códigos penales vigentes en el país, a las que habrían de sumarse un número importante de leyes especiales que contienen disposiciones de carácter penal, tanto en el orden federal como en el estatal.

Con una ley penal nacional de orden sustantivo, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sería también uniforme. Al tiempo, sería más sencillo realizar y aplicar estudios de Derecho comparado, en la medida en que ya no se requeriría referir uno u otro código penal local, sino que, por el contrario, podrían contrastarse las disposiciones penales nacionales y extranjeras partiendo de una base uniforme.

Los problemas que suelen presentarse a propósito de las diferencias que subsisten entre los diferentes códigos desde los elementos configuradores de los tipos penales, tanto como desde las penas aplicables, terminarían por resolverse. Así, se fortalecería la coordinación entre las diferentes instituciones de procuración de justicia penal, de cara a la persecución de un mismo delito en un Estado de la República y en otro.

Ni qué decir tiene que la unificación penal sustantiva traería serios beneficios en el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho. Al día de hoy, la política criminal mexicana se encuentra sectorizada; por tanto, se advierten soluciones legislativas de distinto orden según se trate de un Estado de la República u otro, lo que dificulta la enseñanza, el aprendizaje y el ejercicio del Derecho penal en todo el país.

En definitiva, parece que la Constitución ya proclama ciertos principios que invitan (por no decir que obligan) a la unificación penal sustantiva.

Se trata, básicamente, de reconocer que ya no es posible contar con treinta y tres códigos penales, sino que, en línea de coherencia con tales principios, es necesario contar con mayor claridad en torno a los supuestos que pueden generar responsabilidad penal.

III.2. En el orden procesal penal

La oportunidad y conveniencia de la unificación penal sustantiva en México, no se conforman con la Parte general del Derecho penal. Al contrario. El desarrollo unitario de las disposiciones que ahora presenta la Constitución general del país, también producirían beneficios tangibles en el orden procesal penal. Dicho de otra manera, la consolidación del sistema procesal penal acusatorio se vería fortalecida con un código penal único de orden sustantivo.

En este sector se pueden identificar tres ejemplos muy ilustrativos: el de la detención ministerial por caso urgente, la prisión preventiva *oficiosa* y los criterios de oportunidad.

El primer caso, el de la detención ministerial por caso urgente, requiere de tres elementos fundamentales: que se trate de delito grave así calificado por la ley, que exista riesgo de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia y que por razón de la hora, lugar o circunstancia, no pueda acudir ante la autoridad judicial. Pues bien, el Código Nacional de Procedimientos Penales señala en su artículo 150, fracción I, que también se consideran delitos graves a los efectos de la detención ministerial por urgencia, aquellos “cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión”.

Pues bien, en el escenario actual, al no existir un código penal único para la República mexicana, el primer requisito que habilita la orden de detención ministerial por urgencia se mantiene indefinido y varía según se trate de una u otra entidad federati-

va. Dado que cada uno de los congresos estatales define en sus respectivos códigos penales los rangos de pena aplicables para las figuras delictivas de su Parte especial, no existe uniformidad en torno a cuáles son los delitos cuyo término medio aritmético rebasa los cinco años de prisión. La unificación de la legislación penal sustantiva podría resolver el conflicto.

En el segundo caso, el de la prisión preventiva oficiosa, el artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución, refiere como supuestos para la concesión (oficiosa) de la indicada, medida cautelar, los delitos graves que señale la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud. En este sentido, se produce una remisión natural (y lógica) hacia los códigos penales estatales para resolver cuáles son, cuando menos, los delitos contra el libre desarrollo de la personalidad y la salud. De esta forma, dado que no existe un solo código penal para toda la República, los casos de prisión preventiva oficiosa por la vía del *delito grave*, son diversos en todo el país, lo cual rompe con el ideal de seguridad jurídica y con la finalidad de unificación procesal penal que persigue el Código Nacional de Procedimientos Penales.

En el tercer caso, el de los criterios de oportunidad, la unificación de la legislación penal sustantiva no puede ser más necesaria.

En efecto, el Código Nacional de Procedimientos Penales requiere de una ley penal sustantiva nacional para unificar el tratamiento de algunos de los denominados criterios de oportunidad. Al respecto, el artículo 256 de la ley nacional de rito procesal penal, reconoce, entre otros, los supuestos de “delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia”; y, cuando se trate “de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares”. También se prevén dentro del conjunto de estos criterios, el del imputado que “aporte información esencial para la persecución de un delito más grave del

que se le imputa, la información que proporcione derive en la detención de un imputado diverso y se comprometa a comparecer en juicio”, o bien, “cuando la afectación al bien jurídico tutelado resulte poco significativa”.

En todos y cada uno de estos apartados, se produce una remisión obvia a la legislación penal de cada uno de los Estados de la República para definir la punibilidad del delito, el contenido material del injusto y la forma de realización del hecho típico; la mayor gravedad del hecho cuya investigación se incentiva por virtud de la colaboración del imputado, así como la mayor o menor afectación al bien jurídico protegido. De forma que no puede existir uniformidad en la aplicación de los criterios de oportunidad —como pretende el Código Nacional de Procedimientos Penales— porque cada uno de los Estados del país decide su propia legislación penal sustantiva y, dentro de ésta, muy particularmente, se ocupa de la definición de los rangos penales, del contenido material del injusto, de las formas de realización del hecho típico, de definir la mayor o menor gravedad del hecho en atención a su desvalor de acción y de resultado, así como los grados de afectación de los bienes jurídicos que se pretende proteger.

El diseño e implementación de un código penal único para la República mexicana, podría terminar con el problema.

Si esa ley penal nacional contiene todos los delitos y sus penas, no habría ningún obstáculo para definir los rangos penales, el grado de afectación del bien jurídico o las formas de realización del hecho típico, tal y como lo requiere el código nacional para aplicar de manera homogénea los criterios de oportunidad.

Por todo lo dicho, no cabe duda que la unificación penal sustantiva es necesaria, conveniente y oportuna para generar mayor seguridad jurídica en todo el país.

