

**INICIATIVA DE DECRETO QUE CREA EL CÓDIGO PENAL DE COAHUILA  
DE ZARAGOZA, SUSCRITA POR EL GOBERNADOR CONSTITUCIONAL DEL  
ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA, RUBÉN IGNACIO MOREIRA VALDEZ.**

El que suscribe, Gobernador Constitucional del Estado de Coahuila de Zaragoza, en ejercicio de las facultades que me confieren los artículos 59 fracción II y 82 fracción I, de la Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza; 2, 6, 9 apartado A fracción I, de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de Coahuila de Zaragoza y 152 fracción II y 153 de la Ley Orgánica del Congreso del Estado Independiente, Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza, me permito someter a la consideración de este Honorable Congreso la presente Iniciativa de Decreto que crea el Código Penal de Coahuila de Zaragoza, al tenor de la siguiente:

**PREÁMBULO**

1. El mes de mayo de 2012 a propuesta del Gobernador Constitucional del Estado, Rubén Moreira Valdés, el Congreso del Estado aprobó el Decreto que sentó las Bases de Trabajo entre los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial para la Reforma del Estado de Derecho y la Gobernabilidad Democrática, denominado “Pacto Coahuila”, que creó el Consejo Interinstitucional para la Reforma del Estado de Derecho y la Gobernabilidad Democrática, y con base en él, desarrollar reformas jurídicas para la transformación institucional del Estado.

2. La justificación para el “Pacto Coahuila” se apoyó en los ejes siguientes:

El primero. Que las características generales de un Estado de Derecho son:

- a) El imperio de la ley como expresión de la voluntad general.
- b) La cooperación entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.
- c) La legalidad del gobierno, en virtud de su regulación por la ley y el control judicial.
- d) Y la prevalencia de los derechos y libertades fundamentales mediante garantías jurídicas de realización material.

Y el segundo. Que en junio de 2011 entró en vigor la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos más importante de los últimos tiempos, que demanda la renovación del marco normativo nacional y de las entidades federativas, para materializar los derechos humanos y las garantías individuales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los instrumentos internacionales suscritos por México.

3. Todo ello implicó durante el curso de los años siguientes, una intensa colaboración interinstitucional entre los poderes del Estado para renovar la legislación del Estado en temas como “derechos humanos”, “fortalecimiento institucional”, “municipal”, “civil y familiar”, “penal”, “instrumentación del nuevo sistema de justicia penal”, “trabajo y previsión social”, “administrativo”, “financiero”, “transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad oficial”.

4. En tal virtud, los tres poderes organizaron los mecanismos necesarios para la instrumentación técnica-jurídica del “Pacto Coahuila”, con el objetivo de lograr las mejores iniciativas posibles de la legislación estatal. Para ello, en el seno del Consejo Interinstitucional para la Reforma del Estado de Derecho y la Gobernabilidad Democrática (Pacto Coahuila), se crearon comisiones técnicas para el estudio de los temas enunciados y la elaboración de proyectos de las reformas legales pertinentes, y de ser necesario, también se formasen comisiones redactoras que proyectasen nuevos ordenamientos legales, como sucedió con la nueva Ley de la Familia y el nuevo Código de Procedimientos Familiares, vigentes desde 2016, y ahora con la Iniciativa del nuevo Código Penal de Coahuila de Zaragoza de 2017 que someto a su consideración y aprobación.

5. La Comisión Redactora del proyecto del nuevo Código Penal se integró con los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, por parte del Poder Judicial del Estado; con expertos penalistas de la Procuraduría General de Justicia del Estado, y con especialistas en materia penal de la Consejería Jurídica por parte del Poder Ejecutivo del Estado, y respecto al Poder Legislativo, con los proyectos de iniciativas de reformas en materia penal que presentaran los diputados de la pasada y actual Legislatura y que, por acuerdo del Congreso o de sus comisiones, se enviaran al Tribunal Superior de Justicia para su estudio, pertinencia e incorporación al proyecto del nuevo código penal, designándose como Coordinador al magistrado Antonio Berchelmann Arizpe.

6. Como consecuencia de los trabajos de la Comisión Redactora del nuevo Código Penal de Coahuila de Zaragoza, surgió una primera Iniciativa para renovar la Parte General del Código Penal, misma que el año de 2013 fue incluida por el Congreso del Estado en el actual código penal.

Empero, la misma Parte General quedó incompleta, porque para adecuar la misma Parte General y formular una nueva Parte Especial conforme a las reformas a la Constitución Federal, era necesario esperar a que se expidiesen en su totalidad las nuevas Leyes Generales contra el Secuestro, contra la Trata de Personas y contra la Tortura; así como un nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, una nueva Ley Nacional de Ejecución Penal y se implementasen las Reformas Constitucionales en Materia de Transparencia, Rendición de Cuentas y Contra la Corrupción.

7. En efecto, la Parte Especial del Código Penal de 1999, desde ese año ha tenido 244 reformas, de los 264 artículos que originalmente constaba. Ello aparece que solo Parte Especial ha sido reformada poco más del 94%. Y por ello existen disparidades, atrasos, lagunas y antinomias que debieron ser corregidas, principalmente en la reordenación, congruencia, claridad y precisión de todos sus tipos penales y de la proporcionalidad de sus penas.

8. Además, es indispensable un nuevo Código Penal del Estado que sea coherente con el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, la nueva Ley Nacional de Ejecución Penal y con los recientes progresos constitucionales para la transparencia financiera, rendición de cuentas y contra la corrupción, todo ello

La Exposición de Motivos atiende a los problemas actuales del Derecho Penal y a la realidad social en Coahuila y en nuestro país, ajustándola a la propuesta de desarrollar un Código Penal Garantista, planteada en los fines del “Pacto Coahuila” y en el postulado de supremacía constitucional de los derechos humanos que se instituyó en la reforma de 2011 al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo lo que permite (de ser aprobados por esta Soberanía), volver a colocar en un lugar de vanguardia, al Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza en la República Mexicana.

12. Esta Exposición de Motivos, junto al mismo Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza que someto a la aprobación de este Honorable Poder Legislativo, con seguridad servirán para una mejor comprensión y aplicación del nuevo Código Penal y del Derecho Penal mismo, orientados por principios garantistas, propios de un Estado Constitucional, humanista, democrático, social y de derecho.

Así pues, este Poder Ejecutivo del que soy su Titular, presento a la consideración y aprobación a esta Honorable LX Legislatura del Poder Legislativo, la Iniciativa de un nuevo Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza, junto con la siguiente:

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO PENAL DE COAHUILA DE ZARAGOZA**

### **APARTADO PRIMERO FUNDAMENTOS**

#### **PRIMERA PARTE POLÍTICA CRIMINAL DEL CÓDIGO PENAL**

##### **A. FUNDAMENTOS TRADICIONALES**

Ésta es una pregunta acerca de la legitimación y los límites de la fuerza estatal. De ahí que sea difícil contentarse con las respuestas del pasado. Pues la situación histórica, constitucional y social del presente, exige que se penetre intelectualmente en situaciones complejas: para encontrar respuestas que den sentido y fin a la legislación penal. Que la justifiquen y le den contenido programático: de auténtica política criminal.

Tradicionalmente se han propuesto tres soluciones alternas a la justificación de punir. La “justa retribución”. La “prevención especial”. Y la “prevención general”.

##### **I. TEORÍA DE LA RETRIBUCIÓN.**

Para la llamada teoría de la retribución, el sentido de la pena estriba en que la culpabilidad del autor se compensa con imponerle una pena. La justificación de tal procedimiento nos dice Roxin, descansa en la realización de una idea: la justicia.

La pena, pues, lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia. Kant lo formuló de un modo más expresivo: “Incluso aunque la sociedad

civil con todos sus miembros acordara disolverse; por ejemplo, el pueblo que vive en una isla decidiera separarse y dispersarse por todo el mundo. Se tendría que ejecutar antes al último asesino que se hallara en la cárcel. Para que cada uno sufra lo que sus hechos merecen. Y para que no pese la culpa de la sangre sobre el pueblo que no insistió en su castigo”.

La conocida fórmula dialéctica de Hegel sobre la esencia de la pena, como “una negación a la negación del Derecho”, significa exactamente lo mismo: el delito se niega en virtud de la pena, la que de ese modo restablece al Derecho que fue objeto de negación.

Asimismo, la teología cristiana sustenta predominantemente, hoy como ayer, este punto de vista: al considerar a la realización de la justicia como mandato de Dios y a la pena como ejecución de la función judicial divina.

La circunstancia de que aquí concurren en una poderosa corriente, la tradición cristiana y la filosófica del idealismo —que desde el siglo XIX penetró la cultura jurídica de múltiples maneras— es en definitiva la causa de que la teoría de la retribución haya sido dominante y que todavía hoy, cuente con el mayor número de adeptos. Es igualmente incuestionable, que la idea de la compensación retributiva de la tradición cristiana —al intentar traer un reflejo de armonía superior a nuestra frágil existencia terrena— tiene una fuerza triunfalmente sublime. A la cual es muy difícil sustraerse.

Con ella, sin embargo, en criterio de Roxin no podría justificarse honradamente la pena estatal. Dentro de las razones en contra, destaca las siguientes.

#### 1. Primera objeción:

La teoría de la retribución omite fundar ¿qué conductas es legítimo punir?

En verdad la teoría de la retribución presupone la necesidad de la pena, que debería fundamentar. Pues si su significado estriba en compensar la culpabilidad humana con una pena, no se puede referir con ello en serio a que el Estado tenga la tarea de retribuir con pena toda culpabilidad. Cada uno de nosotros se hace culpable frente a su prójimo de muchas maneras, pero no por ello se nos castiga. Y también la culpabilidad jurídica acarrea consigo consecuencias de tipo diverso. Como por ejemplo un deber de indemnización por daños. Pero sólo en muy raras ocasiones una pena.

La teoría de la retribución, por tanto, no explica en absoluto porqué se tiene que punir. Sino que dice tan sólo: “Si imponéis —con los criterios que sea— una pena, con ella tenéis que retribuir un delito en virtud de la culpabilidad personal”. Queda pues sin resolver la cuestión decisiva. A saber: ¿bajo qué presupuestos la culpabilidad humana autoriza al Estado a castigar?

Para ello la teoría de la retribución fracasa. Es decir, ante la tarea de trazar un límite a la potestad punitiva estatal. Ya que permite incluir en el código penal

La teoría de la prevención general, por tanto, presenta similares objeciones de principio que las otras dos. Ni puede fundamentar el poder penal estatal en sus presupuestos. Ni limitarlo en sus consecuencias. Es, además, discutible como política criminal, en tanto carece de legitimación acorde con los principios, derechos humanos y garantías de un estado de derecho.

## B. FUNDAMENTOS CONTEMPORÁNEOS

Para dar respuesta a las interrogantes ¿bajo qué presupuestos se justifica punir?, en el último cuarto del siglo pasado y en la época actual se han desarrollado nuevas teorías, llamadas de prevención positiva, que se bifurcan en dos grandes corrientes que encabezan Jacobs y Roxin.

### I. LA TEORÍA DE LAS EXPECTATIVAS SOCIALES, DE JACOBS Y KHÖLER.

En vez de las funciones de retribución o prevención negativa de las penas, Jacobs apunta que las penas "...deben tener una función de prevención positiva, cual es restablecer la vigencia de la norma y que el responsable se internalice en la conciencia de la comunidad jurídica".

Jacobs define al delito como una frustración de las expectativas sociales normativas. Y a la pena como reafirmación de la vigencia de esas normas en las que se consagran las expectativas sociales. Y como las normas penales expresan dichas expectativas, sería entonces adecuado organizar la fundamentación del poder punitivo en un contexto de índole socio-normativa.

Para ello, Jacobs y Khöler complementan su teoría con las de normatividad formal de Kant y Hegel. Y según cita Shünemann, Khöler sostiene: "...la base necesaria [de la pena] se constituye por el efectivo restablecimiento de la relación jurídica [social], incluso con las penas más leves.<sup>2</sup> Todo ello en función del sistema social de convivencia de cada país. En suma, según Jacobs, en orden a las expectativas sociales, el legislador podría crear cualquier delito de acuerdo con aquellas expectativas, y, en consecuencia, instituir las penas necesarias que reafirmen la vigencia de las normas violadas y restablezcan las expectativas de la sociedad.

#### 1. Primera objeción

Lo dicho es suficiente para percatarse que, aun con un pretendido cimiento democrático, según la tesis de Jacobs y Khöler, bastaría con la decisión de la mayoría legislativa, como intérprete de las expectativas sociales, para que pudiera crear cualquier delito y cualquier pena, siempre y cuando responda a aquellas expectativas. El único cerco de los delitos y las penas sería, pues, la voluntad de

<sup>2</sup> Köler, Michael, citado por Schünemann, Bernd, *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra), Madrid, Civitas Ediciones S.L., 2000, pp. 117 y 118.

la mayoría legislativa, y el único fin de las penas sería reafirmar la vigencia de las normas penales, satisfaciendo la conciencia de la comunidad.

## 2. Segunda objeción:

La tesis funcionalista de prevención positiva de Jacobs y Khöler presenta otros serios inconvenientes. Esto es, en cuanto a las funciones que asignan a la norma penal y, por tanto, a la pena, cual es “garantizar el sistema social de convivencia, mediante la afirmación de la vigencia de la norma penal” o simplemente, el fin de “restablecimiento del orden social”. Con lo que esa postura quiéralo o no, tiene un fuerte tufo retribucionista, que se emparenta con las teorías absolutas de la pena. Schünemann le crítica: “... la superación del mal se consigue sólo mediante la reparación y no con causar un nuevo mal, pues solo el mal y el bien –o planteándolo subjetivamente, el dolor y el placer– pueden compensarse, en tanto de un mal redoblado, o de un dolor repetido, resulta un saldo doblemente negativo”.

Y Bernd Schünemann continúa: “...para eludir esta aporía, los partidarios de la teoría absoluta de la pena se refugian, ya desde Hegel, en el discurso abstracto de la mera «negación a la negación de vigencia de la pena». Mas con ello pierden de vista la especificidad del Derecho penal y sólo consiguen caer en una nueva aporía. En efecto, cualquier comportamiento que sencillamente no respete las normas del Derecho privado o del Derecho público, contiene también una negación de vigencia. Los partidarios de la teoría absoluta de la pena deben, pues, o bien adoptar la simple contrariedad a la norma en lugar de la dañosidad social como punto de vinculación con la pena, o bien admitir que la negación de la vigencia no constituye en absoluto el factor decisivo de la necesidad de la pena. De esta trampa ya no pueden escapar”.<sup>3</sup>

## 3. Tercera objeción

No se pasa por altos que afirmaciones, como la de Michael Khöler, en el sentido de que la necesidad de pena “...se constituye por el efectivo restablecimiento de la misma relación jurídica, incluso en las penas más leves...”,<sup>4</sup> se condice mal con un sistema, como el Mexicano, donde el artículo 22 Constitucional exige la proporcionalidad de la pena con la afectación del bien jurídico, lo cual presupone el fin de protección de esos bienes que ha de tener la ley penal, y donde el artículo 18 Constitucional asigna al sistema penitenciario el fin de reinserción social.

Por ende, en la Constitución no solo se supone que deben evitarse penas desproporcionadas al fin de protección de bienes jurídicos conforme al artículo 22 Constitucional –límite que no se desprende de las fundamentaciones de Jacobs y de Khöler–, sino en los delitos no graves evitar las de prisión cuya duración haga nugatorio aquel fin del artículo 18 Constitucional. Las pautas de los funcionalis-

<sup>3</sup> Schünemann, Bernd, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Seminario en la Universidad Pompeu Fabra, Madrid, Civitas Ediciones S.L., 2000, p. 117.

<sup>4</sup> Idem, p. 118.

tas extremos –Schünemann apunta– “...dejan sin explicación, porqué las conminaciones penales amenazan con menor o mayor pena la realización de ciertas conductas según el grado de afectación al bien jurídico, mismo que trastocan o dejan de lado”.

#### 4. Cuarta objeción

La afirmación de Jacobs en el sentido de que la función del *jus puniendi* sería nada más –o sin más– la de “lograr la fidelidad de los ciudadanos al Derecho” y de “internalizar los sentimientos de la comunidad jurídica” cualquiera que sea la pena con la que se amenace y que haya de imponerse, la cual –quíerose o no se quiera– tiene y fuerte componente de “prevención especial negativa, también suscita la objeción siguiente: ¿cómo se conseguiría “internalizar” el Derecho en los criminales irredentos y habituales, o incluso a los primo-delincuentes?

Los medios para cumplir ese fin quedan sin explicación. Porque mientras no sea posible de constatar cuándo ya se habrían “internalizado los sentimientos de la comunidad jurídica” en las personas sentenciadas, e introyectado su “fidelidad al Derecho”, se tendería a mantenerlas indefinidamente en prisión. O bien, ¿frente a ellas no habría que legitimar la pena?

Y con independencia de ello: ¿dónde queda el examen de las normas penales? ¿Bastará en realidad, solo un adecuado estudio intrafuncional de las normas penales como expresión de nuestro sistema social, para que sean manifestadas en la ley? ¿Qué lugar guardan los derechos fundamentales ante las normas penales que erige el legislador? ¿Ninguno? Así parecería ser para esas posturas funcionalistas.

## II. LA TEORÍA DE LA FUNCIÓN PREVENTIVA DIALÉCTICA, DE ROXIN.

Roxin sostiene: “...el punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo”. Para ello, Roxin remarca varios puntos que para él son esenciales. En primer lugar, en concepto de Roxin, la razón de las conminaciones penales no es la retribución, sino su función preventiva de “protección de bienes jurídicos”. En segundo lugar, la pena por la realización injusta del tipo se limitaría por la culpabilidad, que se entendería como un principio jurídico de invención necesaria, porque no podría probarse: y, no obstante, sólo podría haber pena si hubo culpabilidad y, en principio, la pena tendería a imponerse hasta la medida de la culpabilidad.

Y, aun así, cuando las circunstancias del caso evidencien la irracionalidad de la pena a efectos de prevención, deberá prescindirse de la culpabilidad por falta de “responsabilidad”, a la que el jurista alemán considera como categoría que supera a la culpabilidad. Y de existir un remanente de ella, al menos deberá atenderse a la clase y entidad de la pena, para disminuirla o sustituirla por una menos severa a efectos de la federación explica que la prevención general y la especial confluyen así con los límites de un estado de derecho, generando “principios” que rigen al sistema mediante una síntesis dialéctica. De esa manera, siempre que

sea superfluo imponer una pena o cierta clase de pena a efectos de prevención general o especial, a la sanción le faltará la legitimación de su necesidad social, pero, según Roxin, la pena concreta que se llegue a imponer también podría rebasar el grado de la culpabilidad en el injusto, si en un delito grave se manifestara insuficiente para lograr la paz en la conciencia jurídica de la comunidad.<sup>5</sup>

### 1. Primera objeción:

Antes que nada, hay que reconocerle a Roxin que destaca el fin protector de bienes jurídicos que han de tener las conminaciones penales. Conforme al artículo 22 C., se infiere que aquellas han de erigirse para disuadir conductas que afecten a bienes jurídicos, de tal suerte que no será legítima la punición de una conducta que no lesione ni ponga en peligro de lesionar a un bien jurídico vinculado a la libertad individual y a un orden social que esté a su servicio. Y también hay que sumarse a la idea de Roxin de enlazar la ley penal a principios de un estado de derecho, para desarrollar un sistema dogmático conforme a esos principios.

Sin embargo, Roxin no lleva esa vinculación del poder penal con los derechos fundamentales, a todas las etapas en las que aquél se manifiesta. Más bien, Roxin fracasa con su pretensión de armonizar los principios derivados de un estado de derecho con los afanes preventivos de la pena, de tal modo, por ejemplo, en tanto primero afirma que la culpabilidad y su graduación limitan la pena, para luego, ambivalentemente sostener que la culpabilidad sería una ficción conveniente, que podría ser superada para imponer una pena mayor si en el caso resulta necesario para mantener la paz jurídica social a efectos de prevención general.

Afirmación del jurista alemán que lo lleva a incurrir en la aporía que denunció Kant y la cual el mismo Roxin rechazó en su primera obra sobre política criminal y derecho penal, aduciendo en esencia que la pena no debe imponerse para que sea ejemplar, porque ese proceder lesiona la dignidad de la persona condenada, al emplearla para fines de otros, como si fuera un objeto de intercambio y no un sujeto titular de derechos y garantías”.

### 2. Segunda Objeción:

No se puede estar de acuerdo con la ambigüedad de Roxin ante el principio de culpabilidad (que tiende a dejar de lado, en virtud de que no podría probarse), para preferir un límite preventivo basado en la necesidad social de pena. Con ello Roxin olvida que la culpabilidad –cuya esencia es una decisión libre contra la norma– no es ninguna ficción, sino que parte de la realidad que se asume por la antropología jurídica, al concebir a todas las personas como seres humanos libres y responsables. A tal grado, que ese es el punto de partida para la conformación de las Constituciones y de todos los órdenes jurídicos con orientación democrática-

<sup>5</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, traducción por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, reimpresión, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1999, t. I, pp. 178 a 182.



## TERCERA PARTE

### PRIMERA ETAPA DEL PODER PENAL ANTE LAS PERSONAS

#### A. EL FIN LEGÍTIMO DE LAS CONMINACIONES PENALES

1. El artículo 22 Constitucional (reforma de 2008), ordena que: “toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”. Precepto del cual se desprende que para estimar a prima facie como legítima una conminación penal que cree el legislador, ella ha de tener el fin de disuadir conductas que afecten bienes jurídicos de otros.

Lopera Mesa<sup>7</sup> señala que Luigi Ferrajoli ilustra esta posición predominante en la doctrina, cuando escribe que “al menos desde una óptica utilitarista, la cuestión del bien jurídico lesionado por el delito no es distinta de la de los fines del derecho penal: se trata de la esencia misma del problema de la justificación del derecho penal, considerada no ya desde los costes de la pena, sino desde los beneficios cuyo logro pretende”.<sup>8</sup>

Y justamente, en el seno de la doctrina penal existe un amplio consenso en que el fin legítimo –compuesto- del poder penal es 1) la “protección de bienes jurídicos”, 2) merecedores de una tutela de esa índole, 3) frente a ciertas conductas “susceptibles de lesionarlos o ponerlos en peligro”. Lo cual desde antes de la reforma al artículo 22 Constitucional de 2008, también se reconoció por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, su Primera Sala y los tribunales colegiados de circuito en innumerables tesis que se han ocupado de la afectación al bien jurídico como cuestión fundamental para decidir la existencia del delito.<sup>10</sup>

2. En conclusión, el fin de los tipos penales es disuadir afectaciones a bienes jurídicos vinculados a derechos fundamentales o dirigidos a su satisfacción, mediante sanciones que –conforme a los artículos 18 y 22 Constitucionales– guarden proporcionalidad, y en tal contexto promuevan en lo posible la reinscripción de la persona imputada o sentenciada a la sociedad, y procuren la paz.

<sup>7</sup> Lopera Mesa, Gloria Patricia, Principio de Proporcionalidad y ley penal, bases para un modelo de control de constitucionalidad de leyes penales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 332.

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi, Derecho Penal y Razón. Teoría del Garantismo Penal, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 4ª Edición, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 467.

<sup>9</sup> En tal sentido, Claus Roxin entiende que el cometido del derecho penal es “la protección subsidiaria de bienes jurídicos”, Derecho Penal..., op. cit., § 2/1, pág. 51. El potencial limitador del concepto de bien jurídico es señalado, entre otros, por Santiago Mir Puig en *Derecho Penal General*, 4ª. Ed., Barcelona, PPU, 1996, §6/41, p. 137.

<sup>10</sup> Muestra de ello es la tesis de rubro: JUICIO DE TIPICIDAD. EXISTE CUANDO, ADEMÁS DE VERIFICARSE LA RELACIÓN DE TODOS LOS ELEMENTOS DE LA FIGURA TÍPICA, SE DAÑE O CONCRETAMENTE SE PONGA EN PELIGRO EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL CORRESPONDIENTE TIPO PENAL. Tesis: XIX.2o.46 P, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, marzo de 2005, p. 1161.

## B. NOCIÓN DE BIEN JURÍDICO-PENAL

### I. PREMISAS

1. Ahora bien, el bien jurídico susceptible de protección penal no puede concebirse arbitrariamente, pues, aunque es verdad que los “bienes jurídicos” aparecen situaciones valiosas para los individuos o para la comunidad que sean dignas de resguardo legal dentro o fuera del ámbito penal. Lo cierto es que, si la amenaza de un tipo penal involucra afectar de la forma más drástica posiciones de derechos fundamentales del infractor, luego, esa conminación sólo podrá ser ab initio legítima, si por elemental principio de proporcionalidad del artículo 22 constitucional (conforme a su estándar de “proporcionalidad estricta”), la punición se constriñe a conductas que afecten situaciones valiosas derivadas de derechos de igual índole u orientadas a su satisfacción.
2. En tal sentido, los sentimientos sociales que pueda recoger el legislador, no bastarán para considerarlos como bienes jurídicos dignos de protección penal, ni siquiera cuando el legislador puna una conducta que ya contravenga otro ámbito del orden jurídico (no penal), si es que aquélla no afecta situaciones valiosas derivadas de derechos fundamentales, o bien dirigidas a su satisfacción, pues la postura contraria desatenderá que si la punición involucra incidir en posiciones de derechos fundamentales del infractor, ya no podrá justificarse tal clase de injerencia como estrictamente proporcional, cuando la conminación penal no proteja como bien jurídico, a una situación socialmente valiosa vinculada a derechos de igual índole o dirigida a su satisfacción.

### II. ENFOQUE PERSONALISTA Y MATERIAL DEL BIEN JURÍDICO

1. Todo ello también apareja que la noción de bien jurídico supone una manifestación externa, real y determinable del objeto protegido (situación valiosa a proteger), vinculada a derechos fundamentales, o dirigida a satisfacerlos, susceptible de que sea afectada. Y, por tanto, aquél no puede concebirse sólo como un objeto “ideal” de protección que, como tal, no puede ser afectado, sino a un objeto “material y personal” de tutela, susceptible de ser lesionado o puesto en peligro de ser lesionado.

El bien jurídico a resguardar podrá ser a prima facie intangible, por ejemplo, la propiedad, la libertad, la salud, la administración de justicia, la seguridad pública, etc., pero cuyo objeto de tutela ha de manifestarse en una situación material, socialmente valiosa y determinable, en la que se disfruta un derecho o la cual se dirige a satisfacerlo, respecto de la que pueda sostenerse que la conducta tipificada la lesiona o pone en peligro de lesionarla, conducta afectante que precisamente quiere disuadirse mediante la conminación que encierra el tipo penal.

Así, por ejemplo, si el legislador pune matar, es porque presupone la vida de las personas, como objeto de protección, y cuya privación por otro quiere desalentar mediante la conminación penal. Y cuando el legislador erige los