

Código Penal Modelo Último informe de actividades

En calidad de último informe de actividades, quienes elaboramos el Código Penal Modelo, consideramos adecuado publicar un breve avance de nuestro producto —que ya ha sido concluido y enviado a imprenta—, consistente en la “presentación” que aparece en las primeras páginas del COPEM, así como el apartado intitulado “consideraciones generales sobre la cuantificación de los márgenes de punibilidad”. Creemos que ambas dimensiones del COPEM dan cuenta del alcance y nivel de lo realizado. Queda a consideración del lector.

CÓDIGO PENAL MODELO

Miguel Ontiveros Alonso (*Coordinador*)

Javier Schütte Ricaud

Germán Sucar

Alicia Azzolini Bincaz

Corina Giacomello

Nimrod Mihael Champo Sánchez

Jorge Cerdio Herrán

Tania Ixchel Atilano

Carlos F. Natarén Nandayapa

Código Penal Modelo

ÍNDICE GENERAL

Índice de abreviaturas

Presentación

I. Consideraciones generales sobre la cuantificación de los márgenes de punibilidad

II. Parte General del Código Penal Modelo

III. Parte Especial del Código Penal Modelo

Índice de abreviaturas

CADH Convención Americana de Derechos Humanos

CCP *Criminal Compliance Program*

CDMX Ciudad de México

CDN Convención de los Derechos del Niño

CEDAW Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación
contra la Mujer

CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CNPP Código Nacional de Procedimientos Penales

COPEM Código Penal Modelo

CORTE-IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos

CP Código Penal

CPC Código Penal de Colombia

CPCH Código Penal de Suiza

CPCh Código Penal para el Estado de Chiapas

Código Penal Modelo

- CPCDMX Código Penal de la Ciudad de México
 - CPE Código Penal Español
- CPEM Código Penal del Estado de México
- CPEUM Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
 - CPF Código Penal Federal
 - CPJ Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco
 - CPNL Código Penal para el Estado de Nuevo León
 - CPQ Código Penal para el Estado de Querétaro
- GIRE Grupo de Información en Reproducción Elegida
- INEGI Instituto Nacional de Estadística y Geografía
- LNSIJPA Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes
 - LGS Ley General de Salud
- StGB (*Strafgesetzbuch*) Código Penal Alemán
- LFDO Ley Federal contra la Delincuencia Organizada
- LGAMVLV Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia
 - LGS Ley General de Salud
 - LGV Ley General de Víctimas
- LNPE Ley Nacional de Ejecución Penal
- NNA Niñas, Niños y Adolescentes
- NOM Norma Oficial Mexicana
- OMS Organización Mundial de la Salud
 - R. Número de Registro en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
- SCJN Suprema Corte de Justicia de la Nación
- SEP Secretaría de Educación Pública
- TIC Tecnologías de la Información y la Comunicación

Presentación

En los albores del año 2021 un grupo de académicos decidió unir esfuerzos para diseñar un código penal modelo. Éste debería servir de basamento para armonizar los códigos penales de México —y, quizás, los de Latinoamérica—, con un pilar común: el respeto a la dignidad de toda persona humana vinculada al sistema de justicia, con una perspectiva lo más cercana posible al sistema moderno del derecho penal.

La idea surgió cuatro años antes, en noviembre de 2017, durante la visita de Claus Roxin, Urs Kindhäuser, Juan-Luis Gómez Colomer y Luis Greco —entre otros destacados profesores de Europa e Iberoamérica—, a la Ciudad de México, quienes participaron en el Congreso Internacional “El Sistema Penal del Futuro”. Fue Luís Greco quien me comentó que él, con los profesores Horta, Leite, Teixeira y Quandt, habían presentado ante autoridades de Brasil una *“Parte General Do Código Penal. Uma proposta alternativa para debate”*.¹ Ante el caos legislativo mexicano —me dijo— deberías hacer lo mismo.

El Profesor Greco me envió, una vez de regreso en Berlín, la edición impresa de su proyecto para tomarlo como base. No sólo eso: tiempo después aceptó orientar —como lo detallo más adelante—, a la comisión redactora de este proyecto, en relación con los desafíos que ello representaría, la necesidad de restringir los ánimos de despliegue dogmático en el análisis de cada artículo y buscar una redacción asequible. Con la generosidad que le distingue, contamos con su orientación en las primeras sesiones, celebradas vía digital entre Alemania y México.

Ese fue el origen de este proyecto. Más adelante se presentó, sin embargo, el primer desafío: ¿a quiénes convocar para trabajar en el Código Penal Modelo? La respuesta surgió en el Grupo de Política Criminal del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas, en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), en la Universidad Autónoma Metropolitana y en la Universidad de Zúrich. La comisión redactora quedó integrada de la siguiente manera:

Titulares: Carlos F. Natarén Nandayapa (UNACH) Miguel Ontiveros Alonso (UNACH), Nimrod Mihael Champo Sánchez (UNACH), Corina Giacomello (UNACH), Germán Sucar (ITAM), Jorge Cerdio Herrán (ITAM), Javier Schütte Ricaud (ITAM), Alicia Azzolini Bincz (UAM) y Tania Ixchel Atilano (Universidad de Zúrich). **Colaboradores:** Lidia Inés Serrano Sánchez (UNACH), Oscar Andrey Espinosa Gómez (UNACH), María José Oseguera Narváez (UNACH) y Rodolfo Moguel Littlehales (ITAM).

Los reportes de todas y cada una de las sesiones de debate —*online* y presenciales—, las críticas y los avances están publicados en la revista CRIMINALIA, órgano

¹ Se trata de una versión revisada y ampliada disponible en Marcial Pons: <https://www.marcialpons.es/libros/parte-geral-do-codigo-penal/9788566722529/>

de difusión de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.² Ahí se da cuenta de los ejes metodológicos y de la orientación político criminal del modelo, pero también de los problemas que enfrentamos. Así, por ejemplo, ante las decenas de códigos penales vigentes en la República, decidimos tomar como base el de la Ciudad de México, mientras que, al mismo tiempo, acudimos a leyes generales, federales y especiales. Nada de ello resulta necesario reproducir aquí. Sí es indispensable, por el contrario, advertir que el trabajo no ha concluido. A esta primera edición deberán seguir otras que aborden —en mayor o menor medida— el resto de tipos penales de la parte especial. Por ahora, nos hemos limitado a los que consideramos de urgente análisis, pero faltan múltiples dimensiones de la parte especial que son, también, de urgente estudio, debate y diseño.

Esta investigación ha contado con el financiamiento del Consejo Nacional de Humanidades, Ciencias y Tecnologías (*Conahcyt*) y del “Programa Estatal para impulsar la investigación Científico-Técnica y su Transferencia, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023 (PID2022-1416100B), con el título *“Hacia una regulación racional de la protección penal del orden socioeconómico en el Siglo XXI”*, dirigido por Bernardo Feijoo Sánchez, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, España. Así mismo, del proyecto *“Criminalidad organizada transnacional y empresas transnacionales ante las vulneraciones a derechos humanos”*, con registro (PID2020—117403RB—100), del que Laura Zúñiga Rodríguez, Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, España, es directora. El Código Penal Modelo forma parte, también, de los objetivos de la Red Nacional para la Consolidación del Estado de Derecho y Sistema de Justicia Penal, perteneciente a la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (*ANUIES*) de la que Alicia Azzolini Bincz es coordinadora, mientras Corina Giacomello y Miguel Ontiveros Alonso son miembros y representantes de la Universidad Autónoma de Chiapas.

Para concluir, quiero destacar una temática que me parece fundamental: este proyecto ha tomado como pilar básico el derecho internacional de los derechos humanos, así como los tratados internacionales en diversas materias, incluida la penal. De entre éstos, quiero destacar el Tratado entre México, Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC),³ del que se desprenden líneas de corte político-criminal que debieran ser cumplidas por los países miembros mencionados, con especial referencia a la responsabilidad penal de las organizaciones, la persecución de la trata de personas

² Decidimos publicar los avances en la revista CRIMINALIA no sólo por su historia y prestigio reconocido a escala mundial, sino también porque Alicia Azzolini Bincz, Carlos F. Natarén Nandayapa, Nimrod Mihael Champo Sánchez y quien escribe esta presentación, somos miembros de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Aquí, el primer informe de avances del Código Penal Modelo ³al que le siguen otros³, publicado en 2021: <https://criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/article/view/199>

³ Tratado entre México, Estados Unidos de América y Canadá (mejor conocido como T-MEC).

y la explotación de la persona humana a escala trilateral.⁴ Los autores creemos que este Código Penal Modelo puede ser el germen de un “derecho penal para Norteamérica”, que integre tipos penales comunes en la región —como los *Eurodelitos*⁵ en el ámbito de la Unión Europea— enfocado en la protección de los bienes jurídicos más importantes para la persona humana ¿acaso es eso posible?

En Ocozocoautla de Espinosa, Chiapas, verano de 2024

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO

Investigador del IIJ-UNACH

Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales

⁴ La persecución y represión de la corrupción y la salvaguarda del ambiente son los otros dos grandes rubros contemplados en el T-MEC.

⁵ Al respecto, Arroyo Zapatero, Luis/Tiedemann, Klaus/Nieto Martín, Adán; *Eurodelitos*; Instituto Nacional de Ciencias Penales; México, 2006.

I. Consideraciones generales sobre la cuantificación de los márgenes de punibilidad

Javier Schütte Ricaud

Para la realización de este trabajo, la comisión redactora discutió una serie de preguntas relacionadas con la cuantificación de los márgenes de punibilidad, a saber: ¿cómo decidir cuánto penar un delito? ¿De qué depende? ¿Cuánta debe ser la pena máxima de prisión? Estas reflexiones surgen de dicha discusión.

Diversas legislaciones sustantivas establecen distintas penas máximas de prisión. El CPF establece 60 años como tiempo máximo de prisión, el CPCDMX, 70, el CPEM, por su parte, permite la pena vitalicia. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en un primer momento, en sesión del tribunal pleno de 2 de octubre de 2001, consideró lo siguiente:

*Si por pena inusitada, en su acepción constitucional, se entiende aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines punitivos; ha de concluirse que la prisión vitalicia o cadena perpetua es inusitada y, por tanto, prohibida por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que en la legislación mexicana la pena de prisión siempre ha tenido un límite determinado, por estimarse que cuando es de por vida es inhumana, cruel, infamante, excesiva y se aparta de la finalidad esencial de la pena establecida en el artículo 18 del propio ordenamiento, que es la readaptación social del delincuente [...]*⁶

Sin embargo, posteriormente, el mismo órgano máximo, en sesión del 3 de enero de 2006, modificó el anterior criterio de Jurisprudencia y razonó que:

*[...E]l hecho de que la prisión vitalicia no tenga como consecuencia que el reo se readapte a la sociedad, dado que éste no volverá a reintegrarse a ella, tampoco determina que sea una pena inusitada, toda vez que el Constituyente no estableció que la de prisión tuviera como única y necesaria consecuencia la readaptación social del sentenciado, ni que ese efecto tendría que alcanzarse con la aplicación de toda pena, pues de haber sido esa su intención lo habría plasmado expresamente.*⁷

No debe ignorarse que dicho criterio fue anterior a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, que representó un cambio de paradigma fundamental en el ordenamiento jurídico mexicano, al incorporar la obligación para todas las autoridades de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos conforme con los principios de universalidad, interdependencia,

⁶ R. 188542.

⁷ R. 175844.

indivisibilidad y progresividad. Así mismo, en particular, en el artículo 18 constitucional se incluyó el respeto a los derechos humanos como base de la organización del sistema penitenciario.

Por su parte, la CORTE-IDH sostuvo que la pena debe ser individualizada según las circunstancias particulares del delito, así como del grado de participación y culpabilidad de la persona condenada.⁸ Del mismo modo, la propia Corte Interamericana resolvió que debe graduarse la severidad de la pena según la gravedad de los hechos para evitar la imposición automática de sanciones por la autoridad jurisdiccional sin una consideración particular de cada caso.⁹

En el caso *Vinter y Otros contra el Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adoptó varios criterios expresados previamente por el Tribunal Constitucional alemán. Este último determinó que, en lo concerniente a la cadena perpetua (prevista por ley en Alemania), sería contrario a los preceptos de la Ley Fundamental privar a una persona de su libertad sin ofrecerle la oportunidad, en algún momento, de recuperarla, en virtud del principio de dignidad humana. Este razonamiento llevó al Tribunal Constitucional Federal alemán a afirmar que las autoridades penitenciarias tenían la responsabilidad de trabajar en pro de la rehabilitación de las personas condenadas ya que este fin de rehabilitación era un requisito constitucional fundamental en cualquier sociedad que considerara la dignidad humana como un valor central.

Con base en lo anterior, el Tribunal Europeo sostuvo que el compromiso con la rehabilitación de los condenados a cadena perpetua y la posibilidad de su liberación están respaldados por el derecho internacional. En consecuencia, determinó que era imperativo establecer un mecanismo de revisión que garantizara una evaluación periódica de la necesidad o conveniencia de mantener privada de su libertad a la persona condenada a cadena perpetua, cuando más, a partir de 25 años de prisión. Además, subrayó que toda persona condenada a cadena perpetua tiene derecho a conocer los requisitos para obtener la libertad y el plazo máximo de 25 años en el que se revisará esta posibilidad.

A efectos de este COPEM, quienes conformamos el grupo de trabajo coincidimos en que los altos márgenes de punibilidad actualmente previstos por el derecho mexicano resultan de un modelo de populismo punitivista que rechazamos. Este rechazo obedece a tres órdenes de consideraciones.

En primer lugar, las penas de prisión elevadas son indeseables *per se*, ya que, en términos de Ferrajoli, el derecho penal debe no solo reducir la violencia de los delitos, sino también la violencia de las penas. Se debe aspirar a que la pena sea

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Sentencia del 24 de septiembre de 2009. Párrafos 60 y 61.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*. Sentencia del 21 de junio de 2002. Párrafos 102 y 103.

el mínimo indispensable para la efectiva protección subsidiaria de bienes jurídicos, acorde con el modelo de derecho penal mínimo.

En segundo lugar, los altos márgenes de punibilidad no son aconsejables desde un punto de vista instrumental, esto es, con miras a la reducción de los índices delictivos. En efecto, la experiencia empírica demuestra que la sola elevación de las penas no reduce la incidencia delictiva

Por último, desde una óptica de análisis económico del derecho, si las penas deben obedecer a la gravedad de forma que —como precios— incentiven eficazmente la conducta humana, las penas de 50, 60 y 70 años de prisión hacen indistinguibles las conductas más reprochables de las menos reprochables, e incluso incentivan conductas más lesivas que reducen la probabilidad de ser descubiertas.¹⁰

Todo lo anterior nos conduce a rechazar figuras como la prisión vitalicia y a hacer la recomendación genérica de que los máximos de las penas sean tales que, de su combinación con la LNEP, permitan que se revise la posibilidad de que las personas condenadas obtengan su libertad, cuando menos, a los 25 años de prisión —en línea con lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Vinter antes referido—. ¹¹

Ahora bien, a efectos del COPEM, se consideró prudente evitar la cuantificación aislada de los márgenes de punibilidad, sean años de prisión, multas, u otras. Los cálculos del tiempo necesario (o merecido) de prisión o monto de sanciones económicas para unos u otros delitos pueden fácilmente caer en la arbitrariedad. Si se les considera mucho o poco depende de posicionamientos de política criminal, de la teoría de la pena que se sostenga, así como del modelo penal al que, tácita o explícitamente, uno se adscriba (en términos de Díez Ripollés: el modelo penal garantista o de derecho penal mínimo, el modelo penal resocializador o el modelo de seguridad ciudadana o populismo punitivista). ¹²

Desde luego, lo que sí corresponde hacer en este COPEM es dejar en claro qué bienes jurídicos y qué grados de afectación se consideran más graves, y ameritan una mayor pena, y cuáles se estiman menos graves, de modo que su tratamiento deba ser menos severo. Lo anterior con base en la teoría del delito, la teoría del bien jurídico,

¹⁰ A guisa de ejemplo, privar de la vida a una víctima de secuestro, desaparecer el cuerpo, etc., ya que, conforme a los artículos 9, 10 y 11 de la Ley General en materia de secuestro, las penas máximas de 80, 90 y 100 años, se aumentan a 140 años si la víctima es privada de la vida.

¹¹ De los artículos 137 y 141 de la LNEP se desprende que debe haber transcurrido la mitad de la pena para la libertad condicionada y el 70% para la libertad anticipada. Por lo tanto, la pena máxima del COPEM pudiera ser de 50 años. Por otro lado, no se puede estar de acuerdo con que “*No gozarán de la libertad condicionada [ni anticipada] los sentenciados por delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas.*”.

¹² Díez Ripollés, José Luis, *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, núm. 06-03, p. 03:1-03:34.

la dogmática de la parte especial, así como para que estas propuestas de legislación sustantiva penal cumplan con el mandato constitucional del artículo 22 de la CPEUM respecto de que *“toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”*.

En ese sentido, cada conducta amenazada con pena debía quedar redactada de forma que pudieran compararse entre sí las distintas penas propuestas para las distintas conductas y comparar su gravedad y si se cumple el principio de proporcionalidad. Para ello, se requería una escala de penas que no incluyera números específicos, sino unidades relativas que permitieran comparar las penas entre sí sin necesidad de asignar valores numéricos concretos.

Por lo tanto, para evitar posicionamientos arbitrarios o poco fundamentados, tomando en cuenta que además estos cálculos y cuantificaciones no corresponden a un trabajo desde la dogmática jurídica penal, y para que este esfuerzo tenga un mayor índice de aceptación entre distintas posiciones de política criminal, teoría de la pena y modelo penal, la metodología que siguió la comisión redactora fue la de, en un primer momento, omitir cualquier cálculo o cuantificación específicos expresados en años de prisión o en pesos y centavos, que permitiera comparar márgenes de punibilidad de distintos delitos en abstracto, y solo en un momento posterior, convertir la pena más elevada en los años de prisión que se decidieran como pena máxima, y aplicar los cálculos correspondientes al resto de los delitos.

Este ejercicio pretende evidenciar y resolver problemáticas en las cuantificaciones actuales de los márgenes de punibilidad que directamente violan el artículo 22 constitucional o, cuando menos, parecen arbitrariamente asignadas.

Por ejemplo, actualmente los artículos 78, 123 y 130 fracción VII del CPCDMX dan los resultados siguientes:

<i>Delito</i>	<i>Pena mínima</i>	<i>Pena máxima</i>
Homicidio	8 años	20 años
Tentativa de homicidio	2 años 8 meses	13 años 4 meses
Lesiones que ponen en peligro la vida	6 años	8 años

La arbitrariedad es patente. La pretendida diferencia entre una tentativa de homicidio y lesiones que ponen en riesgo la vida de la víctima es el ánimo (dolo) de matar o de lesionar. Podrían formularse severas críticas a que la mayor o menor penalidad se haga depender del mero ánimo del sujeto activo ante dos acciones, por lo demás, idénticas.¹³ Sin embargo, más allá de ello, incluso bajo la óptica de que es

¹³ Ver al respecto: Schütte Ricaud, Javier; *“El castigo penal de la intención y los motivos: contradicción normativa e incompatibilidad ideológica”*; en CRIMINALIA, Año LXXXVII, diciembre 2020.

Código Penal Modelo

más grave una misma conducta si hay dolo de matar frente a si lo que hay es dolo de lesionar, los márgenes de punibilidad antes indicados tampoco son consistentes con esta postura.

Del mismo modo, podríamos criticar la relación entre los rangos de pena para los delitos de fraude, robo y abuso de confianza, de la manera siguiente:

*Se toma la media del monto de Fraude y Abuso de Confianza (arts. 230 f. III y 227 f. III del CPCDMX)

<i>Delito</i>	<i>Pena mínima</i>	<i>Pena máxima</i>
Fraude	2 años 6 meses	4 años
Robo simple (hurto)	3 años	6 años
Abuso de confianza	4 meses	3 años

Es claro que en los tres delitos se afecta el patrimonio como bien jurídico. La diferencia entre los tres delitos es la forma de sustracción: de forma incluso subrepticia, sin mediar siquiera conocimiento de la víctima, es robo; por medio del engaño o aprovechamiento del error de la víctima, es fraude; vía disposición del bien cuya posesión derivada la víctima entregó al sujeto activo, es abuso de confianza. Podría pensarse que es, *ceteris paribus*, más grave el que, además de lesionar el patrimonio como bien jurídico, se defraude la buena fe al mentir en una transacción privada (fraude mediante engaño), o se saque ventaja de la posición privilegiada que respecto de un bien conlleva tener su posesión derivada, traicionando la confianza que la víctima depositó en el sujeto activo (abuso de confianza).

Pues bien, no obstante esta intuición, el órgano legislativo estableció una pena mínima *nueve veces mayor* para el robo (simple, esto es, sin violencia) que para el abuso de confianza, y una pena máxima, del doble; así como una pena mínima menor en una sexta parte para el fraude que para el robo, y una máxima menor en una tercera parte. Esto es, el CPCDMX trata más severamente un caso 1: “*A sustrae el celular que B dejó en el asiento de un taxi*”, que los casos 2: “*A le compra su celular a B con billetes falsos*”, y 3: “*A se queda con el celular que B le había prestado*” ¿Dónde quedó la proporcionalidad?

Como solución a lo anterior, para efectos del COPEM se proponen las siguientes reglas básicas de punibilidad,¹⁴ cada una de las cuales debe entenderse manteniendo todo lo demás constante:

¹⁴ Entiéndase por “punibilidad” los márgenes de tiempo o monto establecidos en cada tipo penal dentro de los cuales se aplican las reglas de individualización de las penas.

1. La punibilidad será proporcional¹⁵ a la importancia del bien jurídico.
2. La punibilidad será proporcional al riesgo sobre el bien jurídico.¹⁶
3. La punibilidad será proporcional a la lesión del bien jurídico.
4. La puesta en peligro de un bien jurídico debe merecer una punibilidad menor que la efectiva lesión de dicho bien jurídico.¹⁷
5. La afectación a un solo bien jurídico debe merecer una punibilidad menor que la afectación a ese bien jurídico y a otros más.

Por lo demás, la metodología que se siguió para asignar las penas en este COPEM fue la siguiente:

- Se definió una unidad relativa denominada: p , de pena.
- Por cada delito se propuso un número específico de p que representaría la media aritmética de la pena.
- Asimismo, se propuso, según el delito, si éste debía tener un mayor o menor margen de punibilidad (rango), señalando la *ratio* entre la pena máxima y la mínima. Esto puede obedecer a qué tan variados grados de injusto y de culpabilidad sean imaginables según la descripción típica.¹⁸

¹⁵ A mayor importancia del bien jurídico (o mayor riesgo o lesión), mayor pena; a menor importancia del bien jurídico (o menor riesgo o lesión), menor pena.

¹⁶ La mayor vulnerabilidad de una víctima (por pertenecer, por ejemplo, a un grupo vulnerable o dada una categoría sospechosa $\frac{3}{4}$ personas menores de edad, personas con discapacidad, vulnerabilidades por género $\frac{3}{4}$, por ejemplo), así como el mayor poder del sujeto activo sobre la víctima (por la relación de parentesco, laboral, docente, de autoridad, etc.), conllevan, precisamente, un mayor riesgo o lesión sobre el bien jurídico, por lo que quedan incluidas dentro de estas reglas básicas de punibilidad.

¹⁷ En sentido contrario: Sancinetti, Marcelo, *Ilícito personal y participación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, quien sostiene que debe ser irrelevante a efectos de gravedad y pena si se produce efectivamente una lesión o solo una puesta en peligro, pues, dos conductas idénticas pueden variar en el grado de afectación que, de hecho, en el caso, tenga lugar, por cuestiones de azar. En efecto, propone una teoría de la imputación penal sobre la base del disvalor de acción y excluye toda consideración de disvalor de resultado. Concibe la tentativa acabada como “el punto final y más alto de todo ilícito posible” con el fin de responsabilizar a las personas por sus decisiones con independencia del azar. Dado que asume que el fin de la ley penal es la disuasión, la efectiva producción o no del daño o lesión es irrelevante, sólo importa la conducta del agente. Sostiene que el bien jurídico que se protege no es la vida o la propiedad, sino “el mandato de respeto a la vida o a la propiedad [...]o decisivo es, entonces, reafirmar el valor de la norma que prohíbe la conducta respectivamente desviada”.

¹⁸ Se resalta que, de forma análoga al concepto de valor esperado desarrollado por el matemático Blaise Pascal (una forma de determinar el promedio ponderado de todos los posibles resultados de un evento aleatorio, considerando tanto los valores posibles como sus probabilidades de ocurrencia), la media aritmética puede ser la misma para un delito A que para un delito B no obstante que el delito A tenga una pena mínima menor y una pena máxima mayor que las respectivas penas mínima

- o Por ejemplo: de 5 a 10 años de prisión tiene una ratio 2:1. De 5 a 15 años de prisión tendría una ratio de 3:1.
- Por cada delito se especificaron los tipos de consecuencias jurídicas del delito propuestas.
- Para tener un punto de partida, se propuso que el homicidio simple tuviera una pena de 100p y una ratio de 3:1, es decir, de 50p a 150p.

Si estipulamos que el homicidio simple merece de 50 a 150 unidades, con una media aritmética de 100 unidades, podemos conceptualizar cada unidad como la pena que le corresponde a algo *“cien veces menos grave que un homicidio simple”*. Partiendo de ahí, podemos preguntarnos: ¿algún delito estrictamente patrimonial debiera tener una pena mayor que el homicidio? ¿Cuántas unidades debe tener el más grave delito contra la integridad física? ¿Frente al homicidio, cuántas unidades deben corresponder a sus formas calificadas? ¿Cuántas a tipos penales autónomos que tutelan la vida también, como el auxilio al suicidio o el feminicidio?

Esta metodología no es otra cosa que la aplicación de un punto de referencia, con un valor abstracto, que permite cuantificar de manera menos arbitraria las penas que se considera deben aplicar a los demás delitos. Hecho lo anterior, con la aplicación de una serie de fórmulas de conversión, las unidades de p se cuantificaron en años y meses de prisión (con un redondeo al mes más cercano, para evitar la unidad de días) aplicando la pena máxima de 50 años a la más elevada (a saber, la máxima del feminicidio).

La pena máxima de 50 años es, desde luego, contingente y se definió a partir de la combinación de: (i) los 25 años establecidos como el mínimo a partir del cual debe al menos revisarse la posibilidad de liberar a una persona condenada incluso a cadena perpetua (del caso Vinter y Otros contra el Reino Unido del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), y (ii) lo dispuesto por los artículos 137 y 141 de la LNEP conforme a los cuales debe haber transcurrido la mitad de la pena para la libertad condicionada y el 70% para la libertad anticipada.

y máxima del delito B. Por ejemplo: delito A con penas de 5 a 15 años de prisión, y delito B con penas de 9 a 11 años de prisión. La media aritmética es la misma, y salvo por la aversión al riesgo de cada individuo que es subjetiva, desde un punto de vista objetivo podríamos afirmar que los delitos A y B se consideran, en abstracto, con igual gravedad. La mayor o menor apertura del rango, esto es, de los márgenes de punibilidad, obedecerá no a la mayor o menor gravedad en abstracto, sino en concreto, ya con casos individuales subsumibles en la descripción típica. Por ejemplo, la trata de personas incluye casos leves como la adopción ilegal de un menor de edad y muy graves como su esclavitud sexual, por lo que debe tener un rango amplio. En cambio, un delito como el infanticidio (homicidio de un bebé por su madre en estado puerperal, suelen considerarse 24 horas) quizás tiene menor varianza de gravedad casuística y debe tener un rango menor.

