

EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD EN LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE JALISCO (MÉXICO), ANÁLISIS Y PROYECCIÓN¹.

Rogelio Barba Álvarez²

SUMARIO: *I. Introducción II. La función garantista del Principio de ofensividad, III. El objeto jurídico y fin de la norma en el principio de ofensividad. IV. Fines y funciones del principio de ofensividad. V. Fundamento constitucional del principio de ofensividad. VI. Conclusiones VII. Bibliografía*

RESUMEN: *El trabajo desarrollado, analiza la corriente de gran influencia en los códigos modernos, misma que se representa con el principio de ofensividad como la transición de un sistema represivo hacia un sistema de garantías, alejado de la rigidez de las penas y un sistema de control social formalizado, por un un derecho penal de las libertades.*

ABSTRACT: *The work analyzes the current major influence on modern codes, it is represented with the principle of offensiveness, as the transition from a repressive system to a system of guarantees, away from the rigidity of penalties and a system formalized social control, for criminal law of liberties.*

PALABRAS CLAVES: *Principio de ofensividad, reforma penal, garantismo jurídico, código penal.*

KEY WORDS: *Principle of offensiveness, penal reform, legal guarantees, penal code*

1 Mayo, 2016

2 Profesor Investigador de la Universidad de Guadalajara.rokame00@hotmail.com

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco de 1982³, ha sido modificado un sin número de veces, por lo que el análisis y reflexión sobre éste código se hará en relación a las reformas que presentara la LX Legislatura del Estado de Jalisco⁴, en concreto a la reforma que se realizó mediante el Decreto 24986/LX/14 del 27 de septiembre de 2014, que entrará en vigor de conformidad con la declaratoria de incorporación del Sistema Procesal Penal Acusatorio del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Esta reforma objeto del presente trabajo, se reformula influido por la reforma del 18 de junio de 2008, que aparece publicada en el Diario Oficial de la Federación el decreto suscrito por el presidente la República, para que se haga saber que se han reformado un total de 10 artículos de la Constitución el 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123, en el que nace la reforma penal de los juicios orales o la reforma al sistema inquisitivo escrito por el acusatorio oral o bien la reforma del debido proceso legal o la reforma del procedimiento penal o más bien nace el sistema garantista para explicar la reforma que representa todo un nuevo paradigma de sistema de impartición de justicia en México.

3 Mismo que deroga al anterior aprobado el 2 de agosto de 1982, publicado el 2 de septiembre de 1982, cobrando vigencia desde a partir del 2 de noviembre de 1982.

4 DECRETO NÚMERO 24392/LX/13.- Reforma el art. 102 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.- Ene. 26 de 2013. Sec. V.DECRETO NÚMERO 24447/LX/13.- Se adicionan el Título Vigésimo Tercero, denominado “De los Delitos en Materia de Seguridad Social de los Servidores Públicos”, y los artículos 299, 300, 301, 302, 303 y 304 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.- Jul. 27 de 2013. Sec. IV.DECRETO NÚMERO 24450/LX/13.- Se derogan las fracciones II, III y IV del artículo 298 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.- Ago. 8 de 2013. Sec. II.DECRETO NÚMERO 24467/LX/13.- Se adiciona el Capítulo XI denominado “De la Desaparición Forzada de Personas” al Título Séptimo, Delitos Cometidos por Servidores Públicos, al Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.- Oct. 15 de 2013. Sec. II.DECRETO NÚMERO 24484/LX/13.- Reforma la denominación del Título Sexto y el art. 252 frac. XXIII primer párrafo; y se adiciona al Título Sexto un Capítulo IV denominado “Suplantación de Identidad”, que contiene el art. 143 quáter, del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.- Nov. 12 de 2013. Sec. II.DECRETO NÚMERO 24545/LX/13.- Se reforman los artículos 267 y 270 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano

Esta reforma responde a una gran expectativa negativa que se vive en México en el ámbito de la justicia, basta citar las cifras que señala Emilio Rabasa Gamboa que son muy parecidas a las últimas encuestas del ENVIPE⁵, quien señala que el 85% de las víctimas no acuden a denunciar los delitos porque no confían en el sistema de justicia prefieren que delito

de Jalisco.- Dic. 3 de 2013. Sec. VI. DECRETO NÚMERO 24549/LX/13.- Se reforman los arts. 236 fracs. XVI, XVII y XVIII y 236 Bis, inciso b); y se adiciona una fracción XIX al art. 236 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.-Dic. 3 de 2013. Sec. VI. DECRETO NÚMERO 24846/LX/14.-Se adiciona al Título Décimo Quinto del Libro Segundo un Capítulo IV Bis denominado “De los delitos contra la Dignidad de las Personas” y el artículo 202 Bis al Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.- Abr. 8 de 2014 sec. VI. DECRETO NÚMERO 24893/LX/14.- Se crea el Título Vigésimo Cuarto, “De la violencia contra los animales” con un Capítulo Único “Crueldad contra los Animales” y los artículos 305, 306, 307 y 308 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.- Jun. 14 de 2014. Sec. VI. DECRETO NÚMERO 24906/LX/14.- Se reforma el artículo 266 y se derogan los artículos 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 278 del Código Penal del Estado de Jalisco.- Jul. 8 de 2014. sec. VI. DECRETO NUMERO 24924/LX/14.-Se reforma el artículo 98 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.- Ago. 7 de 2014. sec. V, DECRETO NÚMERO 24986/LX/14.-Se reforman los artículos 1 a 103, y 151 último párrafo; se adicionan los artículos 102 Bis, 103 Bis y 103 Ter; y se deroga el segundo párrafo de la fracción XXIII del artículo 252, y el artículo 278 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.- Sep. 27 de 2014 sec. IV, DECRETO NÚMERO 24994/LX/14.- Se reforma el artículo 179 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.- Nov. 25 de 2014 sec. V.,DECRETO NÚMERO 25024/LX/14.- Se crea el Capítulo VIII del Título Quinto Bis, denominado Maltrato Infantil, recorriendo al Capítulo IX las Agravantes comunes a los delitos contra el desarrollo de la personalidad, adiciona el artículo 142-N recorriendo el actual 142-N al 142-Ñ adicionando un inciso, modifica el artículo 197, modifica el Capítulo I del Título décimo sexto, deroga el artículo 205-bis, se adiciona al inciso VI del artículo 207 del Código Penal del Estado de Jalisco, para quedar de la siguiente manera.- Dic. 20 de 2014 sec. III. DECRETO NÚMERO 25315/LX/15.- Se reforma el artículo 308 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.- Abr. 25 de 2015 sec. III. DECRETO NÚMERO 25334/LX/15.- Se reforma el artículo 27 adiciona el Capítulo XII Denominado “De la Tortura”, al título Séptimo del libro Segundo y adicionan los artículos 154 H, 154 I, 154 J y 154 K al Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.- Abril. 25 de 2015 sec. III.

- 5 En su libro la Reforma penal de los juicios orales edición nosotras, 2012 publicado en México, p. 11.<http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/encuestas/hogares/regulares/envipe/>

quede sin castigo o encontrar un tipo de arreglo con el agresor, el 99% de los delincuentes no terminan condenados, el 92% de las audiencias en los procesos penales se desarrollan sin la presencia del juez esto es; frente a un secretario de acuerdos o distinto personal del juzgado, el 80% de los mexicanos cree que se puede sobornar a los jueces, el 60% de la orden de aprensión no se cumplen, el 40% de los presos no han recibido una sentencia condenatoria y se encuentran procesados en prisión privados de su libertad por varios años, el 80% de los detenidos nunca hablan con el juez que los condenó, se castiga menos del 1% de los delitos cometidos y la posibilidad de que el presunto autor de un delito llegue ante una autoridad judicial es de 3.3% lo que quiere decir que tenemos 97% impunidad.

Es innegable que la actual situación en México llega a ser intolerable por las profundas deficiencias en las que se encuentra, y su difícil camino para lograr el principal objetivo garantista con el que se aspira llegar a una justicia penal justa, es decir, las bases para un código penal liberal con la idea renovadora de todo el sistema penal a partir del principio de ofensividad, principio que la LX legislatura adopta en esta reforma, para reconducir el sistema penal en con la idea de instrumento normativo, inspirado en un sistema penal democrático y de derecho.

II. LA FUNCIÓN GARANTISTA DEL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD

14

El código penal de Jalisco adquiere una nueva fisionomía al introducir principios políticos garantistas que caracterizan a un sistema democrático de derecho delineando un nuevo rostro entre los principios que podemos encontrar en el libro primero de la parte general, en el título primero en las disposiciones preliminares se establecen cinco capítulos: el primer capítulo de los principios y garantías penales, capítulo segundo de la aplicación territorial, capítulo tercero de la aplicación temporal, capítulo cuarto de la aplicación personal, capítulo quinto concurso aparente de normas. De esta manera se compone el primer título con las novedades siguientes:

De los principios que podemos encontrar en este capítulo primero obedece a la consagración de códigos de 1800 con una traición penal liberal y que ha preservado en los códigos penales modernos con tendencias de

un Estado de Derecho; el principio de legalidad inspirado en la triple dimensión como ley previa escrita y estricta, que la vez establece que el delito se realiza por acción o por omisión, es decir el hecho criminal se va a componer de la voluntariedad, por el aspecto del desplazamiento de la voluntad a través de movimientos corporales para producir un resultado, mientras que también reconoce la omisión que se produce con el no hacer, también con un resultado y para finalizar con las medidas de seguridad (Art. 1), se señala la tipicidad, se prohíbe la retroactividad y la analogía(Art. 2), el delito debe cumplir con el elemento subjetivo del tipo penal y el principio de ofensividad (Art. 3) el legislador describe el principio de responsabilidad culpable, el principio de proporcionalidad de la pena, y la responsabilidad objetiva (Art 4), Se reconoce también el principio de juez natural, la aplicación de la pena por medio de la garantía jurisdiccional y la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos del que el Estado mexicano se aparte, la Constitución Política del Estado de Jalisco y toda la normatividad que le derive de ellos (Art.5), el principio de igualdad y dignidad humana, y del principio pro persona señalado en el artículo primero fracción segunda de la Constitución (Art. 6 y 7).

El principio de ofensividad encuentra el reconocimiento expreso en nuestra legislación local, concretización que legislaciones de nuestro entorno jurídico aún no se formaliza, por ejemplo tibiamente lo podemos extraer de las legislaciones penales de: Alemania de 1974, portuguesa de 1982, brasileña de 1984, francesa de 1994, española de 1995, Eslovenia de 1995, Croata de 1997, sin embargo se puede deducir por la vía interpretativa, del específico sistema penal y de haber sido el objeto de profundas elaboraciones por parte de la doctrina de estos países⁶, contrariamente a lo que está pasando en nuestros países de Latinoamérica; por ejemplo, el código penal de Perú, que encuentra contenido de este principio en el art. IV “La pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley” en este sentido el principio de ofensividad en nuestra legislación local, la podemos apreciar claramente en el artículo tercero segundo párrafo, al señalar que

6 Para una amplia visión de este principio en legislaciones europeas, se recomienda la obra del Profesor emérito de la Universidad de Florencia, Ferrando Mantovani, *Dirittopenale, parte generale*, Cedam, Padova, 2007, p. 192 y ss.

“Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal o leyes especiales”.

III. EL OBJETO JURÍDICO Y FIN DE LA NORMA EN EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD.

Posicionados en la directriz objetivista del derecho penal, para el Prof. Ferrando Mantovani, el delito se concibe como ofensa a un bien jurídico, y no como tradicionalmente se entendía; como mera desobediencia al texto penal⁷, para el principio de ofensividad, el delito debe sostenerse en la ofensa de un bien jurídico, no siendo concebible un delito sin ofensa: *nullum crimen sine iniuria*.

El principio de ofensividad del Prof. Mantovani, se traduce en una teoría destinada a representar una idea original en la cultura penalística, su formulación provoca que sobresalga de los demás principios que conforman los límites y garantías del derecho penal moderno, además su significado y sus objetivos han transformado considerablemente la formulación de un derecho penal actualizado, notoriamente cargado a la esencia formal del respeto a la dignidad de la persona y a los derechos fundamentales del ciudadano, con claras connotaciones del desenvolvimiento de la persona individual como en sociedad, ideas que se habían perdido, perjudicando la naturaleza del derecho penal, el cual, estaba orientado a la protección de bienes jurídicos para privilegiar algunos sectores de la sociedad, contaminando la esencia del derecho penal en su doble vertiente; de protección de bienes jurídicos y de prevención de delitos.

En efecto la doctrina italiana le da una especial importancia al principio de ofensividad en relación a la contribución de un derecho penal de las libertades fundado en un estado de derecho, así para Luigi Ferrajoli⁸, el principio de ofensividad “ha jugado un papel esencial en la definición del

7 Desobediencia al texto la formulación de principio de ofensividad permite rechazar los modelos penales de base subjetivista, bien aquellos del derecho penal de la opresión, prevención o de la peligrosidad social, Mantovani F., *Dirittopenaleop.* cit. p. 192.

8 Ferrajoli L., *Direito e razão* SP, 2007,. p. 467.

moderno estado de derecho y en la elaboración, cuando menos teórica, de un derecho penal mínimo, al que facilita una fundamentación no teológica ni ética, sino laica y jurídica, orientándolo hacia la función de defensa de los sujetos más débiles por medio de la tutela de derechos e intereses que se consideran necesarios o fundamentales”.

El principio de ofensividad se apoya en el concepto de “objeto jurídico⁹”, es decir el bien o interés tutelado de la singular norma y ofensa del delito, para comprender la función garantista de esta definición ocurre distinguir, a) el objeto jurídico del delito es decir aquel bien preexistente a la norma y constitutivo del tipo penal, b) del fin de la norma, es decir, el fin perseguido por el legislador, la razón de la incriminación.

El papel que juega la finalidad de la norma, es para establecer la razón de la criminalización de una conducta, es decir la finalidad con la cual se crean los tipos penales, siendo diferente del objeto de protección penal, bien para proteger a la persona individual en su integridad, en sus intereses, sus libertades, en sus relaciones interpersonales, o sociales, ejemplo; en el delito de homicidio el bien jurídico es la vida, el fin de la norma es mantener a salvo la especie humana como también lo es la eutanasia, el aborto y todos aquellos que signifiquen una agresión que puedan coartar este bien, la venta de combustibles con precios vulnerados previamente establecidos en el mercado, el bien jurídico sería la protección del patrimonio, su finalidad no es solo proteger al consumidor de manera individual sino también de forma colectiva a través de la confianza que permite la adquisición de los productos en el mercado.

El fin de la norma es el interés que el Estado intenta perseguir a través de la prohibición de la conducta, en el hurto por ejemplo; el bien jurídico es el patrimonio, mientras que el fin de la norma, es impedir el empobrecimiento de otros y el enriquecimiento ilícito por medio del engaño¹⁰.

9 Mantovani F., Ivi. p. 192.

10 Mantovani F., Dirittopenale, op. cit. p. 206.

El objeto jurídico para el Profesor Mantovani, es el perno sobre el cual gira un derecho penal de la ofensa, el soporte mismo de la ofensividad, es decir el bien individual, y colectivo o público que es tutelado por la norma incriminadora¹¹.

Pero cuál es el objeto jurídico del que parte el Prof. Mantovani para elaborar la parte sustancial del principio de ofensividad?, porque hablar del objeto jurídico es adentrarse en la teoría del bien jurídico, en este apartado nos centraremos en la adopción de un derecho penal de base objetivista, mismas que establecen, en el bien jurídico su legitimación para garantizar determinados intereses por medio de su protección jurídica, es decir; el bien jurídico se encuentra justificado por su valor relevante en la sociedad, bien en el plano constitucional, como en el ámbito jurídico-penal, o mejor dicho; un bien jurídico-penal, encuentra su razón de ser cuando éste protege al ciudadano, de los abusos de los sectores públicos como privados, recurriendo, de manera extrema, a la amenaza penal, cuando el bien jurídico en concreto se encuentra lesionado o puesto en peligro.

Para comprender la practicidad del objeto jurídico, será necesario situarnos en la propuesta de la Comisión Pagliaro para elaborar el Schema di delega legislativa per un nuovo código penale (1992), para observar detenidamente, el significado de una verdadera y amplia tentativa para refundir la parte especial del código penal, sobre la base de una nueva tipología de bienes, en efecto, el bien jurídico se encuentra definido como aquella entidad susceptible de violación, a efectos prácticos; como lesión o puesta en peligro, en esta tesitura, el derecho penal no puede reprimir bienes de escaso valor, por cuanto resguarda la negativa configuración ofensiva de un bien jurídico digno de reconocerse, de no ser así, este último apunte nos trasladaría sistemas represivos o a estados totalitarios.

El profesor Ferrando Mantovani (que formó parte de la comisión) pondera la protección de bienes jurídicos de corte personalístico, es decir de un modelo de código penal con una función primaria de instrumento de libertad jerarquizando el sistema de bienes jurídicos según la triple directriz: a) de la centralidad de la persona humana, fin primero y fin último, alfa y omega del sistema penal; b) de la consiguiente suma de distinción entre: 1) bien-fin, constituido de los derechos fundamentales

11 Ibidem. p. 204.

de la persona humana y tutelados como tales; 2) bienes-medio, constituidos de los bienes individuales patrimoniales y de los bienes ultra individuales (familia, comunidad, del estado-administración, del estado unidad y de las instituciones democráticas) a la conservación, dignidad y desarrollo de la persona humana, en su doble dimensión individual y social, y c) de la consecuente centralidad de los delitos contra la persona, que propiamente por su prioridad deben, también topográficamente, abrir la parte especial del código personalístico, seguidos de los delitos contra bienes- medio¹².

Con respecto al contenido personalístico-solidarístico, que con reiteración expusiera, amplia y extensamente, con verdadera finura el profesor Mantovani, el cual pondera al hombre en una triple dimensión especialmente reconocida (hombre-valor, hombre-persona y hombre-fin), y a la vez le otorga la máxima categoría como bien a tutelar, colocándole el cetro y la corona, para construir la expresión penal del moderno Estado social de derecho, para él, es en el hombre donde se depositan todos los demás derechos y libertades que otorgan las constituciones y leyes secundarias, y así cumplir con la conservación de la dignidad y desenvolvimiento de la persona humana, porque solo a través de ésta formulación se podrá mantener el equilibrio de la justicia, sin el reconocimiento de este contenido, nos trasladaríamos a los planteamientos, utilitarios del Estado que recurre a la pena, para adoptar bienes jurídicos que afectan a intereses políticos como la seguridad del estado o de la nación, es decir, a criminalizar atentados contra bienes de intereses secundarios para la conservación del poder estatal, tal y como lo establecen algunos de los códigos penales de México¹³.

IV. FINES Y FUNCIONES DEL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD

Para el Prof. Mantovani en el ámbito del derecho penal de la ofensa, cabe distinguir entre la “concepción realística” o necesariamente lesiva del delito, en el sentido de un hecho ofensivo típico, de la “concepción

12 Il principio di offensività nello Schema di delega legislativa per un nuovo codice penale, RIDPP, 1997, p. 314.

13 La tradición del actual código penal federal de 1931, configurado en dos libros, y en especial el libro II sigue manifestando como primordial, el objeto de tutela referido a la seguridad del Estado, de la Nación o en contra de la Constitución,

sustancial” del delito como hecho socialmente peligroso. A decir por la finalidad, la concepción realística es la que resguarda la idea liberal del derecho penal, en cuanto a su conexión con el principio de legalidad, de manera que “solo el hecho conforme al tipo legal construido por el legislador en los términos de ofensa a un bien jurídico pueden ser considerados como delito”¹⁴. En este sentido la comunidad estaría protegida por la doble vertiente garantizando: por un lado, no ser un bien jurídico criminalizado por conductas por mera desobediencia al texto normativo (principio de ofensividad), pero al mismo tiempo de sufrir la represión penal por la simple peligrosidad social de la conducta del sujeto (principio de legalidad).

La segunda concepción es propia del socialismo penal, adoptada en muchos códigos penales de la Europa comunista y de países orientales, ésta, retiene que no es suficiente que el hecho típico ofenda intereses específicos, resulta necesario que en el caso concreto la conducta había comportado un relevante peligro a la sociedad, procurando por consiguiente un peligro de los confrontes de un más amplio interés social externo a la norma, la fortaleza de esta concepción es fácilmente identificable en la natural tendencia a hacer prevalecer en el juicio de peligrosidad del hecho, el interés de la sociedad sobre aquel individuo. La función del principio de ofensividad tiene que ver con dos vertientes, por un lado bajo la función político criminal, en el momento que se decide la criminalización de la conducta, constituyendo a su vez el límite del derecho de punir del Estado, concretamente a la limitación del legislador al momento de elaborar los tipos penales, otra función

como podemos desprender de los códigos penales que conforman la República Mexicana como lo son: Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Jalisco, Michoacán, Sonora, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Zacatecas, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán y de Defensa Social de Puebla. Mientras que por otro lado los restantes códigos penales, estiman como valor supremo a la vida, es decir el orden legal se encuentra invertido de manera positiva orientados a privilegiar los valores más esenciales para el disfrute y convivencia social del ser humano, de manera individual o social, como lo es la vida, en este sentido sigue el orden constitucional protegiendo la libertad, la seguridad y otros valores de mayor jerarquía que los anteriores, así pues los códigos penales con un orden legal jerarquizado y congruente con un Estado de Derecho en el Derecho Penal Mexicano son: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Chiapas, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Querétaro, Veracruz y el Nuevo Código del Distrito Federal.

14 Ibidem. 193.

se orienta a la interpretación dogmática, al momento de interpretar y aplicar concretamente el derecho penal, está la absorbe el intérprete de la ley; el juez, estas dos funciones no son independientes sino más bien se complementan entre sí, por consiguiente si el legislador no cumple su papel de criminalizar alguna conducta en términos ofensivos a un bien jurídico, esa tarea se transfiere improrrogablemente al juez.

Esta última se basa en la naturaleza material garantista, lo que significa constatar después del hecho cometido la concreta presencia de una lesión o de un peligro concreto de lesión a un bien jurídico protegido, particularmente cuando el legislador no ha cumplido su trabajo al elaborar el tipo penal sobre la ofensa a un bien jurídico, es decir cuando el carácter ofensividad no se encuentra presente en el hecho concreto, el juez interpretando teleológicamente el tipo penal, debe declarar que la conducta concreta, aparentemente ilícita, en verdad no integra los extremos del hecho material típico¹⁵.

V. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD.

Del examen que hemos realizado en apartados anteriores, podemos establecer que el principio de ofensividad, se encuentra reconocido como un principio general de derecho en el sistema penal, dada su función político criminal, así como de interpretación, constituye además, un instrumento exegético y hermenéutico que permite no solo dotar el ilícito penal en un sentido garantista, sino también para eliminar del ámbito punible conductas que solo formalmente son típicas, a consecuencia de la ofensa a un bien jurídico tutelado¹⁶.

A este respecto, y en relación a las últimas reformas constitucionales en materia penal, el legislador incluyó el principio de ofensividad en el nuevo art. 22 "...Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado", por lo tanto se exige el requisito "afectado", para determinar la proporcionalidad de la pena, modificación a todas luces positiva para la construcción de un derecho penal basado en la ofensa de

15 Giusino M. P., *I reati di pericolotradogmatica e politicacriminale*, Milano, 1990, p. 118.

16 Gomes L. F., *Principio da ofensividade no direito penal*, op. cit. p. 70.

bienes jurídicos, medidas que, no han superado y caracterizan parte de las legislaciones europeas.

La Constitución al hacer referencia al principio de ofensividad revela un nivel de exigencia que debe ser considerado por el legislador para futuras modificaciones al sistema penal, y evitará las interpretaciones puramente formales las cuales podrían inducir la rigurosa tipicidad separada de las consideraciones de la existencia o menos, en el caso concreto, de una ofensa al interés tutelado de la norma incriminadora¹⁷, exigencia que debe reflejar precisamente en el momento de configurar los tipos penales, donde se debe dotar de máxima concretización, lo que quiere decir que el bien jurídico a tutelar debe contar con la cualidad de su perceptibilidad o de concretización¹⁸.

Con justa razón aborda este punto Bricola al que denomina “tipicidad sustancial”, así formulado: “un hecho conforme al tipo de delito no es punible cuando no ofenda el interés específicamente protegido de la norma incriminadora en su concreta dimensión social y constitucional¹⁹”

La Constitución también de forma implícita establece el principio de ofensividad a través de los siguientes criterios:1) de los artículos que establecen la proporcionalidad de las penas y las medidas de seguridad, para determinar la utilización de la sanción en aquellos casos de manera concreta, el art. 18 constitucional establece que “solo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva.

22

El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”, de esta manera se distingue la utilización de la pena a los hechos tipificados como delitos (legalidad formal), 2) afrontando el carácter solidario que se le da a la utilización de la amenaza penal, el contenido del artículo 16 2do párrafo, sobre la inviolabilidad de la libertad personal de nuestra constitución, se establece una limitación de la cual sería inadmisibles, por efecto de penas aplicables sin que se halle la exigencia de tutelare un específico interés;

17 Vasalli G., Considerazionisul Principio di offensivita, in Scritti in memoria de Ugo Pioletti, Milano, 1982, p. 617 y ss.

18 Manna A., Beni Dellapersonalità e limiti Dellaprotezione penale, Padova, 1989, p. 86. en el mismo sentido Mantovani op. cit.p. 201.

19 Citado por Vassalli, Ivi. 620.

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión”, el uso del término “cometido ese hecho”, establecería a indicar no una conducta meramente “desobediente” sino más bien una conducta ofensiva es decir de supuestos comportamientos que lesionan un bien jurídico, 3) por último; similarmente al anterior la finalidad de la pena se establece no solo como mera desobediencia, sino más bien aplicada por un hecho criminoso con fines reeducativos (art. 18 segundo párrafo), de otra manera la pena comportaría actitudes utilitaristas, entendida como la infracción contra un deber.

VI. CONCLUSIONES

El actual estado de las ciencias jurídico-penales, en Jalisco armonizada para la legislación procesal penal, y que en otros espacios se ha denominado derecho penal secundario, y del cual estábamos sufriendo un grave retroceso perdiendo identidad como un derecho penal de garantías hacia un derecho penal de la opresión, nos parece legítimo que con esta reforma que incorpora este importante principio, debemos fijar la atención al resultado jurídico con la noción del principio de ofensividad a bienes jurídicos, que trae consigo el significado crítico-garantista de la ideas de ofensividad y desarrollar categorías capaces de atender a los desafíos en los que nos coloca la reforma penal de los juicios orales. Como principio capaz de legitimar la intervención político-criminal del Estado, limitando materialmente la actuación del derecho penal a nuevos espacios de intervención, sin contenido subjetivista, con un claro ejercicio de un derecho penal de las libertades.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Decreto Número 24392/LX/13.- Reforma el art. 102 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.- Ene. 26 de 2013.

Decreto Número 24893/LX/14.- Se crea el Título Vigésimo Cuarto, “De la violencia contra los animales” con un Capítulo Único “Crueldad contra los Animales

Decreto Número 24447/LX/13.- Se adicionan el Título Vigésimo Tercero, denominado “De los Delitos en Materia de Seguridad Social de los Servidores Públicos.

Decreto Número 24450/LX/13.- Se derogan las fracciones II, III y IV del artículo 298 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.- Ago. 8 de 2013

Decreto Número 24467/LX/13.- Se adiciona el Capítulo XI denominado “De la Desaparición Forzada de Personas”

Decreto Número 24484/LX/13.- Reforma la denominación del Título Sexto y el art. 252 frac. XXIII primer párrafo; y se adiciona al Título Sexto un Capítulo IV denominado “Suplantación de Identidad”

Decreto Número 24545/LX/13.- Se reforman los artículos 267 y 270 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.

Decreto Número 24549/LX/13.- Se reforman los arts. 236 fracs. XVI, XVII y XVIII y 236 Bis, inciso b); y se adiciona una fracción XIX al art. 236 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.

Decreto Número 24846/LX/14.-Se adiciona al Título Décimo Quinto del Libro Segundo un Capítulo IV Bis denominado “De los delitos contra la Dignidad de las Personas”

Decreto Número 24893/LX/14.- Se crea el Título Vigésimo Cuarto, “De la violencia contra los animales”

Decreto Número 24906/LX/14.- Se reforma el artículo 266 y se derogan los artículos 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 278 del Código Penal del Estado de Jalisco.

Decreto Número 24924/LX/14.-Se reforma el artículo 98 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.- Ago. 7 de 2014. sec. V

Decreto Número 24986/LX/14.-Se reforman los artículos 1 a 103, y 151 último párrafo; se adicionan los artículos 102 Bis, 103 Bis y 103 Ter; y se deroga el segundo párrafo de la fracción XXIII del artículo 252, y el artículo 278 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.- Sep. 27 de 2014 sec, IV,

Decreto Número 24994/LX/14.- Se reforma el artículo 179 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.- Nov. 25 de 2014 sec. V.

Decreto Número 25024/LX/14.- Se crea el Capítulo VIII del Título Quinto Bis, denominado Maltrato Infantil, recorriendo al Capítulo IX las Agravantes comunes a los delitos contra el desarrollo de la personalidad

Decreto Número 25315/LX/15.- Se reforma el artículo 308 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.- Abr. 25 de 2015 sec. III.

Decreto Número 25334/LX/15.- Se reforma el artículo 27 adiciona el Capítulo XII Denominado “De la Tortura”, al título Séptimo del libro Segundo y adicionan los artículos 154 H, 154 I, 154 J y 154 K al Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.- Abril. 25 de 2015 sec. III

Ferrajoli L., *Direito e razão* SP, 2007.

Giusino M. P., *I reati di pericolo tra dogmatica e política criminale*, Milano, 1990, p. 118.

Manna A., *Beni Della personalità e limiti Della protezione penale*, Padova, 1989.

Mantovani F., *Diritto penale, parte generale*, Cedam, Padova, 2007.

Mantovani F., *Diritto penale, Il principio di offensività nello Schema di delega legislativa per un nuevo codice penale*, RIDPP, 1997.

Vasalli G., *Considerazioni sul Principio di offensività*, in *Scritti in memoria de Ugo Pioletti*, Milano, 1982.