

LAS REFORMAS AL CÓDIGO PENAL ¹

Rafael Márquez Piñero

El acelerado proceso de reformas legislativas, sin duda una de las características distintivas del sexenio del Presidente Salinas de Gortari, nos ha traído al comienzo del presente año una muy interesante modificación del Código Penal para el Distrito Federal, en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal.

La reforma es una consecuencia lógica de las modificaciones a los artículos 16, 19, 20 y 119, así como de la derogación de la fracción XVIII del artículo 107, todos ellos de la Constitución. Independientemente del contenido de la reforma, en muy diversos ámbitos legislativos, el alcance de la misma en el plano penal ha sido grande y no sólo en la parcela pena sustantiva sino en la procesal, tanto Federal como en relación con el Distrito Federal. La intención ha sido loable pues, como señala la propia iniciativa presidencial se trata de «dar eficaz soporte y mayor agilidad a la lucha contra las actuales tendencias de la delincuencia organizada». Estas auténticas organizaciones criminales han alcanzado una dimensión muy grande, específicamente en las conductas relativas al narcotráfico, cuyo daño y afectación en el orden social son sumamente preocupantes, y un problema no sólo de la sociedad mexicana, sino planteado a escala mundial.

De antemano, queremos señalar que la presente entrega no agotará nuestros comentarios, aunque procuraremos que sean lo más breve posibles, pues la dimensión reformadora requerirá de más de una exégesis.

¹ **Diario Oficial de la Federación** de 10 enero 1994.

Entrando ya a lo que es propiamente las reformas del Código Penal del D.F. y Federal en lo conducente, éstas pueden ubicarse en dos planos distintos: uno, que se refiere al Libro Primero, lo que en los ámbitos didácticos se denomina Parte General; y otra, la referente al Libro Segundo, conocida como Parte Especial.

En términos amplios, puede decirse que se afectan disposiciones abocadas al tratamiento del delito en general, a la concreción del contenido presupuestal de las punibilidades y a los criterios para individualizar las penas, así como a ciertos tipos penales particulares, que son objeto de una mayor precisión técnica en la descripción de sus elementos, a una estructura lógica y racional de las punibilidades; se plantean regulaciones de criminalización o de descriminalización, de penalización o despenalización, y –en definitiva– se trata de captar la dinámica social para poderle proporcionar un adecuado cauce normativo.

En estas condiciones, la lógica más elemental exige una sistematización adecuada de los distintos aspectos de la reforma, para de este modo hacer más entendible y asequible la gran extensión y profundidad de la misma. Estos aspectos son:

1. Delito y Responsabilidad Penal;
2. Excluyentes de Responsabilidad;
3. Trabajos en favor de la Comunidad;
4. Multa y Reparación del Daño;
5. Individualización de la Pena;
6. Concurso, Reincidencia, Error, Delito Continuo, Sustitución, Libertad Preparatoria, Perdón y Prescripción; y
7. Reformas en el Libro Segundo del Código Penal, que afectan a muchos aspectos importantes del mismo; no los mencionamos aquí para no hacer interminable esta mera aproximación temática.

I. DELITO Y RESPONSABILIDAD PENAL

En este ámbito, la reforma penal tiene un alcance amplio y aborda el tema del delito en general, proyectándose a la concreción de algunas

características del mismo, y a enfatizar ciertos criterios doctrinales y principios generales, que constituyen la base de un Derecho Penal moderno. Uno de los aciertos indudables de la reforma es –sin duda– la gran claridad con que es tratada una figura jurídica que, hasta ahora, había venido padeciendo de un gran confusionismo en el ámbito jurídico-penal.

Me refiero a lo que algunos autores denominan delitos de comisión por omisión, que en realidad son lisa y llanamente *delitos de omisión con resultado material*. Esta problema enturbió muchas discusiones y provocó muchos ejercicios de retórica jurídica para tratar de justificar la confusa denominación de delitos de comisión por omisión, dando lugar incluso a verdaderas integraciones de la ley penal, que constituían otras tantas violaciones del principio de legalidad recogido en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional.

Así, el artículo 7 del Código Penal del D.F. y Federal, en su nueva redacción, tiene un párrafo agregado que dice literalmente:

«En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato, o de su propio actuar precedente».

El precepto transcrito señala un deber de actuar que no se dirige a todos, sino únicamente a aquellas personas que no actuaron cuando tenían el deber de hacerlo, derivado precisamente de una ley, de un contrato, o de propios comportamientos precedentes. En otras palabras, más concisa y técnicamente, adquiere relieve jurídico-penal la *calidad de garante*.

Pero, ¿en qué consiste esa calidad de garante? Dicha calidad es una conceptualización de origen netamente alemán ². Su aparición es

² Márquez Piñero, Rafael, **El Tipo Penal**, 1ª reimpr., México, UNAM, 1992, p.205.

detectada, en el siglo XIX, con Feuerbach. El maestro germánico hace dimanar la «posición de garantía» de la ley y del contrato. En realidad, la calidad de garante, traducida en términos de deber, indica que todos los tipos prohibitivos de la producción de un resultado están imponiendo un deber: el deber de no lesionar el bien jurídico protegido, y un deber de evitar la lesión.

Ante este problema, la dogmática jurídico-penal alemana, muy concretamente Reinhart Maurach, estableció que la:

«Función de garantía implica una posición especial del afectado por la obligación frente a la masa de los restantes sujetos...; al sujeto, por ello, no solamente se le impone un simple deber de acción, esto es, un simple deber de actuación, sino un deber precisamente dirigido a evitar el resultado típico»³.

La doctora Olga Islas⁴ señala que es una calidad del sujeto, regulada por el Derecho Penal, que se introduce en los tipos omisivos para especificar al sujeto que tiene el deber de actuar para la conservación del bien. En definitiva, la calidad de garante hace posible, por una parte, aprehender espacial y temporalmente la conducta omisiva y, por la otra, determinar al sujeto que la realizó. En esta situación el autor de una omisión sólo podría serlo quien –previamente– y por algún hecho o circunstancias de la vida, se ha colocado en posición de garantía, o sea, se ha convertido en el sujeto garante de un bien jurídico frente a la lesión que pudiera sobrevenirle. Esta calidad produce para el sujeto el deber de ejecutar una acción idónea para evitar la lesión típica. En caso de no ejecutarla, la lesión del bien le será atribuible como si la hubiere producido. Acierto pleno del legislador, ya que establece una regla general que antes de las reformas se encontraba ausente, y que permite colmar una laguna en el ordenamiento jurídico penal mexicano.

³ Maurach, Reinhart, **Tratado de Derecho Penal**, trad. de Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, t.II, p.284 y ss.

⁴ Islas, Olga, **Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida**, 3ª ed., México, Ed. Trillas, 1991, p.38.

La otra gran novedad de la reforma, en este primer aspecto que estamos tratando, es una nueva concepción del dolo y de la culpa, reflejada en los artículos 8 y 9 del Decreto del 10 de enero de 1994. Se supera la vieja denominación de «intención» e «imprudencia», que queda sustituida por una terminología mucho más técnica y adecuada de *dolo* y *culpa*. Ya la sustancial reforma de 1984, que barrió el anacrónico contenido del artículo 9 del ordenamiento represivo, supuso un adelanto formidable en la actualización conceptual de estas cuestiones, pero se omitió dar el paso siguiente de modificar también la terminología.

Precisamente eso es lo que acaba de hacer el legislador en su nueva redacción de los artículos 8 y 9 del Código Penal del D.F. y Federal en lo conducente. El artículo 8 establece que: «Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente». Doble acierto, pues, queda establecido que los delitos sólo pueden cometerse por acción o por omisión, reforzando con ello no únicamente el «principio de legalidad», sino también el denominado «principio de acto» o «principio de conducta», con lo que quedan satisfechas algunas de las exigencias de los ordenamientos jurídico-penales en un Estado democrático de derecho.

Pero la reforma va más allá, ya que en el artículo 9 nos da las nociones de dolo y de culpa, y en este sentido el numeral citado señala que:

«Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

»Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales».

En cuanto al dolo, el legislador ha establecido con precisión los elementos integrantes del mismo, a saber: el elemento intelectual, conciencia de lo que se quiere, y el elemento volitivo, constituido por

la decisión, al respecto de querer realizarlo. Esto en relación con el *dolo directo*, que se determina por la conjunción de ambos momentos (intelectivo y volitivo) como factores configuradores de una acción típica real, que prácticamente es el dolo de tipo finalista ⁵.

Por lo que hace al *dolo eventual*, también se deja sentir la doctrina finalista de la acción del gran Hans Welzel. Y lo decimos porque la caracterización del dolo eventual, en tal teoría, viene de la mano de la conformación con la realización del tipo estimada como posible ⁶. La nueva redacción del artículo 9, en su primer párrafo, permite delimitar con claridad los supuestos del dolo directo antes aludido, y del dolo eventual, que nos hemos atrevido a caracterizar *ut supra*. En realidad, el dolo eventual (el conformarse) comienza únicamente cuando el autor *no confía* en la ausencia del resultado típico.

En cuanto a la *culpa*, la reforma añade a la anterior redacción el elemento de la previsibilidad y, en lo personal, estimamos que también el de la evitabilidad, ya que «... produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría», lo cual viene a ser tanto como no prever «en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales», en una clarísima alusión a la capacidad de evitar o, como lo denomina el modelo lógico matemático, a la «previsibilidad», que significa que la gente tiene la posibilidad de actuar con el cuidado posible y adecuado para no lesionar el bien jurídico o, en su caso, evitar la lesión del mismo ⁷.

La redacción permite también distinguir entre la culpa con previsión, consciente o con representación, y la culpa sin previsión inconsciente

⁵ Welzel, Hans, **Derecho Penal Alemán**, trad. Bustos y Yáñez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pp.104 y 105.

⁶ *Ídem*, pp.104 y 105.

⁷ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, **Lógica del tipo en el derecho penal**, México, Ed. Jurídica Mexicana, 1970, p.67 y ss.

o sin representación, distinción sumamente importante para efectos de la individualización penal. La distinción entre las dos clases de culpa entendemos que resulta más clara en la redacción reformada, ya que en la primera clase, como sabemos, el agente prevé el resultado típico como posible, aunque no lo quiere y actúa con la esperanza de que no se producirá. En la segunda clase, el resultado típico no es previsto por falta de diligencia del agente, que ignora las circunstancias del hecho, aunque el resultado típico era previsible.

En lo referente a la «preterintencionalidad», ésta desaparece, porque –seguramente– se estima que tales conductas típicas pueden perfectamente encuadrarse en la concepción de los delitos culposos, y –también– se trata de una cuestión perfectamente atendible y solucionable en la individualización judicial de la pena. Lógicamente, la secuela de tal supresión origina la modificación de los artículos que se referían a la preterintencionalidad, que eran el 8, 9 y la fracción VI del 60, todos ellos del Código Penal del D.F. y Federal en lo conducente.

Otro problema abordado en la reforma es la modificación de la noción de tentativa punible, en cuanto que el artículo 12 modificado establece que:

«Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían de producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

«Para imponer la pena de la tentativa del juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito».

Sin duda, la nueva concepción de la tentativa punible aclara una serie de problemas en mejor forma que la redacción anterior. Así: «... se exterioriza realizando en parte...», la tentativa acabada, completa o delito frustrado, o la realización de todos los actos ejecutivos dirigidos a la misma finalidad, conservándose por otra parte la referencia a

la omisión de los que debieran evitarlo, manteniéndose también la acertada alusión a la no consumación por causas ajenas a la voluntad del agente. Con ello se le facilita, fundamentalmente a los estudiantes, y a los estudiosos en general, el evitar confundir las dos clases de tentativa.

A mayor abundamiento, el criterio de punibilidad, para la individualización de la pena, que se establece en el párrafo segundo, conecta mejor con el contenido del criterio general de punibilidad del artículo 52 también reformado, basándolo en el principio de culpabilidad, y superando el denominado criterio «peligrosista», característico de los derechos penales autoritarios, totalitarios o dictatoriales, ya que abandona la estricta consideración de peligrosidad, aludiendo en el propio texto al artículo 52 como criterio rector, y teniendo en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

En cuanto a las *personas responsables de los delitos*, independientemente de ciertas modificaciones terminológicas para adaptar a las nuevas denominaciones las fracciones V y VI, y señalar en la VIII que cuando no habiendo acuerdo previo intervengan diversas personas en la comisión del delito, se entenderán como participantes en el mismo en el caso de no poderse precisar el resultado que cada quien produjo, se agregan dos párrafos finales en los que queda clara la intención del legislador de actualizar, en nuestra legislación, la eficacia de ciertos principios fundamentales en los Estados democráticos de derecho.

En este sentido, en el penúltimo párrafo se enfatiza la responsabilidad de cada individuo en función del principio de culpabilidad al señalarse que: «Los autores o partícipes al que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad», añadiéndose, en el último párrafo, que las personas referidas en las fracciones V, VI, y VIII, estarán sujetas al criterio de punibilidad establecido en el artículo 64 Bis, también reformado, y que comporta la imposición de penas hasta las tres cuartas partes de la

correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva. Puede considerarse, por tanto, que hay una intención legal de mejorar técnicamente lo anterior.

II. EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD

Referente a las anteriormente denominadas excluyentes de responsabilidad resulta cambiado el rubro del Capítulo IV, del Título Primero del Libro Primero del Código Penal del D.F., y la nomenclatura actual es la de *causas de exclusión del delito*, reforma que supone una muy amplia modificación del ordenamiento jurídico-penal distrital y federal. En realidad puede decirse que no se trata de una mera variación lingüística, sino la sustitución del anterior criterio legislativo por uno nuevo, que pretende ser más técnico.

Es añeja, y a nosotros nos parece indebida, la confusión de tres conceptos, que no tienen por qué ser confundidos. Me refiero a la imputabilidad, responsabilidad y culpabilidad. La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona del agente; la responsabilidad es una resultante de la imputabilidad, puesto que será responsable sólo aquel que tenga capacidad para sufrir las consecuencias del delito. Y, por último, la culpabilidad constituye un juicio de reproche social, realizado comunitariamente, a la persona que lleva a cabo una conducta social inadecuada y tipificada penalmente.

De cualquier manera, la expresión «responsabilidad» se antoja demasiado amplia, y hubiera requerido, con arreglo a la legislación vigente antes de la reforma, una mayor precisión tanto desde el punto de vista constitucional, como el de la legislación secundaria, y así, a guisa de ejemplo, en el artículo 15 del Código Penal de la redacción anterior, y en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, también de la redacción anterior, el vocablo «responsabilidad» era utilizado con una extensión que abarcaba no sólo los presupuestos de la pena sino también otros elementos referentes a la integración

fáctica de la conductualidad. Se ha conseguido precisar el auténtico contenido de la palabra «responsabilidad», en cuanto al artículo 15 del Código Distrital y Federal se refiere, ubicándolo certeramente en lo que puede denominarse la culpabilidad del sujeto activo del delito.

Precisamente, en función de lo anterior, se ha sustituido el rubro indicativo del contenido del Capítulo IV, ya referido, por el de «causa de exclusión del delito». Y se ha hecho bien porque la verdadera finalidad de las fracciones del artículo 15 es la exclusión de alguno de los elementos del delito. Más claramente dicho, la presencia de alguna de esas causas origina la no existencia de algunos de los elementos del delito y –consecuentemente– la inexistencia del delito mismo; y así:

– En la *Fracción I*, se alude a la no existencia de la voluntabilidad del sujeto activo del delito.

– En la *Fracción II*, a la carencia de algunos de los elementos integrantes del tipo penal que contiene los presupuestos del delito, pues no debe olvidarse que, en definitiva, un delito no es más que un hecho humano que encaja en un tipo penal previo.

– En la *Fracción III* aparece una de las grandes novedades de la reforma, es decir, el consentimiento del sujeto pasivo como causa de exclusión del delito. Entiéndase bien: el sujeto pasivo es el titular del bien o de los bienes jurídicamente afectados por el delito, pero no se trata de un simple consentimiento, sino que para su eficacia éste queda legalmente ligado a tres circunstancias:

- a) Que el bien jurídico sea disponible.
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica necesaria para la libre disposición del mismo, y
- c) Que el consentimiento, ya sea expreso o tácito, no esté viciado de ninguna manera, o bien que el hecho se lleve a cabo en circunstancias tales que permitan –racionalmente– presumir que, de haberse podido consultar al sujeto pasivo, éste lo hubiere otorgado.

– En la *Fracción IV*, nos encontramos con la legítima defensa que, en términos generales, y sin perjuicio de una mayor precisión en otra ocasión, mantiene el concepto tradicional de la misma.

– En la *Fracción V*, en cuanto al estado de necesidad sí puede señalarse una novedad muy interesante. Esta novedad constituye un acierto y es doble: por un lado, desaparece la anterior referencia a la culpa del agente en cuanto al posible origen de la situación de necesidad, que queda referida exclusivamente a una actividad dolosa, por lo cual nuestro derecho penal se alinea claramente en los parámetros democráticos, lejos de las veleidades autoritarias.

Por otro lado, ya puede distinguirse nítidamente, en la redacción reformada, las dos clases de estado de necesidad, o sea: el estado de necesidad justificante, que se presenta cuando se sacrifica un bien menor para salvar otro mayor, y el estado de necesidad inculpante, en que se afectan bienes de igual valoración para salvar otros de idéntica categoría jurídica. Cualquier persona avezada a los menesteres doctrinales del derecho penal sabe que el finalismo, para bien de todos, está reflejado en esta distinción aludida.

– En la *Fracción VI* se contempla el que la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio de un derecho, agregándose a la racionalidad del medio empleado, con tal finalidad, la exigencia de que tales acciones u omisiones no tengan el único propósito de perjudicar a un tercero.

– En la *Fracción VII*, nos encontramos en el supuesto de la realización de una acción típica, llevada a cabo por quien no puede ser sujeto activo de la misma por carecer de la capacidad de comprensión de la ilicitud de aquélla, o en su caso de la capacidad de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Ambas incapacidades, generadas por un trastorno mental o un desarrollo intelectual retardado, dejan de tener relevancia jurídico-penal liberatoria, en el caso de que el propio agente haya provocado,

dolosa o culposamente, su trastorno mental, con el acertado añadido de que –en ese caso– responderá por el resultado típico, siempre que lo haya previsto o le fuere previsible.

Además se contempla, y es otro acierto, el supuesto de que la capacidad a la que hemos venido refiriéndonos sólo esté disminuida, en cuyo caso se remite al tratamiento penal establecido en el también nuevo artículo 69 Bis.

– En la *Fracción VIII* se hace referencia al problema del error, y se excluye la existencia del delito cuando la acción o la omisión sean realizadas bajo un error invencible, y aquí se introduce una mejora técnica, que tal vez haya tardado demasiado tiempo en llegar, al distinguirse entre:

- a) Que recaiga sobre alguno de los elementos esenciales integrantes del tipo penal, y esto es ni más ni menos que el error en el tipo finalista, o
- b) Que recaiga en la consideración de la ilicitud de la conducta, bien porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta, y esto es ni más ni menos que el error en la prohibición finalista.

Cuando los errores sean superables, el legislador se remite al tratamiento penal establecido en el también nuevo artículo 66.

– En la *Fracción IX* se plantea el problema de la no exigibilidad de otra conducta, excluyente del delito que es una novedad, y que tiene un fuerte contenido ético-social. La no exigibilidad de otra conducta no es una elucubración meramente teórica, sino que está fincada en el mínimo ético exigible en el desarrollo del proceso social.

– Y, en la *Fracción X*, el legislador se refiere al caso fortuito en una alusión directa a la denominación, pero sin proporcionarle un contenido descriptivo.

En cuanto al nuevo artículo 16 su contenido viene de la mano de las reformas sufridas por el artículo 15, y se refiere a los casos de exceso en la legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, referidos en las fracciones IV, V y VI del artículo 15, manteniéndose la punibilidad de los delitos culposos. Y en el artículo 17 se produce otra novedad.

Los cambios de tal numeral son ciertamente relevantes, ya que al establecerse la posibilidad de investigar las excluyentes «a petición de parte», se le ofrece participación a quien, en definitiva, puede ser beneficiario de las mismas. Por último, el hecho de que las excluyentes puedan hacerse válidas «en cualquier estado del procedimiento» supone una evidente mejora del régimen anterior, y nos aboca, en este aspecto, a una concepción del derecho penal que consagra la visión del mismo como una última *ratio*.

Dada la profundidad e importancia de las reformas, continuaremos comentando éstas en otras entregas posteriores.