

## LA ESTRUCTURA DEL DELITO A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO PENAL Y SU REPERCUSIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL

José Guadalupe CARRERA DOMÍNGUEZ\*

La necesidad de un nuevo Código surge en la medida en que el ordenamiento anterior sea obsoleto, oscuro ineficaz, o represivo; ello nos lleva a reflexionar si serán suficientes esas razones para contar con un nuevo instrumento; consideramos que todo tiene su tiempo y su momento, y nuestro Código Penal data de 1931, han pasado 71 años y es obvio que las necesidades de aquella época han variado notoriamente, advertimos que en el actual Código hay descripciones de conductas obsoletas, se da duplicidad en los tipos penales, se propició la descripción de conductas penalmente relevantes en leyes especiales, se crearon figuras típicas que no debía conocer el derecho penal, se tornó represivo el Estado al aumentar las penas, existen fallas en la técnica legislativa, se mantienen conceptos intolerantes como “criado” y “selva”, existen agregados respecto de un artículo utilizando los términos bis, ter, cuater, quintus, sextus, hay una incipiente referencia respecto de la reparación del daño, etcétera. Es cierto que ha sido reformado en múltiples ocasiones, pero ello no implica modernidad, sino todo lo contrario: las reformas son origen de una política de Estado que en la mayoría de las ocasiones tendió a ser represiva. Tagore Rabindranath afirmaba: “Toda reforma impuesta por la violencia no corregirá nada el mal: el buen juicio no necesita de la violencia”.

Ahora bien, un nuevo Código Penal implica grandes retos, son de esperarse las críticas, las oposiciones, la indiferencia, lo cierto es que los resultados no pueden ser valorados, de un día para otro, sino a través de un periodo de aplicación e interpretación de la norma que permita establecer con claridad si se lograron los fundamentos y motivos del cambio.

No debemos permitir que las cuestiones partidistas o filosóficas en materia penal se conviertan en una lucha estéril, que nos conduzca a la

\* Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

inmovilidad de nuestras leyes o a un serio retroceso en la urgente necesidad de justicia que tiene nuestra sociedad. Ya Montesquieu advertía: “Las leyes inútiles debilitan las necesarias”.

La lucha en materia penal es fuerte y debe darse en varios frentes en relación con la pena, lo cierto es que no es factible apostar a que incrementando las penas de prisión, o imponien medidas más drásticas como la cadena perpetua o la pena de muerte se logren los fines de la pena que serían la eficacia de la prevención general y especial; la pena debe traducirse como una luz de justicia, equilibrio y comunicación entre el infractor con la norma y la sociedad. Benjamín Franklin afirmaba: “Las leyes demasiado benignas rara vez son obedecidas; las demasiado severas, rara vez ejecutadas”.

Respecto al tema que nos ocupa, podemos decir que la estructura del delito a la luz del nuevo Código Penal tiene cambios trascendentes (80%) en el Código vigente el fundamento del delito estaba en los artículos 7o., 8o., 9o., 13 y 15, en el Código nuevo su fundamento se encuentra en los artículos 15, 16, 17, 18 y 29, donde podemos advertir ciertas diferencias.

Así, en relación con el artículo 7o. vigente se dice: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. Esta descripción ya no aparece en el Código nuevo, pues en aquella redacción realmente no se define lo que era delito, sino que más bien tendía a respetar el principio de legalidad; esta omisión la considero acertada ya que definir lo que es el delito representa un conflicto de carácter filosófico, de allí que la concepción de delito se deje abierta a la interpretación de la ley partiendo obviamente de los principios más importantes del derecho penal.

El referido artículo 7o. vigente dice textualmente que “el delito puede ser instantáneo, permanente o continuo, y continuado”, redacción muy semejante en el artículo 17 del Código nuevo, donde “El delito, atendiendo a su momento de consumación puede ser instantáneo, permanente o continuo y continuado”.

Ahora bien, hay variables en la utilización de ciertos términos en relación con el delito instantáneo; se dice en el código vigente “que la consumación se agota en el momento que se han realizado todos los elementos constitutivos de la descripción legal”; en el nuevo ordenamiento se cambia palabra “constitutivos” por elementos “de la descripción legal”, término que obviamente es más técnico y preciso.

Respecto al delito continuado, se cambian varios términos; en el código vigente se dice textualmente “con unidad de propósito delictivo,

pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal”. El nuevo ordenamiento dice “unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal”.

Aunque aparentemente dice lo mismo, se puede interpretar en forma diferente porque no es lo mismo “precepto legal”, que puede tener una connotación más universal, que “tipo penal” que es más concreto.

En relación con el artículo 8o. que habla de las acciones u omisiones delictivas que solamente pueden realizarse dolosa o culposamente, se advierte que al definir el obrar dolosamente, en el artículo 9o. vigente se requiere que conozca de los elementos del tipo penal, en cambio en artículo 18 del nuevo Código hace alusión al conocimiento de los de los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, la diferencia es marcada ya que en el Código vigente se exige conocer no solamente los elementos objetivos descriptivos, sino también los normativos y subjetivos; en cambio en el Código nuevo se requiere nada más el conocimiento de los elementos objetivos del hecho típico, porque se supone que quien quiere realizar una conducta penalmente relevante, debe conocer la parte objetiva, porque se antepone el dolo para la realización de la conducta.

Respecto a la forma de consumación del delito, que puede realizarse por acción o por omisión, es totalmente diferente la redacción que se tiene de la omisión impropia o comisión por omisión, ya que el artículo 7o. del Código vigente se limita a tres supuestos en que puede incurrir el sujeto con calidad de garante: el derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente, concepción muy precisa y limitada que obligaba al Juez a delimitar el hecho y ubicarlo en cualquiera de estas hipótesis, pero en el mundo fáctico no siempre se podía hacer esa adecuación. El artículo 16 del Código nuevo requiere que quien tenga esa calidad debe ser garante del bien jurídico, es decir, ya no lo limita a las tres hipótesis del artículo vigente, por lo que su redacción es más amplia y sujeta a interpretación.

En el Código nuevo se sugiere que el garante, de acuerdo a las circunstancias, podría evitar el hecho y debe estar consciente de que su inactividad daría como resultado un delito. Posteriormente se define quién tiene la calidad de garante, pero no bajo el esquema del actual Código, sino en atención “a si el sujeto aceptó la custodia”, “si voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza,” con una actividad precedente, culposa o fortuita generó el peligro para el bien

jurídico o que se haya en efectiva y concreta posición de custodia de la vida, salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo. Considero positivo este cambio por ser más completo, aunque complejo en su interpretación, porque es de mayor exigencia para que se dé la postura de garante.

La forma de autoría y participación se encuentra actualmente descrita en el artículo 13 del Código Penal, fracciones I a la VIII; en el Código nuevo la encontramos en el artículo 22, en el que se suprimieron dos formas de autoría, la primera que alude a “los que acuerden o preparen su realización” y la última se dirige a “los que sin acuerdo previo intervengan con otros en su comisión cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo”.

Las razones por las que se suprimen estas dos formas de participación (en su sentido amplio) surgen de las teorías más aceptadas en relación con la autoría y participación, es decir, ubicar a quien solamente acuerde o prepare la realización del delito en forma separada de los otros supuestos de autoría, no es más que una ficción, al no ubicarlo a la par de quienes lo puedan realizar materialmente tan importante es quien lo planea como el que lo ejecuta, el primero sin el segundo no tendría sentido.

Por lo que hace a la fracción VIII del artículo 13 que se ha conocido como complicidad corresponsiva o autoría indeterminada, su ubicación al final del artículo 13 es indebida, ya que se le consideró un supuesto más de la gama de los partícipes, cuando es evidente que son autores materiales, porque todos los que intervienen realizan la conducta material y objetiva, lo incierto es quién produjo el resultado, pero eso no le quita su calidad de autor, pero derivado de la imprecisión de quien produjo el resultado; por eso debe estar regulada en forma separada con una pena menor. Por lo tanto es más técnica y atinada la redacción que se propone en este artículo.

En relación con las causas de exclusión del delito a que alude el artículo 15 del Código actual, y que en el nuevo Código se expresan en el 29, se advierte que hay cambios en su redacción; por ejemplo en la fracción I el Código actual utiliza el término “hecho” y en el nuevo Código utilizan los términos “actividad” e “inactividad”.

También se observan diferencias en las fracciones II, IV, V, VI, VII y VIII, cuya redacción que es más clara y precisa. Las causas de justificación, merecen un estudio más detenido y profundo que el que podríamos hacer en esta ocasión.

Ahora bien con independencia a la concepción que se le dé al delito en el nuevo Código, es necesario vincularlo con la ley procesal, en particular con los artículos relativos al concepto de cuerpo del delito, que va a dar vida al ilícito penal, este es el punto toral y determinante, para que el delito tenga un contenido dogmático ajustado a nuestra realidad.

Se ha dado un ir y venir de un concepto a otro entre cuerpo del delito y tipo penal, descalificando cada uno de sus partidarios el argumento filosófico del contrario, pero con independencia de ello, es evidente que el legislador toma una postura hasta cierto punto conservadora y proteccionista, al nuevamente reivindicar el concepto de “cuerpo del delito”, lo anterior se advierte en la exposición de motivos de la reforma constitucional de 1999, donde en forma clara reconoce la incapacidad del Ministerio Público para integrar la averiguación previa por la mayor exigencia que se tenía para acreditar el tipo penal, pero esta política de retomar la figura de “cuerpo del delito”, lejos de obtener mejores resultados, ha provocado desilusión, indiferencia, inseguridad jurídica y corrupción, porque la pretensión del legislador fue retomar un concepto añejo en el que para comprobar el cuerpo del delito se requerían solamente los elementos materiales de la infracción, es decir, dejar a un lado el elemento subjetivo y la forma de participación, para que esto se viera en la responsabilidad, concepción con una reminiscencia del sistema causalista.

El problema estriba no sólo en la denominación de la figura, sino en sus contenidos, de allí que todos los que intervengan en la procuración y administración de justicia, no pueden desvincular el cuerpo del delito del tipo penal; como decía Eduardo Herrera Lasso y Gutierrez:

Dada la connotación constitucional del término “cuerpo del delito”, es fácil concluir que entre tipo y cuerpo del delito existe una relación de continente a contenido, pues siendo el primero un concepto penal abstracto y el segundo una noción que mira a la realidad, comprobar el cuerpo del delito no es otra cosa que verificar plenamente, en el caso concreto, la existencia de todos y cada uno de los elementos fácticos que cumplen el tipo.

Es decir, es importante que en las reformas a la nueva ley procesal se dé una definición para comprobar el cuerpo del delito, más congruente con una dogmática penal basada en un Estado democrático de derecho, de no hacerlo así, la procuración y administración de justicia no dejará de caminar pero con una terrible inseguridad jurídica al aplicar normas que ya están en desuso.

Es pertinente analizar las consecuencias que trae implícito un cambio de esta naturaleza; siempre que existe un ordenamiento legal nuevo, la reforma lleva implícito cierto desequilibrio, no solamente en la mente del gobernado, sino de la autoridad que la aplica, es evidente que un nuevo Código Penal traerá muchas consecuencias, ya que repercutirá en la doctrina y la jurisprudencia, donde una nueva ley con contenido diferente al anterior puede traer aparejada su falta de vigencia en la jurisprudencia, según el tópico que se trate.

La repercusión se va a reflejar más con la autoridad ejecutora, ya que al señalar la nueva ley una pena inferior para un determinado delito, tiene que adecuar la pena y acatar lo que disponía el artículo 56 del Código Penal vigente con lo que en el nuevo Código establece el artículo 10, bajo el rubro “Principio de ley más favorable”, pero con ello obviamente va a provocar que se libere a muchos sentenciados.

El transitorio quinto del Código nuevo establece: “III. La autoridad ejecutora, al aplicar alguna modalidad de beneficio para el sentenciado, considerará las penas que se hayan impuesto, en función de la traslación del tipo, según las modalidades correspondientes”. Considero que este transitorio es violatorio del artículo 21 constitucional, ya que traslada una función estrictamente de carácter jurisdiccional al Ejecutivo y por ende hay invasión de funciones.

Existe el riesgo de que en vía de amparo se resuelva que hay supresión de tipos penales, ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 371 (robo específico); en el Código nuevo se aprecia como una circunstancia agravante del robo, lo grave es que la redacción es totalmente diferente; en el artículo 371, se requiere que intervengan por lo menos dos sujetos, que utilicen violencia, o la acechanza, donde se ponga en condiciones de desventaja a la víctima, es decir, es un tipo acumulativamente formado que exige varios requisitos, en cambio la fracción II del artículo 225 del nuevo Código (que se supone es la hipótesis que sustituye al robo específico), requiere una o más personas armadas o que porten instrumentos peligrosos. Como podemos advertir hay una supresión total del tipo penal, porque los requisitos son totalmente diferentes.

Y si observamos con detenimiento lo referente a las formas de autoría y participación al no considerarse en el nuevo Código al autor intelectual y al autor indeterminado (establecidos en las fracciones I y VIII del Código vigente), como consecuencia quien esté condenado por esta forma de par-

ticipación en la comisión de un delito podría liberarse, porque se invocaría en forma estricta la aplicación de la ley más favorable.

Es importante tener conciencia que si no existe una reforma integral a todo lo que tenga relación con la procuración y administración de justicia, congruente con una política criminal que se base en un Estado democrático de derecho y en nuestra realidad, no tendrá ningún sentido un nuevo Código Penal y Código de Procedimientos Penales, si los demás ordenamientos e instituciones no impulsan los cambios requeridos.

Por señalar un ejemplo, independientemente de que el cuando juez impone una pena menor de cuatro años de prisión puede concederle algún sustitutivo o beneficio al sentenciado, la Ley de Ejecución de Sanciones Penales del Distrito Federal determina cinco supuestos donde se puede reducir la pena de un sentenciado; este punto es el que más inquieta; pues derivada de la pena impuesta por el órgano jurisdiccional, ésta pierde su eficacia, ya que con independencia de que sea nula la prevención especial en nuestro país, donde la resocialización del individuo realmente sea efectiva al purgar la pena, es una frustración saber que bajo estos beneficios a un sentenciado se le reduce la pena hasta una sexta parte, por ejemplo con una sentencia de siete años, al año ya puede obtener su libertad anticipada.

Si un sujeto con una condena de 26 años de prisión por homicidio se acoge al tratamiento de libertad preliberacional al computar el 50% de la pena, se le reduce a trece años, y en relación con la remisión parcial de la pena que es el de dos días de trabajo por uno de prisión se disminuye otro 50% y la pena se reduce a seis años seis meses, esto nos conduce a reflexionar que el procedimiento penal no cumple con su propósito.

Bien decía Voltaire que “el ultimo grado de la perversión es hacer servir las leyes para la injusticia”, y por ello debemos estar preparados para los cambios que implica un nuevo Código Penal.