

REFORMAS PENALES

Álvaro BUNSTER*

El Código Penal de 1931 reconoce precedentes legislativos foráneos arduos de pesquisar en su origen y en su influencia dentro del cuerpo total, y es a la vez legatario de materiales conceptuales cuyo mérito de vernáculos se ve empañado en ocasiones por una dosis de desacierto. Esto ha acarreado entre otros efectos deplorables, desconcierto en cuanto a la política criminal implicada en sus preceptos e insatisfacción por lo que hace a su técnica legislativa, en todo lo cual pudiera divisarse el motivo para las muchas, ciertamente demasiadas, modificaciones de que desde entonces ha sido objeto. Prescendencia hecha de las alteraciones efectuadas a su texto hasta 1984, es en verdad en ese año cuando se inaugura seriamente su reforma, bajo el signo de hacer de un código penal defensista, por su apego a la peligrosidad, un código penal de culpabilidad, donde se destacan, entre otros rasgos, una fórmula legal de la inimputabilidad y un efecto exculpante acordado al error de prohibición invencible. Esto ha contribuido claramente a discernir la orientación del Código. Por lo que atañe, a su técnica legislativa, los preceptos relativos al delito, amén de los concernientes a la pena y demás formas de coerción, se han visto en varios aspectos enriquecidos en su contenido y perfeccionados, con lo que no quiere implicarse en manera alguna, que esta importante reforma haya tenido en mira una modernización cabal del texto.

Entre nosotros se ha hecho costumbre, sobre todo a partir de lo que podríamos denominar la recepción de las conclusiones de la dogmática germana, dada principalmente a conocer en Iberoamérica por Jiménez de Asúa, por algunos penalistas de nuestros países y por la traducción de unas pocas obras sistemáticas importantes, de asociar nuestras sucesivas reformas a evoluciones en el pensamiento teórico germano sobre las bases de la imputación penal. Esto es aceptable en medida muy reducida en las reformas de 1984-1985 que recordamos. Más discutible sería, ese aserto rela-

* Secretario Académico del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

tivamente a las reformas de 1994, de que, por cierto, no puede prescindirse en cualquier análisis de las modificaciones de los últimos cinco años a la Constitución, al Código Penal y a los de procedimientos penales de la Federación y del Distrito, sobre el que versa este trabajo.

Se ha afirmado entre nosotros, y así lo han hecho, *v.gr.* las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Justicia y Estudios Legislativos, Primera Sección, al ocuparse de la reforma de 1993 a los artículos 16 y 19 de la Constitución, el carácter “finalista” de aquella y a las que consiguientemente afectan en esa época al Código Penal y a los códigos procesales penales federal y del Distrito, introduciendo la pertenencia del dolo al tipo, postulada por la teoría de la acción final. Antes que esmerarse en reconocer padrinazgos teóricos a una modificación constitucional y legislativa, nos parece necesario tener en cuenta las circunstancias en que fue elaborada, y si en verdad se trataba de erradicar conceptos como el de “cuerpo del delito” por otros que satisficieran mejor las necesidades y la eficacia de la justicia. Indudablemente, de eso se trataba en esta área de la reforma de 1994. ¿Poseía fundamento racional la solución que se intentó, por lo que hace al tipo y sus elementos, en la reforma de 1994?

Las minoritarias y aisladas voces, que previnieron acerca de los riesgos de una “sustantivación” del derecho procesal penal, como proclamaban, y que llamaron a reflexionar acerca de que “tipo” y “cuerpo del delito”, aunque enunciados normativos ambos, ostentaban contenido y función diferentes, no fueron oídas. No conocemos intento alguno de la doctrina o la jurisprudencia nacionales, durante la vigencia de aquella reforma, por interpretar los “elementos del tipo” y su consiguiente despliegue en los artículos 168 y 122 de los respectivos códigos procesales penales, sobre la premisa de que la presencia de un precepto en un ordenamiento que no parece normalmente el suyo no acarrea por necesidad su inconsulta restitución a aquél, sino, acaso, la afirmación de su genuina pertenencia al mismo; en otros términos, de que ese precepto sirve al contexto en que se halla porque le cabe allí una función que es propia de él, diversa de la que le correspondería en el contexto al que supuestamente pertenecería, en razón de que su contenido ha de dilucidarse, en este caso, en el seno del proceso penal en sentido *lato*, y no en el de las bases generales de la imputación penal, que es un plano de significado diferente. Si esto tiene algún fundamento, habría sido posible entender los artículos 168 del Código Procesal Federal y 122 del Distrito, antes de la reforma de que han sido últimamente objeto, no en el sentido de una sustantivación de reglas

procesales para ponerlas a tono con una concepción teórica dada en un mundo científico de alto desarrollo, —y de soslayo en los códigos procesales, no en el penal— sino a la luz de los problemas, que a la sazón se suscitaban a la administración cotidiana de la justicia penal en este país, donde había llegado a reinar oscuridad en cuanto al sentido y límites del deber propio de los órganos de procuración y de administración de justicia. Irónicamente, esa situación parecería haberse trastocado más tarde, en el sentido, ahora, de un Ministerio Público que parecía no saber integrar la averiguación previa, y de órganos jurisdiccionales que parecían faltar a su deber para con las necesidades y la eficacia de la justicia, enviando al archivo los expedientes de una averiguación previa insuficientemente integrada.

En medio de estos problemas, parece obligatorio prestar la debida atención a la función que cabe al tipo en los elementos del delito y de su análisis. El tipo es, en verdad, el conjunto de las características que la ley abstrae de una conducta humana para distinguirla y señalarla como contraria al derecho penal, en razón de ser intolerable para la sociedad, y que aparece así como punible por lo general. Esta generalidad se refiere, a que tal concepto vale respecto de todos los súbditos del orden jurídico, como a que vale en tanto no medie un precepto permisivo o una causa de inculpabilidad. El concepto mismo, así como las dos salvedades señaladas, son propios de las normas penales sustantivas, del derecho penal en sentido estricto. Transportarlas al derecho procesal penal importaría un proceder metódicamente errado, porque mientras, como acabamos de decir, las normas del derecho penal sustantivo relativas a la infracción son bases abstractas de la imputación penal, constituyen una conminación dirigida a la generalidad de los individuos sujetos a ellas, sin relación a un hecho concreto acaecido, las normas relativas al proceso, aunque dirigidas también a todos los súbditos del derecho, sólo rigen en presencia de un hecho humano históricamente acontecido que es menester comprobar de una manera concreta e individualizadamente en un momento temprano de su averiguación. Se trata del *constare de delicto* puesto a cargo del tribunal especial de la Inquisición en la Italia de la Edad Media, bautizado como *corpus delicti* por Farinaccio en las postrimerías el siglo XVI. Es muy claro, que este cuerpo del delito es un concepto normativo en los códigos procesales, del mismo modo que lo es el tipo en el Código Penal, cada uno seguido de la sombra de su propia dogmática. Estoy en veda, por el tema que tengo adjudicado, de dedicarle a este último algo más que

unas pocas palabras. Aquel *corpus delicti* de Farinaccio era un *corpus* que, digamos, a causa de su misma corporeidad, debía ser comprobado por sus huellas y demás indicios exteriores, en su estricta objetividad, pero ocurre que mucho antes de nuestro tiempo, no más tarde que a comienzos del siglo XVIII, ya había comenzado en más de un país de Europa, la evolución hacia un *corpus delicti* que, al comprobarse, dejaba plenamente establecida, no la estricta materialidad, sino, percíbase bien, *in concreto*, el “suceso que se subordina al concepto abstracto del delito”. De ahí en adelante, esa concepción se ampliaría hasta dejar dentro, no diremos ya del “cuerpo del delito”, sino del tipo, pero, subrayémoslo, al hecho real como objeto del proceso *sub lite*, todos los que dejaban dentro del tipo como sus elementos los artículos 168 y 122, respectivamente, antes de las últimas reformas. El *juge d'instruction* o, en nuestro caso, el Ministerio Público, en su faena de completar, o de integrar el acontecimiento, debía efectuar la reunión de aquellos componentes de lo acaecido en el plano de la realidad teniendo en mente, en todo momento, lo que éstos, de hecho, reflejaban de lo recogido abstractamente por el enunciado de la ley, como el médico recoge para los efectos de su diagnóstico, si se nos permite un símil extraño al mundo de las normas, sólo los síntomas por él conocidos, propios del cuadro de la enfermedad previamente descrita por la medicina.

Nos parece, que en este modo de legislar de 1994, además de una preocupación por el perfil técnico y sistemático, había un desvelo por las garantías del imputado, máxime si éste se hallaba privado de libertad, en el sentido de no arrastrarlo precipitadamente al proceso sin motivo bastante por lo que concierne al claro y debido establecimiento, sobre todo, de los extremos del hecho, sin lo cual no puede fructificar prosecución penal alguna. Las modificaciones introducidas en los últimos cinco años a la Constitución, destinadas a desbrozar el camino a la reforma del Código Penal y de los códigos procesales, inspiradas más en la eficacia de la justicia que en la propia esencia de ésta, no han comenzado en el plano sustantivo por definir el tipo, cosa que tampoco hacía en esa sede la de 1994, sino que, indirectamente, a propósito de la norma segunda del artículo 15 del Código Penal Federal, excluyente del delito por ausencia de tipicidad del hecho, la hacen decir ahora que tal exclusión tiene lugar cuando “se demuestre la inexistencia de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate”, con lo cual dejan columbrar una concepción más limitada del mismo, en cuanto, por una parte, eliminan de éste, a la

luz de este nuevo texto, los elementos normativos, que son extraños de suyo a la idea de “descripción”, y, supuestamente el dolo, en tanto éste no es, en la técnica legislativa moderna, objeto de descripción en el tipo, sino de un enunciado general, que el Código contenía y sigue conteniendo después de las reformas del último quinquenio.

Por lo que atañe a la inclusión de la subjetividad del hecho, ya es tiempo de lidiar con algunos ribetes de la última reforma. La incrustación por la reforma de 1994 de la idea de tipo y sus elementos en el sistema procesal penal, en sustitución del *corpus delicti*, no se ve antecedida de una definición del primero y una enumeración de los segundos al modificarse el Código Penal. Allí el tipo aparece aludido formalmente en varias partes del texto sin que en ninguna de ellas se le defina; la ausencia de tipicidad del hecho, como causa de exclusión del delito, se enuncia sin compromiso alguno con el contenido del tipo, pura y simplemente como “falta de alguno de los elementos del tipo del delito de que se trate”; una referencia a los “elementos del tipo” se encuentra sólo en la especificación de los objetos del conocimiento necesario al dolo en el artículo 9. Por lo que concierne a la reforma última, ésta mete mano en el Código Penal y, puesto que en él no encuentra una definición positiva del tipo, transforma el enunciado del artículo 15 fracción II en el siguiente: Artículo 15: “El delito se excluye cuando: ...Fracción. II: Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate”. Con esto, disimuladamente, se eliminan del tipo sus elementos normativos, cuando es el caso, ya que lo normativo no puede formar parte de una descripción y, asimismo, se entiende suprimir del tipo el dolo, con la posición central que modernamente se le ha atribuido en el llamado tipo subjetivo. Es oportuno mencionar, sin embargo, que la razón de texto que se quería invocar en adelante en el código sustantivo para entender suprimido el dolo carece absolutamente de consistencia: es una razón de economía enunciativa la que releva al legislador de expresar en cada figura delictiva la referencia al dolo como parte de su contenido, argumento que vale también para la culpa. Como se advierte, es perfectamente posible interpretar la ley en el sentido de que el dolo pertenece al tipo, independientemente de que la ley procesal, para sus propios fines, lo tenga o no por integrante del cuerpo del delito.

Sobre esto evito en lo posible, las disquisiciones dogmáticas y el adscribir la inclusión del dolo en el tipo a ésta o aquella concepción del delito, adscripción que nos parece fundada y conveniente si se trabaja con la

ley desde el punto de vista de su gravitación real sobre los súbditos del orden jurídico. La integración del dolo (o de la culpa) en la averiguación previa, no ofrece problemas sino en casos extremos, pues el uno y la otra suelen aparecer palmariamente de los datos del proceso, con mayor certeza, es verdad, en algunos tipos de acción u omisión que en otros, y sin que lo dicho importe, por supuesto, echar mano de la presunción de dolo. Es el caso, por ejemplo, de la forja o falsificación de moneda o documentos, y puede serlo, en el supuesto de robo en que la cosa faltante en una fábrica es encontrada en el curso de la averiguación en la casa de uno de sus obreros. Y, por otra parte, no es producto del capricho que, recibida una denuncia por daños o lesiones causadas en un accidente automovilístico, se proceda sintomáticamente, y de modo casi instintivo, a su ingreso en rol con la designación de delito imprudente.

Nos atrevemos, todavía, a unos breves alcances a ellas en aspectos procesales, por su inopinado e ilógico enlazamiento con la norma sustantiva alterada. Comprobar el cuerpo del delito es, según el crudo enunciado del actual artículo 122, segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, acreditar los “elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito”. Y puesto que de allí se excluyen los elementos normativos y subjetivos, por no constituir la materialidad del hecho, se dice ilógicamente que cuando la descripción legal, es decir, el tipo del derecho penal sustantivo, los incluya como elemento constitutivo esencial (y no sabemos de elementos de un tipo correctamente configurado que no sean esenciales), entonces será necesaria su acreditación para la comprobación del cuerpo del delito, con lo que, por una parte, aparece contradicha la definición de cuerpo del delito y, por otra, abandonado este último concepto para resucitar el de tipo y sus elementos, sustituido para funciones procesales por la reciente reforma. El actual artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales agrega a la cruda definición ya reproducida de cuerpo del delito la mención, en párrafo aparte, de los elementos normativos, que, como ha quedado dicho, no hacen a la materialidad del hecho, pero no incluye allí, por su parte, los subjetivos, por haberlos considerado antes en el primer párrafo del artículo 134, al que se ha agregado un segundo, de oscura redacción y contenido difícilmente explicable, en virtud del cual, dicho con toda brevedad, queda facultado el Ministerio Público para ejercitar la acción penal, aún sin acreditar los expresados elementos subjetivos, caso en que puede el juez pronunciarse sobre su ausencia después

de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, sin perjuicio del derecho del inculcado a acreditar la inexistencia de tales elementos subjetivos del tipo. En verdad, este precepto es del todo redundante, atento lo prescrito en el primer párrafo de este mismo artículo 134, a saber, que acreditado el cuerpo del delito y la responsabilidad probable del indiciado, como la reciente reforma los entienden, no hay necesidad de comprobar plenamente la forma de realización de la conducta, esto es, la condición de autor o cómplice, los sobredichos elementos subjetivos específicos y las demás circunstancias que la ley prevea. No debiera, pues, sorprender que las cárceles puedan haberse visto henchidas de súbito.