

PANEL DE ANÁLISIS A LA LEGISLACIÓN EN MATERIA PENAL

30 de abril de 2004



MEMORIA



LIX LEGISLATURA
H. CONGRESO DEL ESTADO

Diseño de cubierta: Coordinación de Comunicación Social del
H. Congreso del Estado de Guanajuato
Diseño y edición de interiores: Ulyses Editor-Kardumen. Servicios Creativos

LIX LEGISLATURA
H. CONGRESO DEL ESTADO DE GUANAJUATO
© Por esta edición: Instituto de Investigaciones Legislativas
Callejón de la Condesa Núm. 7
Centro. 36000. Guanajuato, Gto. México
Tel. (473) 73-2-98-00 ext.253

Primera edición, 2004

Impreso en México / *Printed in México*

Esta publicación no puede ser reproducida, incluyendo el diseño de la cubierta y de páginas interiores, ni todo ni en parte, ni registrada en, o transmitida por, un sistema de recuperación de información, en ninguna forma, ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito del Instituto de Investigaciones Legislativas del H. Congreso del Estado de Guanajuato.

ÍNDICE

<i>Presentación</i> , Mario Antonio Revilla Campos	9
La situación actual del nuevo <i>Código Penal para el Estado de Guanajuato</i> . Perspectivas para una eventual reforma. Especial referencia a la Parte General LUIS FELIPE GUERRERO AGRIPINO	13
Propuestas a la Parte Especial del <i>Código Penal para el Estado de Guanajuato</i> MIGUEL VALADEZ REYES	41
Análisis del <i>Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato</i> . Estado actual y conveniencia de modificación JORGE ESTRADA ÁLVAREZ	73
APÉNDICE	
I. Situación actual del nuevo <i>Código Penal para el Estado de Guanajuato</i>	99
II. Reformas Código Penal	107
III. Análisis del <i>Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato</i>	135

La situación actual del nuevo Código Penal para el Estado de Guanajuato. Perspectivas para una eventual reforma. Especial referencia a la Parte General

*Luis Felipe Guerrero Agripino**

S U M A R I O

Introducción. **PRIMERA PARTE.** REFERENCIA AL CONTENIDO DE LA PARTE GENERAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA SISTEMÁTICA DEL DELITO. I. La ubicación del *Código Penal* en el contexto del sistema penal. I. 1. *El tratamiento criminológico.* I. 2. *El tratamiento político criminal.* I. 3. *El tratamiento jurídico-penal.* II. Estructura básica del *Código Penal*. III. La Parte General del *Código Penal*. III. 1. *Notas generales sobre las disposiciones reguladoras de la sistemática del delito.* IV. Referencia a la sistemática derivada del nuevo *Código Penal para el Estado de Guanajuato*. Sus principales novedades. IV. 1. *La acción.* IV. 2. *El tipo penal.* IV. 2. 1. ASPECTOS A CONSIDERAR AL INCORPORAR O REFORMAR TIPOS PENALES. IV. 3. *La antijuridicidad.* IV. 4. *La culpabilidad.* IV. 5. *El tratamiento de los menores infractores.* V. Regulación de las consecuencias jurídicas. **SEGUNDA PARTE.** ASPECTOS CONTROVERTIDOS. I. La regulación de la autoría. I. 1. *Delimitación del problema.* I. 2. *Tratamiento y propuesta.* I. 3. *Perspectivas sistemáticas en torno a otras manifestaciones de la criminalidad grupal y propuestas de interpretación.* II. El tratamiento de la omisión impropia (comisión por omisión). II. 1. *Planteamiento.* II. 2. *Las modalidades sistemáticas de la omisión.* II. 3. *La problemática para determinar el deber jurídico de actuar en la comisión por omisión.* II. 4. *Toma de postura.* Conclusiones. Bibliografía.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España; maestro en Ciencias Jurídico Penales. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato; miembro del Departamento de Investigaciones Jurídicas de esa institución.



INTRODUCCIÓN

La creación y modificación de leyes son de las tareas estatales más delicadas; por ello requieren un cuidado riguroso. Ante la preocupación por ofrecer instrumentos jurídicos idóneos no deben perderse de vista el contenido, la esencia y los alcances de los Códigos porque constituyen una estructura compleja. Por ende, una modificación puede repercutir en otros ámbitos del ordenamiento.

Esta alerta se agudiza tratándose de la legislación penal y particularmente de los Códigos Penales, debido a los valores que tutela y a los medios que emplea: las penas y las medidas de seguridad; se trata de los recursos más drásticos que tiene el Estado ante el gobernado. Además, los Códigos Penales suelen ser foco de interés de grupos o sectores sociales; generalmente se piensa que en los ordenamientos punitivos se encuentran soluciones para problemáticas de diversa índole. Pero la mayoría de las ocasiones no es así.

El *Código Penal para el Estado de Guanajuato* no se encuentra exento de esa tendencia. A dos años y tres meses de su vigencia, hay tendencias en torno a la necesidad de su reforma. Al respecto, anticipamos nuestra postura: antes de iniciar cualquier proceso de reforma, es necesario elaborar un diagnóstico general sobre dicha legislación. Posteriormente, analizar detenidamente los aspectos controvertidos derivados de ese análisis y después, en su caso, plantear posibles reformas.

Acordes con esa propuesta, en este espacio trataremos de elaborar una breve referencia sobre el nuevo *Código Penal para el Estado de Guanajuato*, haciendo hincapié en la sistemática del delito que de él se deriva. Realizaremos nuestra exposición a partir de un análisis deductivo, estructurado en dos partes. En la primera, ubicaremos la posición que guarda el derecho penal en el contexto del sistema penal en general. Posteriormente-

te, nos referiremos a la estructura básica de los Códigos Penales. Después, enfocaremos nuestro estudio a la Parte General, particularmente en lo concerniente a las disposiciones que regulan la sistemática del delito. En la segunda parte nos referiremos a dos aspectos que estimamos controvertidos en este nuevo Código Penal: la regulación de la autoría y la estructura de la *cláusula de transformación* en el ámbito de los delitos de omisión impropia.

Entendemos el grado de dificultad que representa abordar tan complicada temática en una exposición de esta índole. Se requiere mantener un equilibrio entre el rigor técnico, la profundidad de los planteamientos y la brevedad. Haremos nuestro máximo esfuerzo para poder, cuando menos, acercarnos a ese requerimiento.

PRIMERA PARTE

REFERENCIA AL CONTENIDO DE LA PARTE GENERAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA SISTEMÁTICA DEL DELITO

I. La ubicación del Código Penal en el contexto del sistema penal

Antes de ubicarnos en la legislación penal y particularmente en el Código Penal, es necesario partir de un punto de referencia básico: la existencia del fenómeno de la criminalidad y la forma de atender esa problemática. Ambos aspectos constituyen la materia sustancial que debe orientar todo análisis jurídico penal. Este doble enfoque debe asumirse con una visión integral que comprende varios ámbitos. Haremos una breve referencia a cada uno de ellos.

I. 1. El tratamiento criminológico

El fenómeno de la delincuencia debe abordarse, primeramente, desde el plano criminológico. Deben estudiarse sus causas, efectos y modalidades. Mediante la criminología, disciplina causal explicativa, es posible obtener elementos que nos permitan, desde una perspectiva fenomenológica, entender los factores y los alcances de la problemática criminológica estudiada.

I. 2. El tratamiento político criminal

Una vez obtenidos los elementos criminológicos, corresponde al Estado adoptar medidas para el tratamiento de la problemática. Para ello, debe instrumentar estrategias y políticas públicas de diversa índole, no necesariamente jurídicas. Llegado el momento, puede acudir al ámbito jurídico y en caso extremo al derecho penal. Esta dinámica es lo que se conoce en la doctrina como el principio de la *última ratio*. Dicho principio implica la exigencia de agotar todas las instancias antes de acudir al derecho penal, por ser éste el recurso más riguroso de que dispone el Estado.

Debe prevalecer una política criminal estatal que oriente dicho tratamiento. A su vez, esta política debe permanecer acorde a un determinado sistema. No existe una política criminal universal; las hay en razón del modelo estatal respectivo. En nuestro caso, el modelo de Estado social y democrático de Derecho debe orientar su rumbo.

En este sentido, toda medida estatal que se adopte, sobre todo cuando implica ejercer la potestad punitiva, debe permanecer acorde a los límites derivados de los derechos fundamentales y, en su instrumentación, materializarse la esencia de la división de poderes. Dicho en otras palabras, para atender la problemática de la delincuencia, el Estado tiene la posibilidad de acudir a sus medios más rigurosos. Pero esa potestad no es un *cheque en blanco*; debe estar limitada. Sólo así puede ser acorde a los postulados básicos del Estado de Derecho.

I. 3. El tratamiento jurídico-penal

Decíamos que, llegado el momento, el Estado puede acudir al ámbito jurídico-penal y particularmente al derecho penal. Dada la trascendencia de tal decisión estatal, consideramos pertinente hacer una breve referencia al contenido básico de esta rama del derecho, antes de abordar aspectos más detallados.

El objeto de estudio del derecho penal lo conforma sustancialmente el delito y sus consecuencias jurídicas: las penas y las medidas de seguridad. Por lo delicado de dicho objeto, en su diseño, estudio y aplicación se debe tener especial cuidado en tres aspectos: la salvaguarda de la legalidad, mantener el rigor técnico y tener presente la aplicación práctica de las disposiciones jurídico-penales. En ese contexto, hay que tomar en cuen-

ta una circunstancia: el legislador es la primera instancia estatal que asume una definición en torno al contenido y a la orientación del sistema jurídico. Si un juez se equivoca, es más fácil que pueda enmendarse el error, pero no es así para el legislador. Por ello, en esta instancia se deben extremar las precauciones.

Ante ese panorama, no quisiera pasar por alto una pregunta que debemos plantearnos antes de modificar un código penal: ¿para qué sirve el derecho penal? Parece una cuestión obvia, pero suele olvidarse. El derecho penal sirve fundamentalmente para dos cosas: para proteger bienes jurídicos —sólo los más importantes— y para limitar el *ius puniendi* estatal. Si le atribuimos fines más ambiciosos, existe el riesgo de generar falsas expectativas en la ciudadanía, lo cual puede resultar contraproducente.

II. Estructura básica del Código Penal

Los códigos penales que tienen una estructura metodológica basada en la influencia europea, particularmente alemana —como es el caso de todos los códigos penales del país— se dividen en dos grandes rubros: una Parte General y una Parte Especial.

En la Parte General encontramos disposiciones aplicables a todos los delitos y algunas otras susceptibles de aplicarse a ciertos supuestos. Se divide, a su vez, en tres partes: en la primera se regulan las disposiciones relativas a los ámbitos de aplicación de la ley penal y las garantías mínimas requeridas para posibilitar esa aplicación. En la segunda parte se establecen las normas reguladoras del contenido del delito en general. Por último, la tercera parte contiene las disposiciones que regulan las modalidades de la pena y las medidas de seguridad, así como los requisitos para su aplicación.

En la Parte Especial se contienen los supuestos de hecho específicos y su consecuencia jurídica. Es decir, ahí encontramos el catálogo de delitos y la punibilidad que corresponde a cada uno de ellos.

III. La Parte General del Código Penal

La Parte General del Código Penal se caracteriza por su elevado contenido teórico y la necesidad de otorgarle un enfoque congruente con la praxis. Hay una paradoja importante: esta parte es la más abordada por la doctrina, pero la menos recurrida en la práctica. Es común pretender encontrar

soluciones a casos importantes en la Parte Especial de manera infructífera, porque el tratamiento debe hacerse desde la Parte General.

Ahora, es importante hacer una aclaración de suma importancia. La separación de los códigos penales, en Parte General y Parte Especial, atiende a fines de carácter técnico, metodológico y didáctico. En consecuencia, en su aplicación, debemos sistematizar integralmente ambos apartados. La instrumentación de la Parte General debe proyectarse a delitos específicos. Por otra parte, las figuras delictivas reguladas en la Parte Especial deben estar sometidas a las reglas de la Parte General. Sólo así se pueden elaborar soluciones con rigor técnico y solidez sistemática.

III. 1. Notas generales sobre las disposiciones reguladoras de la sistemática del delito

De las disposiciones generales reguladoras del delito, se deriva lo que se conoce como sistemática del delito. Comprende la estructuración del delito en varios elementos, cada uno de ellos con diverso contenido. Esta estructura es de elemental trascendencia para el juzgador porque, para configurar la existencia del delito regulado en la Parte Especial, tienen que actualizarse todos los elementos.

La sistemática del delito se traduce en la regulación de las fronteras de lo que algo puede ser objeto de una pena o medida de seguridad. Son requerimientos mínimos y de carácter general para que un determinado comportamiento sea punible.

La técnica legislativa implementada para diseñar dicha sistemática consiste en diseñar las disposiciones, bien sea en sentido positivo, definiendo el elemento correspondiente o describiendo su contenido, bien en sentido negativo, precisando los requisitos para la exclusión del elemento respectivo. En suma, corresponde al legislador dar las pautas para que en la aplicación del código, el intérprete o los órganos de procuración e impartición de justicia vayan corroborando, en el análisis del caso, cuándo se actualiza cada elemento o cuándo no se configura su existencia.

Sin entrar en mayores disquisiciones teóricas, podemos decir que la sistemática del delito se construye con los siguientes elementos: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Asimismo, el tipo penal puede realizarse bajo diversas modalidades: de manera consumada o en grado de tentativa; con un autor único o con varios (autores o partíci-

pes); o bien, en un solo contexto criminal pueden concurrir varios delitos (concurso). Todo ello se regula en las disposiciones de la sistemática del delito.

IV. Referencia a la sistemática derivada del nuevo *Código Penal para el Estado de Guanajuato*. Sus principales novedades

El ARTÍCULO 11 del Código Penal anterior proporcionaba una definición del delito. Dicho precepto establecía: «Delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible.» En cambio, el Código actual prescinde de tal referencia. Desde nuestro punto de vista, ofrece una sistemática más técnica, propicia mayor cobertura a nivel teórico y proporciona mejores alternativas para la solución congruente de los casos.

A continuación haremos una brevísima referencia a los elementos del delito que se desprenden de dicha legislación. Desde luego, no es el espacio para hacer mayores referencias de carácter teórico. No obstante, es necesario, por lo menos, aclarar que en cada elemento subyace todo un marco ideológico y conceptual.

IV. 1. La acción

Durante mucho tiempo, la doctrina se desgastó en pretender construir un concepto prejurídico y general de acción que sirviera de base a toda la sistemática del delito. Sin embargo, se han seguido otros derroteros más apegados a la realidad. En concordancia con ello, en el Código Penal no se elabora definición alguna de la acción —lo cual nos parece adecuado—, sólo se limita a determinar, primeramente, que el delito puede ser cometido por acción u omisión (ARTÍCULO 8). Asimismo, puntualiza como primera causa de exclusión del delito (ARTÍCULO 33, fracción I), la ausencia de acción. Es decir, cuando el hecho se realiza sin voluntad alguna del sujeto, no hay relevancia jurídico penal.

Un aspecto importante en el ámbito de la acción es su correspondiente vínculo con el resultado. No basta la existencia de un determinado comportamiento y un resultado, es necesario que éste sea atribuible a dicho comportamiento. Esta relación en un tiempo fue identificada como el nexo causal y bajo una concepción más evolucionada comprende la denominada imputación objetiva. Esta conexión está regulada en el ARTÍCULO

9, el cual establece: «Ninguna persona podrá ser sancionada por un delito si la existencia del mismo no es consecuencia de la propia conducta.»

IV. 2. El tipo penal

Éste es uno de los elementos de mayor contenido sistemático y político criminal. En él subyace uno de los principios garantistas más importantes en un Estado democrático de Derecho: el principio *nullum crimen sine lege*. Es decir, el Estado no puede sancionar algo que no esté previamente descrito por el legislador. Por ello, a grandes rasgos, podemos definir al tipo penal como la descripción que hace el legislador del comportamiento susceptible de ser punible. Es el hecho desvalorado por el legislador, a través de una construcción técnica. Esa técnica se traduce en la incorporación de elementos. Dichos elementos pueden ser de naturaleza eminentemente descriptiva (referidos a manifestaciones externas, como por ejemplo: «privar de la vida»). También pueden ser normativos, cuando para su determinación se requiere hacer una valoración jurídica, social o cultural (por ejemplo: «bien mueble», «servidor público», «deshonra»). Los hay también de carácter subjetivo, cuando se regula un ánimo o intención específico (por ejemplo: «sin el propósito de llegar a la cúpula»). Además, es importante hacer notar que el tipo penal puede realizarse en forma dolosa o culposa (ARTÍCULOS 12 a 14).

Aunque tal descripción se hace en la Parte Especial, debe sistematizarse a partir de las disposiciones de la sistemática del delito en general. Piénsese, por ejemplo, en la trascendencia que tiene el actuar bajo un error con respecto a uno de sus elementos (error de tipo), supuesto regulado en la fracción VIII, inciso a, del ARTÍCULO 33, en relación con el ARTÍCULO 15. O bien, cuando se comete de manera omisiva (segundo párrafo del ARTÍCULO 9). También cobra relevancia cuando se realiza con intervención de varios (ARTÍCULOS 20 a 27); o bien, al realizarse en grado de tentativa (ARTÍCULOS 18 y 19).

IV. 2. 1. ASPECTOS A CONSIDERAR AL INCORPORAR O REFORMAR TIPOS PENALES

No quisiéramos perder la oportunidad para, respetuosamente, hacer algunas sugerencias por si, llegado el momento, se planteara la posibilidad

de incorporar nuevos tipos o modificar los existentes. Primeramente, recomendamos no perder de vista los postulados derivados del principio de legalidad. Por ejemplo, el cuidado de la taxatividad. Es decir, que el supuesto de hecho regulado sea lo suficientemente claro. Aunado a ello, evitar al máximo remitir a otras leyes para conformar la materia de regulación (leyes penales en blanco).

Hay ocasiones en las que el legislador, al pretender ser demasiado específico en la materia de regulación, cae en dos extremos: o es tan casuístico que deja supuestos fuera, propiciando, incluso, espacios de impunidad; o bien, vulnera el principio *non bis in idem*, al desvalorar y sancionar dos veces un mismo comportamiento. En virtud de ello, se recomienda considerar los alcances de las figuras existentes, antes de regular comportamientos aparentemente impunes.

Como ya habíamos referido, a cada supuesto de hecho regulado en el tipo le corresponde una consecuencia jurídica (punibilidad). Esta relación se traduce en que el Estado reconoce la existencia de un bien jurídico y le otorga una protección jurídica mediante la sanción penal. Esta decisión es de las más trascendentes para el Estado. Por ello, se debe poner especial cuidado al seleccionar los bienes jurídicos a tutelar y la proporcionalidad que debe haber en la sanción establecida. Es lamentable cuando, en aras de otorgar cierta protección a un bien jurídico, la sanción resulta ser más intensa que la correspondiente a delitos protectores de bienes jurídicos de mayor valía.

Por último, insistimos en la necesidad de tomar en cuenta la Parte General del Código Penal, a fin de evitar incongruencias sistemáticas o infructíferamente tratar de regular aspectos que ya se encuentran regulados en dicho apartado.

IV. 3. La antijuridicidad

La antijuridicidad equivale a la contradicción con el ordenamiento jurídico en general. Es el desvalor del acto y del resultado en un contexto valorativo integral en el cual se encuentra inmerso el Código Penal. Para establecer cuándo un determinado comportamiento es antijurídico es necesario hacer una ponderación de intereses, en aras de propiciar la aplicación de un derecho penal racional.

En otras palabras: todo comportamiento típico será antijurídico, siempre que no concurra la presencia de una causa de justificación. En el nuevo Código Penal no hay cambios en el contenido de las causas de justificación. Con los mismos elementos se encuentran reguladas en el ARTÍCULO 33. De esta manera, podemos apreciar la figura del cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho (fracción III), el consentimiento del sujeto pasivo (fracción IV), la legítima defensa (fracción V) y el estado de necesidad (fracción VI).

IV. 4. La culpabilidad

La culpabilidad es fundamentalmente un juicio de imputación personal hacia el autor, en relación con el hecho típico y antijurídico cometido. Implica determinar las circunstancias bajo las cuales el sujeto actuó, para verificar si en él concurre el merecimiento de la pena. Puede haber casos en los que a pesar de actualizarse un comportamiento típico y antijurídico, el sujeto no sea culpable.

En el Código Penal se regula de manera negativa la exclusión de la culpabilidad. De esta manera, no se actualiza tal elemento cuando concurren las siguientes circunstancias:

a) Inimputabilidad. Cuando el sujeto, al momento de realizar el hecho típico, no tiene la capacidad psíquica para entender el carácter ilícito del hecho y conducirse de acuerdo con esa comprensión. (ARTÍCULO 33, fracción VII).

b) Cuando el activo no tiene conciencia del carácter antijurídico del hecho. Esto sucede cuando actúa bajo un error de prohibición, bien sea porque desconozca la existencia de la ley o porque crea que está justificada su conducta. (ARTÍCULO 33, fracción VIII, inciso b, en relación con el ARTÍCULO 16).

Este tratamiento implica un cambio sustancial en relación con el Código Penal anterior. En dicha legislación aún se regulaba en su ARTÍCULO 10 el superado principio que reza: «A nadie servirá de excusa la ignorancia de la ley penal.» Este cambio es de los más trascendentes en el ámbito de la teoría del delito.

c) Cuando atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haber podido determi-

nar su actuar conforme a derecho. A esta regulación se le identifica en la doctrina como *la no exigibilidad de otra conducta*.

IV. 5. El tratamiento de los menores infractores

Otra novedad importante del nuevo Código Penal es la desaparición de la presunción *jure et de jure*, regulada en el Código Penal anterior. Esta supresión implica que los menores que realicen los elementos del delito no sean considerados inimputables, sino que con respecto a ellos el tratamiento sea distinto, atendiendo a lo dispuesto en la ley de la materia.

V. Regulación de las consecuencias jurídicas

No es finalidad de la presente exposición hacer un análisis de este apartado. Sólo nos interesa destacar, del nuevo Código Penal, la presencia de penas alternativas a la de prisión. Son, a saber: el trabajo a favor de la comunidad (ARTÍCULOS 41 a 46), la semilibertad condicionada (ARTÍCULOS 47 y 48) y la prohibición de ir a una determinada circunscripción territorial o de residir en ella (ARTÍCULO 88).

Asimismo, se incorporan como nuevas medidas de seguridad: la deshabitación (ARTÍCULO 91) y el tratamiento psicoterapéutico integral (ARTÍCULO 92).

SEGUNDA PARTE ASPECTOS CONTROVERTIDOS

I. La regulación de la autoría

El ARTÍCULO 20 del Código Penal anterior establecía: «Es autor el que comete el delito por sí o por medio de otro que sea inimputable o inculpable y quedará sujeto a la sanción prevista para el delito cometido». Esa regulación ha sido sustituida en el nuevo ordenamiento. Aunque en el Dictamen, el legislador establece que en esa temática «no introducimos cambios sustanciales», desde nuestro punto de vista sí hay modificaciones trascendentes y, además, aspectos controvertidos derivados de la nueva regulación.

I. 1. Delimitación del problema

El ARTÍCULO 20 del nuevo Código Penal regula la configuración de la autoría en sus tres diferentes manifestaciones. Textualmente dice: «Es autor del delito quien lo realiza por sí, por medio de otro que actúa sin incurrir en delito o con varios en común.» Nótese cómo se norman las tres formas de autoría: la autoría directa (cuando se realiza el hecho por sí mismo, de propia mano), la autoría mediata (a través de otro) y la co-autoría (cuando se realiza por varios en común).

Enfocaremos nuestra atención al segundo de los supuestos (la autoría mediata), para resaltar sus repercusiones. Existe una diferencia fundamental en torno a la forma en que se regulaba en el Código Penal anterior —en él, el autor mediato era el que cometía el delito a través de un inimputable o un inculpable—. Esta nueva regulación tiene mayor amplitud para posibilitar la aplicación de otros supuestos; pero no tanto porque limita otros. Sobre todo uno muy importante. Veamos por qué.

Si se mantuviera la regulación anterior, no podríamos aplicar algunos casos de autoría mediata, como por ejemplo: el sujeto que para cometer el delito se basa en otro que actúa bajo un error de tipo. Ese sujeto —el que actúa bajo un error de tipo— ni es inimputable ni es inculpable, pero en virtud de ese error no comete delito a pesar de realizar formalmente la acción típica. El autor es el que actúa detrás. Piénsese también, por ejemplo, en el caso del sujeto que para cometer el delito utiliza a un menor de edad. Y es que como ya lo señalábamos, en este nuevo Código Penal desaparece la presunción *jure et de jure* de que el menor es inimputable; sólo remite a un tratamiento distinto.¹ En fin, este concepto de autor mediato rebasa los alcances de la autoría mediata tradicional regulada en el Código Penal anterior y supera las limitaciones que ella implicaba.

Sin embargo, sigue estando limitada. Algunas legislaciones le dan una mayor cobertura. Por ejemplo, en el *Código Penal Español* (ARTÍCULO

¹ El ARTÍCULO 37 de dicho ordenamiento establece: «Las personas menores de dieciséis años no serán responsables con arreglo a lo dispuesto en este Código; en ningún caso se les podrá imponer pena alguna.

»Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo, será responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad del menor.»

28) se establece: «Son autores quienes realizan el hecho por sí solo, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.» Otro ejemplo lo encontramos en el *Código Penal del Estado de Sonora* (ARTÍCULO 11, fracción IV) que establece: «Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro». Nótese cómo en ambos casos no limitan la regulación a que el sujeto utilizado por el que actúa detrás no cometa delito. Es decir, el sujeto o sujetos que actúan detrás pueden cometer el delito sirviéndose de otro, aunque éste también cometa delito. Esta regulación obedece a una de las máximas contribuciones que ha hecho el profesor Roxin, a partir de su obra *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, cuya primera edición se publicó en 1963.²

I. 2. Tratamiento y propuesta

Trataremos de hacer una brevíssima referencia al marco general del tema que venimos tratando y una propuesta al problema delimitado.

Autor es la figura central del suceso criminal. Es el que tiene el dominio del hecho. Y se puede llegar a tener el dominio del hecho a través del dominio de la acción, del dominio de la voluntad o del condominio funcional del hecho. En este sentido, el dominio de la voluntad (la autoría mediata) se puede proyectar a través de otros sujetos utilizados como instrumentos, aun y cuando éstos cometan el hecho dolosamente. Esto es posible en el ámbito de la criminalidad organizada: cuando los sujetos que actúan desde la cúspide de la organización criminal sólo ordenan la realización del hecho, no realizan actividad física alguna. En esta modalidad de la delincuencia grupal, el sustento del proyecto criminal — el dominio del hecho — se proyecta de arriba hacia abajo; de los dirigentes a los ejecutores, en un plano vertical. Éstos, los ejecutores, también son autores (autores directos), pero son por antonomasia fungibles, reemplazables. Los sujetos que actúan detrás proyectan su voluntad a través de la organización criminal. Esta propuesta se planteó, sobre todo, en el ámbito de los aparatos de poder organizados estatales, pero nada impide

² Vid. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Tr. (de la 6ª edición alemana) Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Barcelona, 1998.

que también se pueda aplicar a otras modalidades de la delincuencia organizada, por ejemplo, las que tiene una estructura de tipo mafioso.³

Desde luego, la doctrina ha llegado a elaborar críticas a esta postura. Se cuestiona: ¿dos o más autores que no son coautores sin sacrificar la legalidad? Así es. Sí es posible, porque son diferentes formas de dominio del hecho en un mismo proyecto criminal: los ejecutores tienen el dominio de la acción, y los sujetos que actúan detrás tienen el dominio de la voluntad. Jakobs propone para estos casos la solución en la coautoría, pero, entre otros inconvenientes, está el hecho de que los sujetos que actúan detrás no intervienen en la fase ejecutiva, ni realizan actividad alguna.⁴ Además se plantea: ¿y no podrán ser instigadores? No, porque para que se dé la instigación debe haber un convencimiento directo y eficaz, y en la hipótesis que venimos tratando puede suceder que ni siquiera se conozcan el que da la orden y el que la ejecuta. ¿Y no podrá haber complicidad? No, la complicidad es cooperación y por más necesaria que ésta sea, llegaríamos al extremo de considerar que Hitler era un ayudante del proyecto criminal de los oficiales del nacional socialismo que ejecutaban materialmente el hecho respectivo.

De todas las propuestas, se aprecia con mayor solidez la postura de la autoría mediata, con una aclaración fundamental: se debe analizar en cada caso concreto el dominio de la voluntad, con las características propias de la estructura de la delincuencia organizada; no se otorga la calidad de autor *per se* por la posición del sujeto en la organización criminal, sino por el dominio de la voluntad en el caso específico. Desde luego, no estamos en posibilidades temporales de abordar las características criminológicas de la delincuencia organizada.⁵

Reiteramos las bondades de la propuesta del profesor Roxin, ampliar la figura de la autoría mediata a los casos en los que el ejecutor

³ Cfr. ROXIN, Claus, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en *Revista Penal*, Núm. 2, publicación semestral de editorial Praxis S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, 1998, p. 65. Y por lo que respecta a la tipología de la delincuencia organizada, aplicada también a esta manifestación de la delincuencia grupal, *vid.* GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *La delincuencia organizada. Algunos aspectos penales, criminológicos y político criminales*, Universidad de Guanajuato, 2001, pp. 131-169.

⁴ *Id.* JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, Tr. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, pp. 750 y ss.

⁵ Para mayor referencia, *vid.* GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *op. cit.*, pp. 38-171.

también comete delito. No obstante, en el ARTÍCULO 20 del *Código Penal para el Estado de Guanajuato*, nos encontraríamos con el inconveniente de que, en su regulación, el sujeto que se utiliza como instrumento no debe cometer delito. En consecuencia, en los casos como los arriba señalados, sólo queda como opción acudir a la posible configuración de la coautoría o a la instigación, con los inconvenientes referidos. Por ello, nuestra propuesta sería ampliar la regulación del precepto referido en los términos siguientes: «Son autores quienes realizan el hecho por sí sólo, conjuntamente o por medio de otro utilizado como instrumento.»

I. 3. Perspectivas sistemáticas en torno a otras manifestaciones de la criminalidad grupal y propuestas de interpretación

Al margen de la importante injerencia de la autoría en el contexto de la delincuencia organizada, estimamos pertinente abordar otra vertiente de esta problemática, cuyo tratamiento ha venido elaborando la doctrina alemana y española. Nos referimos a la proyección de esta figura en otras manifestaciones de la criminalidad grupal.⁶ Y es que no toda la criminalidad grupal es delincuencia organizada. Existen grupos que sin tener una tipología organizacional y jerárquicamente elaboradas, llegan a conformar estructuras más o menos complejas en la realización conjunta del hecho. Piénsese, por ejemplo, en grupos de secuestradores que sin tener la estructura fenomenológica propia de la delincuencia organizada, asumen roles en los que no todos ejecutan de manera conjunta materialmente el hecho, pero resulta fundamental la intervención de los sujetos que deciden la realización del proyecto criminal. En esos casos se ha venido planteando la posibilidad de configurar la coautoría, en virtud del dominio funcional del hecho. Sobre todo, porque aquí hay mayor cercanía entre la ejecución y la aportación del hombre que actúa detrás. No es el mismo supuesto de la delincuencia organizada, donde la distancia entre

⁶ Vid. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, «Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?», en *Revista Penal*, Núm. 9, publicación semestral de La Ley S.A. en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide Sevilla, 2001, pp. 59-98.

quien da la orden y el que realiza el hecho es enorme e incluso puede suceder que ni siquiera se conozcan.

En estos otros casos que venimos analizando, hay conductas que, sin ser ejecutivas, tienen vinculación directa con la afectación del bien jurídico. No se trata de meros cooperadores, sino de coautores. Estas conductas pueden llegar a considerarse como parte de la realización del tipo, sin que ello implique la asunción de un concepto unitario de autor. No es una oposición a la postura de Roxin, comentada en el apartado anterior. Por el contrario, representa una alternativa para ajustar los planteamientos del concepto abierto del dominio del hecho a fenómenos cambiantes de la realidad criminal.

Esta propuesta también se ha orientado a otra manifestación de la criminalidad grupal: los casos de delitos cometidos por agrupaciones no ilícitas, pero que en casos concretos delinquen. Esto se da sobre todo en el ámbito de la delincuencia económica o de cuello blanco. Y es que las formas de manifestación de la criminalidad grupal se han venido transformando. La tentación de delinquir no sólo ha incidido en los facinerosos, sino también en personas de estratos sociales y económicos altos. Esta manifestación de la criminalidad también afecta bienes jurídicos tanto colectivos como individuales. Piénsese por ejemplo en las operaciones financieras que pueden incidir en la afectación del patrimonio. En estos casos, se deben proyectar los postulados básicos del dominio del hecho, para evitar lo que suele ser común: que la determinación de autores del delito recaiga en sujetos secundarios del plan criminal y no en quienes verdaderamente vulneran los bienes jurídicos. Es un tema que actualmente está en discusión y creemos vale la pena puntualizar algunas consideraciones sistemáticas al respecto.

En síntesis, nuestro planteamiento es el siguiente: si se dan los elementos de jerarquía y fungibilidad de los ejecutores, se puede llegar a plantear la posibilidad de la autoría mediata —sin perder de vista, desde luego, las limitaciones de nuestro Código Penal—. O bien, en todo caso, optar por la coautoría, dándole una debida proyección al dominio funcional del hecho. Vale la pena el esfuerzo sistemático, en lugar de pretender encontrar soluciones forzadas en la instigación o complicidad. Es importante este aspecto porque está en juego, por una parte, la legalidad y, por otra, la justicia material: otorgarle el rango de autor a quien constituye la figura central del proyecto criminal.

II. El tratamiento de la Omisión Impropia (Comisión por Omisión)

Otra de las novedades del nuevo *Código Penal para el Estado de Guanajuato* se encuentra en el tratamiento que se hace de la comisión del delito en su modalidad omisiva. Esta nueva regulación entraña repercusiones sistemáticas y político criminales de gran trascendencia.

II. 1. Planteamiento

Omitir un determinado comportamiento puede ocasionar consecuencias desafortunadas. Pero es necesario delimitar cuáles omisiones deben tener consecuencias jurídicas, y sobre todo, cuáles deben tenerlas en el ámbito del derecho penal. Y aun dentro de este campo, no todas las mismas implicaciones. Para establecer esta delimitación es necesario formular diversas consideraciones sistemáticas.

En el contexto de la teoría del delito, la acción y la omisión poseen elementos comunes, pero tienen rasgos distintivos. Al respecto, el *Código Penal para el Estado de Guanajuato* hace una primera referencia en el ARTÍCULO 8: «El delito puede ser cometido por acción o por omisión». Además, en el segundo párrafo del ARTÍCULO 9 establece:

En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si de acuerdo a las circunstancias podía hacerlo y además tenía el deber jurídico de evitarlo, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

Por otro lado, en la Parte Especial se derivan pautas orientadoras sobre el tema. En la mayoría de los casos nos encontramos con descripciones de la acción típica en sentido positivo. Piénsese, por ejemplo, en el ARTÍCULO 138: «Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro». De dicho mandato se deriva un mensaje prohibitivo. En cambio, en algunos otros casos, el discurso del legislador se presenta en sentido negativo. Por ejemplo, el ARTÍCULO 166 señala: «A quien omita prestar el auxilio necesario, según las circunstancias, a quien se encuentre amenazado de un peligro, cuando pudiese hacerlo sin riesgo alguno, o a quien no estando en condiciones de auxiliar, omita dar aviso de inmediato a la autoridad o a institución asistencial, se le impondrá...». Nótese cómo de

este precepto se desprende el deber de realizar un determinado comportamiento. En el primer supuesto, el mensaje del legislador es en el sentido siguiente: no puedes privar de la vida; si lo haces, habrá consecuencias jurídico-penales. En el otro es: debes prestar el auxilio necesario; si no lo haces, emanarán consecuencias jurídico-penales.

Pues bien, el tratamiento de la omisión en la Parte General y Especial representa una toma de postura legislativa trascendente. Repercuta en el ámbito sistemático, en cuanto a la solución congruente de los casos; y en el político criminal, en la medida que posibilite la aplicación racional y eficaz del derecho penal.

II. 2. Las modalidades sistemáticas de la omisión

La acción típica tiene dos diferentes manifestaciones y, por ende, dos estructuras sistemáticas distintas: comisiva y omisiva. En esta segunda manifestación no se realiza una determinada actividad requerida por el ordenamiento penal.

Ahora bien, la configuración en forma omisiva, a su vez, se puede actualizar bajo dos modalidades: la omisión simple (omisión propia) y la comisión por omisión (omisión impropia). En seguida nos referiremos a la estructura de cada una de ellas.

A) ESTRUCTURA DE LA OMISIÓN PROPIA

En los delitos de omisión propia nos encontramos con una característica básica: se encuentran regulados expresamente en la Parte Especial de los códigos penales. En estos casos, el legislador desvalora determinados comportamientos que se caracterizan por la no realización de un determinado comportamiento. Un ejemplo de ello lo encontramos en los apartados que tradicionalmente se definen en los códigos penales como delitos que ponen en peligro la vida y la salud.⁷

⁷ Cfr: Los ARTÍCULOS 166 al 168 del *Código Penal para el Estado de Guanajuato*.

B) ESTRUCTURA DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

Se trata de supuestos en los que, al no realizarse un determinado comportamiento, se vulnera el bien jurídico respectivo de manera equivalente a que se hubiese efectuado en forma comisiva. Posee una configuración sistemática más compleja a la anterior.

La comisión por omisión contiene un rango punitivo considerable. El incumplimiento de un determinado deber de actuación se homologa a la realización activa dolosa del supuesto de hecho descrito en el tipo. El fundamento de esta equivalencia se sustenta en la gravedad que implica para el bien jurídico la no realización de la correspondiente actividad ordenada.

II. 3. La problemática para determinar el deber jurídico de actuar en la comisión por omisión

En los delitos de comisión por omisión encontramos un buen número de aspectos controvertidos, sobre todo en lo que respecta al momento de precisar el deber jurídico de actuación. Para el análisis del tema, retomemos otra vez el segundo párrafo del ARTÍCULO 9 del nuevo *Código Penal para el Estado de Guanajuato* (el subrayado es nuestro).

En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si de acuerdo a las circunstancias podía hacerlo y *además tenía el deber jurídico de evitarlo, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.*

Se incorpora una regulación diversa al Código Penal anterior que establecía en el segundo párrafo del ARTÍCULO 13: «Responderá del delito producido quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias y si debía jurídicamente evitarlo.»

El texto del nuevo Código Penal muestra una particular tendencia legislativa, en torno a la regulación de la denominada *cláusula de transformación*. El ARTÍCULO 13 del Código Penal anterior también la contenía, pero con una orientación diversa. Mediante esta cláusula, el legislador pretende establecer parámetros bajo los cuales *un no hacer* (el comportamiento ordenado) tiene los mismos alcances sistemáticos y, sobre todo,

equivalentes consecuencias jurídico penales que el actuar. Este tratamiento refleja una similitud con la regulación que se hace en algunas legislaciones europeas. Por ejemplo, con el ARTÍCULO 11 del *Código Penal Español*.⁸

Esta tendencia también se ha visto reflejada en otras legislaciones del país.⁹ En contrapartida, como en el *Código Penal para el Estado de Guanajuato* anterior, otras legislaciones establecen una cláusula general.¹⁰ Algunas otras no la regulan¹¹ y hay otras legislaciones que lo hacen de manera más detallada.¹² Por razones obvias, asumiremos como referencia legislaciones que asumen la vía de la regulación expresa.

⁸ Sobre un análisis de la *cláusula de transformación* en algunos Códigos Penales europeos, vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «La comisión por omisión y el nuevo *Código Penal Español*», en *Instituciones de derecho penal*, Ángel Editor, México, 2002, pp. 168-170. Destaca sobre todo la regulación en Italia, Austria y Portugal. Señalamiento especial se hace del ARTÍCULO 13 del *Código Penal Alemán* —que a propósito el *Código Penal para el Estado de Guanajuato* anterior, tiene una semejanza con él—. Dicho precepto establece: «(1) El que omite evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal, será punible según esta ley sólo si tenía que responder jurídicamente de que el resultado no se produjera y la omisión corresponde a la realización del tipo legal por un hacer. (2) La pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el ARTÍCULO 49, párr. 1» (*Idem.*). Cfr. ese mismo precepto traducido por Julio César Espínola (*Código Penal Alemán. Parte general*, Depalma, 1976): «(1) El que omitiere impedir un resultado que integra el tipo de una ley penal, será punible conforme a esta ley, siempre que el resultado no se produzca y cuando el omitir corresponda a la realización del tipo legal mediante un hacer. (2) La pena podrá atenuarse conforme a lo dispuesto en el ART. 49, inc. 1.»

⁹ Por ejemplo, en el *Código Penal para el Estado de Baja California Sur* (ARTÍCULO 17), *Código Penal del Estado de Campeche* (ARTÍCULO 5), *Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Chiapas* (ARTÍCULO 3), *Código Penal del Estado de México* (ARTÍCULO 7) y *Código Penal del Estado de Yucatán* (ARTÍCULO 6).

¹⁰ Por ejemplo: *Código Penal para el Estado de Baja California* (ARTÍCULO 12), *Código Penal para el Estado de Colima* (ARTÍCULO 9), *Código Penal de Chihuahua* (ARTÍCULO 7), *Código Penal del Estado de Guerrero* (ARTÍCULO 13), *Código Penal del Estado de Michoacán* (ARTÍCULO 7), *Código Penal para el Estado de Nuevo León* (ARTÍCULO 13), *Código Penal para el Estado de Querétaro* (ARTÍCULO 11), *Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo* (ARTÍCULO 12), *Código Penal para el Estado de Sinaloa* (ARTÍCULO 12) y *Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz* (ARTÍCULO 11).

¹¹ Por ejemplo: *Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Durango*, *Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco*, *Código Penal para el Estado de Nayarit*, *Código de Defensa Social para el Estado Libre y Soberano de Puebla*, *Código Penal del Estado de San Luis Potosí*, *Código Penal para el Estado de Sonora* y *Código Penal para el Estado de Tamaulipas*.

¹² Por ejemplo: *Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca*, en su ARTÍCULO 7: «Quien omite evitar un resultado material descrito en un tipo de acción, será considerado autor del mismo, sólo si: de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo, era garante del bien jurídico y su

Para justificar esta postura legislativa —que se ha identificado como regulación de las fuentes de posición de garante— se sostiene que con ella se genera seguridad jurídica al precisarse los parámetros para valorar cada caso. No obstante, también ha tenido críticas importantes.¹³ Plantea Berdugo, con respecto al ARTÍCULO 11 del *Código Penal Español*: «es técnicamente deplorable y plantea importantes problemas a resolver en el ámbito de la interpretación.»¹⁴ Destaca que en realidad hubiera sido suficiente con una regulación genérica. Es decir, establecer la exigencia de un especial deber jurídico en el autor, que materialmente equivalga a su causación. Pero al establecerse expresamente esos deberes, se deja abierta la posibilidad de plantearse si son los únicos supuestos en los que se puede fincar ese deber, o bien, si tienen un carácter ejemplificador de supuestos en que pueda darse la efectiva equivalencia material que requiere la cláusula de transformación.¹⁵

Coincidimos. Esta regulación puede propiciar, por un lado, limitaciones a supuestos que en estricto sentido ameritan tal valoración, y por otro, exceso punitivo. Veamos por qué.

No puede admitirse, con todo rigor, que cualquier deber jurídico específico de actuar configure una posición de garante y en consecuencia

inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo. Es garante del bien jurídico el que: a) aceptó efectivamente su custodia; b) voluntariamente formaba parte de una concreta comunidad que afronta peligros de la naturaleza; c) con una culposa o fortuita actividad precedente generó el peligro para el bien jurídico; o d) se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, salud o integridad corporal de algún miembro de su familia.» También el *Código Penal para el Estado de Tabasco*, que indica en su ARTÍCULO 9: «El delito puede ser realizado por acción o por omisión. Quien omita evitar un resultado material descrito en un tipo de acción será considerado autor del mismo sólo si: de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo, era garante del bien jurídico y su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo. Es garante del bien jurídico el que: a) aceptó efectivamente su custodia; b) voluntariamente formaba parte de una concreta comunidad que afronta peligros de la naturaleza; c) con una culposa o fortuita actividad precedente generó el peligro para el bien jurídico, o d) se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia.»

¹³ *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *op. cit.*, pp. 169 y ss.

¹⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, «Algunos problemas dogmáticos y su solución en el nuevo *Código Penal Español*», en *Revista Penal*, Praxis, Barcelona, 1998, p. 18.

¹⁵ *Cfr.* MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, 6ª edición, Reppertor, Barcelona, 2002, *op. cit.*, p. 312.

ese *no actuar* equivalga normativamente a la comisión dolosa del resultado. Implica supeditar tal posición, por ejemplo, a la validez civil de un contrato. En efecto, podrá reunir formalmente todos los requisitos, pero lo importante en el ámbito del derecho penal es la asunción voluntaria del riesgo y que con ello se propicie la generación de ciertas expectativas sociales de dependencia o control y una concreta dependencia personal. Ello, aunado a otros requerimientos sistemáticos que en aras de la brevedad no nos es posible abordar.

En contrapartida, aunque civilmente pudiese ser declarado nulo o inexistente un contrato, penalmente puede generarse ese deber especial de actuar y en consecuencia actualizarse la posición de garante. Resulta ilustrativo el ejemplo de Mir Puig: aunque resulte nulo el contrato entre los padres y el profesor de natación, éste será garante del niño que de *facto* se le ha confiado y él ha asumido un papel de protección.¹⁶

Con respecto a la supeditación a la ley sucede algo similar. Aunque disposiciones de otra índole impongan ciertos deberes, la vinculación como garante del autor debe proyectarse en los términos arriba señalados. Y también pueden darse casos en los que sin darse una relación formal — como la que se suscita por ejemplo entre padres e hijos— se puedan derivar relaciones *cuasi* familiares que —también a tenor de las circunstancias referidas— constituyan ese deber especial de salvaguardar el bien jurídico ajeno.

En el actuar precedente —también conocido como injerencia— encontramos mayores contratiempos. Esta figura tiene en su origen un rígido tratamiento sistemático. En su versión inicial implica lo siguiente: quien ha generado con una conducta precedente una situación de peligro para un bien jurídico, tiene el deber de evitar que ese peligro se convierta en lesión. Si no se evita, esa producción es atribuible a su autor como si se hubiese realizado en forma positiva. Hay un ejemplo clásico: el sujeto que atropella a un peatón culposamente y huye del lugar sin proporcionar auxilio al atropellado, el cual muere. Atendiendo a ese criterio del actuar precedente, al conductor se le consideraría como autor doloso del homicidio.

¹⁶ *Ibid.*, p. 317.

Siguiendo esta interpretación rígida, se puede llegar a casos más extremos. Por ejemplo: el conductor que circula observando el deber de cuidado inherente a su comportamiento, atropella a un suicida que se arroja intempestivamente sobre el vehículo; el conductor, temeroso de las posibles repercusiones se retira del lugar sin prestar auxilio. Pues bien, ese resultado no es producido con dolo ni imprudencia. No obstante, para el *núcleo duro* de la injerencia, ese actuar precedente del conductor y su posterior huida, convertirían su comportamiento en un actuar comisivo doloso. Este tratamiento ha sido criticado porque resulta desproporcional e irrazonable imputar ese actuar en los términos referidos.

La doctrina ha tratado de limitar la formulación original del actuar precedente en términos más razonables. En efecto, se plantea que la sola conducta precedente ocasionadora del peligro resulta insuficiente para fundamentar la posición de garante. Desde luego, quien obra voluntariamente con conciencia del peligro sí se sitúa en esa posición. Pero quien produce un resultado a consecuencia sólo de un devenir desafortunado, no tiene por qué responder como si lo hubiese cometido a título doloso. En sentido inverso, la tendencia es limitar al actuar precedente a supuestos en los que el autor provoque el peligro. Con ello, se despeja la huella del *versari in re illicita*, principio mediante el cual la ilicitud inicial de un acto se manifiesta de manera indefectible en todas sus consecuencias. De otro lado, con respecto a las actuaciones culposas generadoras de una situación de peligro, se les ha venido dando un tratamiento específico que más adelante se detallará.

Ubicándonos en el nuevo Código Penal, parece ser que la intención del legislador es otorgarle un tratamiento mucho más limitado al actuar precedente. En el Dictamen se establece (el subrayado es nuestro):

En el segundo párrafo del ARTÍCULO 9° referente a la omisión, consideramos pertinente establecer de manera expresa las fuentes del deber jurídico, es decir, de donde surge la obligación de una persona para actuar, originando la llamada posición de garante.

Así, estimamos necesario incluir las tres fuentes del deber jurídico que la doctrina reconoce: la ley, el contrato y *el actuar precedente del activo*. *Esta última fuente del deber jurídico surge cuando una persona determina a otra a realizar una acción arriesgada, dándole seguridad de que habrá de asistirle para que nada le suceda y llegado el caso omita el auxilio.*

El actuar precedente culposo, lo contempla en la Parte Especial. Establece el ARTÍCULO 167:

Quien culposamente hubiese lesionado a una persona y no le preste o facilite ayuda, será sancionado de cinco a doscientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad.

Sin embargo, con esta regulación pueden quedar fuera otros supuestos. Por ejemplo: si el actuar precedente es doloso, pero no precisamente implica una determinación a la víctima a fin de que realice una acción arriesgada. Además, se pueden actualizar supuestos en los que ni siquiera se dé un contacto directo entre el activo y el pasivo; sin embargo, en estricto sentido debería implicar un deber jurídico de actuación. No obstante, bajo la clasificación que expresamente regula el ARTÍCULO 9, al no tener como sustento tampoco una ley o un contrato, sería muy difícil encontrar una respuesta penal proporcional, sin que se afectara la legalidad.

Recapitulando, el sustento de la problemática radica en que las fuentes del deber jurídico que se señalan en el precepto referido del nuevo Código Penal no son las únicas. Tampoco es suficiente la actualización de esas fuentes para transformar, sistemática y valorativamente, el no actuar en una configuración equivalente a un comportamiento comisivo.

Las fuentes del deber jurídico reguladas fueron planteadas en un tiempo, pero la doctrina ha venido diseñando otras alternativas. Por ejemplo, la posición de garante derivada de una determinada función de protección de un bien jurídico, por una estrecha relación personal, por la pertenencia a una comunidad de peligro, o por una asunción voluntaria de protección. También, la posición de garante derivada del control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio, o la responsabilidad por la conducta de otras personas.

II. 4. Toma de postura

Como lo hemos reiterado, el Código Penal anterior regulaba una *cláusula de transformación* más amplia. Remitía a un *deber jurídico* general, sin que por ello se afectara la legalidad. Esta referencia permitía darle una orientación sistemática de mayor solidez a los delitos de comisión por omisión. Si la intención de regular taxativamente las fuentes de posición de

garante para fundamentar el deber jurídico de actuar está motivada por el ánimo de propiciar mayor seguridad jurídica, desde una perspectiva garantista, se aprecia razonable, pero en muchos casos puede resultar contraproducente.

Desde luego, las notas aquí referidas son sólo un breve bosquejo de la problemática que representa el tema en cuestión. No es el espacio adecuado para abundar más al respecto.¹⁷

Conclusiones

1. Del análisis de la Parte General del nuevo Código Penal, específicamente de las disposiciones relativas a la sistemática del delito, se aprecia, en términos generales, un tratamiento acorde a las exigencias de un Estado de Derecho.

2. En todo caso, encontramos dos aspectos controvertidos a considerar: en la autoría y en la *cláusula de transformación* relativa a la comisión por omisión.

3. En cuanto a la autoría, estimamos pertinente la posibilidad de ponderar la ampliación de la autoría mediata a los supuestos en los que se utilice un instrumento doloso.

4. Por lo que concierne a la comisión por omisión, nos decantamos por la conveniencia de normar una *cláusula de transformación general*, como se hacía en el Código Penal anterior.

5. Elevamos una respetuosa recomendación: si en un momento dado se pretende reformar el Código Penal y, específicamente, incorporar nuevos tipos penales o modificar los existentes, hacerlo con suma precaución. Sobre todo, tomar en cuenta los principios garantistas que subyacen en el tipo penal y, particularmente, velar celosamente por la proporcionalidad que debe prevalecer en la protección racional y equilibrada de los bienes jurídicos.

6. En el contexto del sistema de justicia penal, el derecho penal debe ser la *última ratio*. Debemos acudir a él sólo cuando no exista otra alternativa. Y cuando así se haga, hay que hacerlo de manera razonable,

¹⁷ Para mayores referencias sobre el tema, *vid.* GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, «Algunas consideraciones sobre la omisión. Especial referencia a su tratamiento en el *Código Penal para el Estado de Guanajuato*», en VARIOS, *Estudios jurídicos en homenaje al maestro Antonio Torres Gómez*, Universidad de Guanajuato (Facultad de Derecho), Guanajuato, 2004.

teniendo siempre presentes los límites y los principios derivados del Estado social y democrático de Derecho.

Bibliografía

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, «Algunos problemas dogmáticos y su solución en el nuevo *Código Penal Español*», en *Revista Penal, Praxis*, Barcelona, 1998.

GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *La delincuencia organizada. Algunos aspectos penales, criminológicos y político criminales*, Universidad de Guanajuato, Guanajuato, 2001.

—, «Algunas consideraciones sobre la omisión. Especial referencia a su tratamiento en el *Código Penal para el Estado de Guanajuato*», en VARIOS, *Estudios jurídicos en homenaje al maestro Antonio Torres Gómez*, Universidad de Guanajuato (Facultad de Derecho), Guanajuato, 2004.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, Tr. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, 6ª edición, Reppertor, Barcelona, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco, «Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?», en *Revista Penal*, Núm. 9, publicación semestral de La Ley S.A. en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide Sevilla, 2001.

ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Tr. (de la 6ª edición alemana) Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Barcelona, 1998.

—, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en *Revista Penal*, Núm. 2, publicación semestral de editorial Praxis, S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «La comisión por omisión y el Nuevo *Código Penal Español*», en *Instituciones de derecho penal*, Ángel Editor, México, 2001.

Panel de análisis a la legislación en materia penal
se terminó de imprimir en los talleres
gráficos de Coloristas y Asociados S. A.
de la ciudad de León, Gto., en agosto de 2004.
Tiraje: 1 000 ejemplares.

