

III. LA LEY PENAL	49
Fuentes	49
Norma legal	49
Normas internacionales	51
Normas en el sistema de contravenciones	53
Norma legal en el sistema militar	54
Norma y arbitrio en el sistema de menores infractores	54
Norma jurisprudencial	54
Normas particulares: sentencia y resolución administrativa	55
Concurrencia de normas aparentemente incompatibles entre sí	55

III. La ley penal

FUENTES

Normal legal

Al ocuparnos de los principios penales fundamentales se ha hecho referencia al dogma de estricta legalidad. Éste, restringe el ámbito de las fuentes del derecho penal, en contraste con otras ramas jurídicas. La fuente formal es el proceso de creación de normas. Tiene que ver, pues, con una instancia reguladora y con un procedimiento de regulación. El resultado es la norma penal. Así, la fuente de una ley es el proceso legislativo, no —obviamente— la ley misma que resulta de dicho proceso. También son fuentes los procesos reglamentario, convencional internacional, jurisprudencial, consuetudinario, etcétera.

En el orden penal, los tipos y las sanciones se encuentran en preceptos que tienen rango de ley. Esto lleva a diversas consideraciones. Por una parte, ¿a qué se puede llamar ley, en el sentido deseado por el penalismo liberal? Si éste pretendía contener el arbitrio del juzgador, jamás se propuso mudarlo por otro arbitrio tiránico. Por ello, la idea de ley —o bien, el ideal de ley— apareja un fundamento respetuoso del ser humano (también denominado democrático): voluntad popular encaminada al alcance de objetivos plausibles, establecida con la concurrencia de los representantes populares —de las diversas corrientes de opinión— en el órgano legislativo, máximo cuerpo de representación política. Esto es: no sólo derecho, formalmente, sino siempre derecho justo, materialmente. Lo debido, pues, es incriminar sólo las conductas que afecten gravemente la vida social (control penal reducido al mínimo indispensable), y enfrentar los ilícitos menores con otro género de remedios jurídicos: como sanciones administrativas y civiles. También es necesario limitar la entidad e intensidad de las sanciones a lo estrictamente indispensable para obtener los fines que la pena se propone, con respeto a la dignidad del ser humano.

Bajo otra perspectiva, el artículo 133 de la Constitución puntualiza:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el

presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

Tal es el núcleo normativo de más elevado rango para la tipificación y la punición. En diversos niveles se hallan otras leyes, a saber: las expedidas por el Congreso de la Unión, a las que no se atribuye el carácter de emanadas de la Constitución (pero fundadas en ésta y consecuentes con ella, obviamente) y las expedidas por los estados, así como las aprobadas por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, a la que se han asignado atribuciones legislativas.

Sólo excepcionalmente fija la Constitución los elementos de tipo penal; por otra parte, contiene referencias a delitos que pueden figurar en disposiciones ordinarias. De lo primero es ejemplo el tercer párrafo de la fracción III del artículo 109, acerca de enriquecimiento ilícito de servidores públicos. Lo fueron, igualmente, los tres párrafos iniciales de la fracción XVIII del artículo 107, sobre privación ilegal de libertad, hasta la reforma de 1993. Hoy día, la previsión sancionadora de estos atropellos se localiza en los párrafos tercero y séptimo del artículo 16. Muestra de lo segundo es la referencia a conductas delictuosas, sin anticipación de sus elementos típicos; esto hace el artículo 22, que proscribe la pena de muerte por delitos políticos, y la permite en los casos de traición a la patria en guerra extranjera, parricidio, homicidio con tres calificativas, incendio (¿delito con ese medio comisivo?), plagio, asalto en caminos, piratería y delitos “graves” del orden militar; y el artículo 108, segundo párrafo, acerca de la responsabilidad exigible al Ejecutivo durante el tiempo de su encargo, que se contrae a traición a la patria y delitos “graves” del orden común.

Antes (véase Progresión penal) se analizó brevemente la evolución legislativa penal en México. Para el Distrito Federal y la Federación rige el Código Penal de 1931, reformado en diversas oportunidades y cuya moderna factura se debe sobre todo, como ya se ha señalado, a las reformas introducidas en 1983 y en algunos años posteriores.

El Código Penal contiene las figuras de los delitos tradicionalmente considerados como principales. Tutelan bienes básicos del individuo o del grupo humano: familia, nación, humanidad. En lo que respecta a aquél: paz y seguridad, vida e integridad, honor, libertad en general, libertad y seguridad sexuales “libertad y normal desarrollo psicosexual”, dice hoy el Código Penal, y patrimonio.

El desarrollo social tiene dos proyecciones legislativas en este ámbito: incorporación de nuevos tipos al Código Penal (como ha ocurrido, *v. gr.*, en los delitos cometidos por servidores públicos y en los ilícitos contra la salud pública y las personas en su patrimonio); y adopción de un “capítulo penal” en los ordenamientos especializados. Esta opción suele prevalecer. Es razonable, a condición de que se respete la estructura del régimen penal —que se asienta en el Código Penal— y de que las figuras se elaboren conforme a la técnica del derecho penal. En efecto, se trata precisamente de normas “penales”, aunque se localicen en otros ordenamientos. Entre los más recientes desaciertos a propósito de la reforma penal figura la deplorable adición —hecha en 1990— del título vigesimocuarto en el Libro Segundo, acerca de “Delitos electorales y en materia de Registro Nacional de

“Ciudadanos”. En 1996 ingresaron a ese libro otros títulos, con el mismo designio concentrador: título vigesimoquinto, sobre “Delitos ambientales”, y título vigesimosexto, denominado “De los delitos en materia de derechos de autor”.

El artículo 6 del Código Penal se refiere a delitos no previstos en éste, sino en leyes especiales o en tratados internacionales. Entonces “se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero (del Código Penal) y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo”. La parte general del derecho penal, que lo es del Código Penal, gobierna la aplicación de todas las normas especiales. Es improcedente que un ordenamiento especial incluya una “parte general del derecho penal”, como lo hizo el Código Fiscal de la Federación. Tampoco es afortunado que otros ordenamientos contengan nuevas “modalidades” de regulación penal —o procesal—, que afecten severamente los principios generales de estas ramas jurídicas, como sucede en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, publicada el 7 de noviembre de 1996, que contiene un régimen especial en el múltiple ámbito sustantivo, adjetivo, ejecutivo y orgánico, muy distante, en diversos casos, del sistema ordinario prevaleciente. Así se desemboca en un nuevo sistema penal, con todos los riesgos que ello entraña.

Normas internacionales

Hay debate, en el que no entraremos aquí, sobre el concepto de derecho penal internacional. Las normas del *ius gentium* contribuyen a integrar el orden punitivo, cuando han sido recibidas por el derecho interno (suscripción, ratificación, aprobación por el Senado, promulgación por el Ejecutivo, publicación en el periódico oficial), al que aportan tipos y otros puntos relevantes. Los jueces de cada estado deben sujetarse directamente a los ordenamientos de los tratados (como de la Constitución y de las leyes federales emanadas de ella), “a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados” (art. 133 de la Constitución, *infine*). A esto se llama “control difuso” de la Constitución, esto es, control ejercido por cualesquiera juzgadores. Sin embargo, en México ha dominado la idea de que el control de la constitucionalidad de las normas sólo compete a los juzgadores federales —en sus respectivas competencias— mediante el juicio de amparo, y ahora, además, por medio de las instituciones ampliadas o incorporadas por la reforma judicial constitucional de 1994: controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

Existen numerosos tratados internacionales que interesan a la materia penal. Algunos refuerzan los derechos públicos subjetivos, cosa que no acontece con las declaraciones —aunque hay opiniones en otro sentido—: *v. gr.*, la Declaración Universal de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del mismo año. Algunos juristas asignan a éstas valor político y moral, pero no la fuerza vinculante característica del imperativo jurídico. Sin embargo, se ha abierto paso una corriente diversa: esas Declaraciones son normativas, no sólo programáticas, y obligan a los Estados. Desde luego, no puede haber duda sobre la eficacia de los tratados que derivan de

las Declaraciones, ya asumidos en el Derecho nacional mediante los actos correspondientes (suscripción, ratificación, aprobación por el Senado, publicación), como el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969.

En otros casos, los convenios internacionales fijan obligaciones para los estados, que influyen sobre la formulación de tipos, como la Convención Única sobre Estupefacientes, de 1961, y el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, de 1971. Algunos instrumentos, de trascendencia más procesal que penal, contienen prevenciones que limitan, por inmunidad, el despliegue de la jurisdicción represiva: Convención sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, y Convención sobre Relaciones Consulares, de 1963, ambas suscritas en Viena.

Todos los tratados internacionales significan un sistema de colaboración entre estados. Algunos, se concentran en ese propósito para la investigación de delitos, o para el enjuiciamiento y la ejecución de condenas.

Aquí interesan los tratados de extradición, acto típico de auxilio jurisdiccional. México es parte en la Convención de Montevideo, de 1933, y ha suscrito varios instrumentos bilaterales en esta materia. Es ordenamiento supletorio la Ley de Extradición Internacional, de 1975. También corresponde mencionar lo referente al asilo, territorial y diplomático, de signo contrario a la extradición: no-colaboración, porque se brinda refugio al perseguido por la autoridad de otro país.

Sobre asistencia bilateral en procedimientos penales, se debe citar el tratado entre México y España, que también abarca la extradición; y el convenio para asistencia recíproca en procedimientos penales, entre México y Estados Unidos, de 1987.

En cuanto a ejecución, se ha afianzado el régimen de ejecución extraterritorial de sentencias condenatorias —o bien, de “repatriación de reos”—, fundado en el último párrafo del artículo 18 constitucional, y contenido en los tratados (véase Misión del derecho primitivo) con Estados Unidos, Canadá, Panamá, Bolivia, Belice, España y otros países.

En 1987 se incorporó en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República —de 1983— una disposición necesaria y plausible que fijó la posición mexicana acerca del alcance de la “colaboración” internacional. Esa disposición quedó en el último párrafo del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Procuraduría, que establece la competencia de ésta para el cumplimiento de leyes, acuerdos y tratados de alcance internacional.

El párrafo agregado significa una “cláusula de reserva soberana”. Específica que cualesquiera apoyos o colaboración para ejecutar programas de carácter internacional, debidamente autorizados (por los órganos y mediante los procedimientos que nuestro derecho dispone), se entienden “con reserva sobre evaluaciones o medidas que excedan la naturaleza de los programas, otorguen autoridad a personas o entidades extranjeras en territorio mexicano, o involucren consecuencias en materias ajenas al ámbito específico que cubre el programa respectivo”. Se añade: “Esta reserva se consignará en los instrumentos que fijen las bases de dichos programas”.

La vigente Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República —de 1996— ha recogido esta disposición en el último párrafo del artículo 11.

La creciente intensidad de la relación internacional conduce al establecimiento de nuevos tratados, convenios o acuerdos entre gobiernos, que poseen relevancia para la materia penal o procesal penal. En esta serie figuran, por ejemplo, los instrumentos que previenen determinado género de colaboración para la investigación de actividades irregulares o ilícitas, como son las relativas a estupefacientes y psicotrópicos (que hoy reúne el Código Penal bajo el término de narcóticos), movimientos de recursos económicos y obligaciones fiscales.

Normas en el sistema de contravenciones

Hay debate sobre el emplazamiento —leyes o reglamentos— del derecho penal administrativo, entendido como régimen de faltas o contravenciones. La discusión no se ha planteado sólo en México y los antiguos códigos penales comprendieron crímenes, delitos y contravenciones.

En México dominó el sistema estrictamente reglamentario, con base en reglamentos “autónomos”, y apoyo en una interpretación del artículo 21 constitucional que indica:

Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas (...).

Antes de la reforma de 1982, el arresto podía prolongarse hasta quince días. El texto que tuvo a la vista la inocua reforma de 1996 al artículo 21 —una reforma de palabras— se refería al “castigo” de las infracciones, “el cual” únicamente consistirá en dichos multa o arresto.

La prevención se conserva, pero en una etapa reciente varió su interpretación para permitir que un ordenamiento legal incorporase la organización de los juzgados de faltas, el procedimiento y las sanciones. Al reglamento “autónomo” correspondería, así, la definición de las infracciones. Por ello se expidió la Ley sobre Justicia en Materia de Faltas de Policía y Buen Gobierno del Distrito Federal, de 1983. Posteriormente, fue creada la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, y se le confirieron atribuciones reglamentarias, primero, y luego legislativas; entre éstas, figura la potestad de legislar en materia de justicia cívica sobre faltas de policía y buen gobierno (anteriormente, artículo 122, fracc. IV, inciso g; actualmente, *idem*, apartado C, base primera, fracción V, inciso i). Este inciso se refiere a “normar...”, en tanto que otras atribuciones semejantes se inician con el infinitivo “legislar”; empero no hay diferencia de fondo, a no ser que se piense en los reglamentos autónomos de que habla el artículo 21. Aun así, la Asamblea puede expedir una ley de la materia, sin perjuicio de reservar a los reglamentos lo que les asigna el precepto constitucional, como lo hizo aquel ordenamiento de 1983.

La Asamblea dictó, en 1993, un reglamento que relevó a la ley arriba mencionada. Esto significó un paso hacia atrás en el progreso que esa ley aparejó: la

introducción del principio de legalidad en el régimen de faltas. Se hará referencia a este asunto de nueva cuenta al examinar los sistemas penales especiales en la última parte del compendio.

En las entidades federativas también hay dos niveles de regulación: legal y reglamentario. Los ayuntamientos poseen “facultades para expedir de acuerdo con las bases normativas que deberán establecer las legislaturas de los estados, los bandos de policía y buen gobierno [...]” (art. 116, fracc. II, de la Constitución).

Norma legal en el sistema militar

Del artículo 13 constitucional deriva el Código de Justicia Militar, de 1933. Abarca las materias sustantiva, adjetiva, orgánica y ejecutiva; establece los delitos contra la disciplina militar: tanto los previstos directamente en este Código, como los comunes o federales, según los códigos respectivos, cometidos por militares en las siguientes circunstancias: al estar en servicio o con motivo de actos del mismo; en buque de guerra o en edificio o punto militar u ocupado militarmente, cuando en consecuencia se produzca desorden o tumulto en la tropa que esté en el sitio en que se delinquió, o se interrumpa o perjudique el servicio militar; en territorio declarado en estado de sitio o sujeto a la ley marcial; frente a tropa formada o ante la Bandera, y en conexión con los delitos definidos por el Código de Justicia Militar.

Norma y arbitrio en el sistema de menores infractores

En la edición anterior del presente compendio se hizo referencia al punto mencionado por este epígrafe, tomando en cuenta que el sistema destinado a menores infractores (*véase* Menores de edad), con características *sui generis*, no incorporaba entonces el dogma de la legalidad penal. En efecto, el artículo 2 de la sustituida ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, de 1973 (que guió la renovación del derecho correccional o tutelar en los estados) previno los supuestos de conducta típica, infracción reglamentaria y estado de peligro. El ordenamiento vigente en el Distrito Federal a propósito de menores infractores ya no recoge todas estas hipótesis.

Norma jurisprudencial

Es fuente del derecho mexicano el proceso jurisprudencial previsto por la Constitución (art. 94, séptimo párrafo) y la Ley de Amparo (arts. 192 a 197-B). Lo es también el proceso de controversia constitucional y el relativo a las acciones de inconstitucionalidad, en cuanto pueden conducir, por medio de sentencias con eficacia absoluta —no relativa, como en el caso del amparo— a la invalidación de

normas que la Suprema Corte de Justicia considere, por mayoría calificada de sus integrantes, contraventoras de la ley fundamental del país (art. 105, fracs. I, penúltimo párrafo, y II, último párrafo). Una reforma de 1996 al artículo 105 constitucional permite el empleo de las acciones de inconstitucionalidad contra leyes de naturaleza electoral. Ahora bien, este sistema impugnativo con posibles efectos de invalidación de normas, se halla sustraído a la acción de los particulares, que sigue circunscrita al juicio de amparo, todavía dominado por el principio de efectos relativos de la sentencia que reconoce la inconstitucionalidad de una norma general y detiene su aplicación en el caso concreto.

La jurisprudencia que establece el Pleno de la Suprema Corte es obligatoria para las salas de la misma Corte y para todos los tribunales de la República. Para éstos es de forzosa observancia la que establezcan las salas (art. 192 de la Ley de Amparo). La jurisprudencia que formen los tribunales colegiados de circuito obliga a los unitarios y a todos los tribunales del circuito (art. 193).

Ahora bien, las normas jurisprudenciales, elaboradas a partir de sentencias en amparo directo, en controversia constitucional o en proceso (acción) de inconstitucionalidad, no crean tipos y penas; se mantiene el régimen de legalidad estricta. Aquéllas, precisan el alcance del mandamiento, interpretándolo, o suprimen su vigencia, invalidándolo.

Normas particulares: sentencia y resolución administrativa

El proceso desemboca en la creación de una norma individualizada: la sentencia. No se trata, por supuesto, de una disposición jurídica aplicable a todos, aunque pueda tener, en determinados casos, efectos *erga omnes*. Es la norma para el caso concreto: la condenatoria afirma la existencia del delito, señala con “certeza legal” al responsable y le impone una sanción. Es el título ejecutivo de la pena y la medida, reconoce derechos al ofendido y atribuye una nueva situación al penado, titular de obligaciones y derechos.

En el curso de la ejecución, aparecen determinaciones que pueden modificar sustancialmente la situación jurídica del ejecutado, sea que introduzcan una variante (como la prelibertad), sea que anticipen, aunque en forma revocable, la conclusión de la medida (libertad preparatoria y remisión). Estos actos complementan o puntualizan, como la ley dispone, el mandamiento punitivo de la sentencia; son su desarrollo en los diversos y accidentados “tiempos” de la ejecución de una pena.

CONCURRENCIA DE NORMAS APARENTEMENTE INCOMPATIBLES ENTRE SÍ

Puede ocurrir que una conducta delictuosa se halle prevista por diferentes normas penales. Al cual se le denomina “conurrencia de normas (aparentemente) incom-

patibles entre sí". Es necesario precisar la disposición aplicable al caso concreto con exclusión de otras. Para ello, existen diversos principios: especialidad, consunción o absorción, subsidiariedad y mayor gravedad.

Hasta la reforma de 1984, el Código Penal optaba por el último principio mencionado. Hoy día, la cuestión se aborda en el artículo 6, que también abarca, como ya se dijo, el tema de las leyes especiales. Aquella estipulación optó por el principio de especialidad, que en el concepto de algunos autores comprende suficientemente todos los casos: "Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general."