

ELABORACIÓN DE UN NUEVO CÓDIGO PENAL FEDERAL*

Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL**

SUMARIO: I. *Código Penal Federal*. II. *Sugerencias*.

I. CÓDIGO PENAL FEDERAL

A) El 18 de marzo de 1999, mediante un decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, se dispuso, sin ninguna explicación, modificar el nombre del Código hasta entonces conocido como “Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal”, para llamarle “Código Penal Federal”, y postular, en el artículo 1o., que dicho Código “se aplicará en toda la República para los delitos del orden federal”.

Vale recordar que a partir de ese momento sobrevinieron serios desastros, por todos conocidos, tanto en el área federal como en la concerniente al Distrito Federal.

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal, ante la urgencia de contar con un ordenamiento penal, le dio la vuelta al problema, y por decreto publicado en el *D.O.F.* el 30 de septiembre de 1999, adoptó el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, y le asignó la denominación de “Código Penal para el Distrito Federal”, pues consideró que el cambio de nombre que

* Foro sobre Justicia Penal y Justicia para Adolescentes, Mesa 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, y Academia Mexicana de Ciencias Penales, 15 de marzo de 2007.

** Investigadora titular “C” de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

con anterioridad fue decretado por el Legislativo Federal no significaba que el Distrito Federal, sede de los poderes federales, dejaba de contar con un ordenamiento punitivo.

Los comentarios a todos estos infortunados sucesos fueron múltiples, y en su momento se escucharon las voces críticas razonadas y muy bien fundamentadas, de varios juristas, críticas que en esta ocasión no es oportuno puntualizar, pero sí es pertinente subrayar que desde ese momento, tanto el Legislativo federal como la Asamblea Legislativa del Distrito Federal debieron elaborar sus propios códigos penales, en lugar de sólo cambiarle el nombre al ordenamiento que, antes de 1999, tanto la Federación como el Distrito Federal compartieron. No fue así. Cerraron los ojos frente a toda la aberración jurídica en que se iba a caer y se cayó. Sin embargo —cabe destacarlo—, la Asamblea Legislativa, al adoptar el contenido del múlticitado Código, sí llevó a cabo la “desfederalización” del ordenamiento y aprovechó la oportunidad para hacer algunas reformas importantes. Por su parte, el Legislativo federal no hizo ninguna modificación en el ordenamiento punitivo, ni siquiera para eliminar las normas penales de exclusiva competencia del fuero común (del Distrito Federal); así que, a todas las deficiencias que ya tenía el Código, se agregó una más: conservar en un Código exclusivamente federal, normatividad tanto del fuero federal como del fuero común. Nunca se consideró la necesidad de formular un nuevo Código.

B) A casi cinco años de distancia, en marzo de 2004, el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión una iniciativa de reforma al sistema de justicia penal y de seguridad pública, en la que, entre muy variadas propuestas, incluía la de reformar el Código Penal Federal. La reforma penal prevista en la iniciativa es sumamente extensa: se modifican 86 artículos, se derogan 12 y se adicionan artículos bis, ter, quintus y sextus, así como párrafos y fracciones a diferentes artículos. En otras palabras más explícitas: tampoco en esta ocasión, a pesar de tener enfrente la realidad de tantos y tan burdos remiendos, se consideró la necesidad de formular un nuevo Código Penal Federal, que ya era impostergable.

De 1999 a la fecha la Federación ha emitido y publicado 14 decretos de reforma: cinco se refieren a la parte general, seis a la parte especial y tres a ambas partes.

Con ninguna de estas reformas han disminuido las múltiples deficiencias que presenta el ordenamiento federal. Hagamos algunos señalamientos específicos sobre ellas:

- a) Es un ordenamiento lleno de parches: hay un número considerable de artículos bis, ter, y hasta quater; se han introducido fracciones, párrafos e incisos a diversos artículos; se han adicionado capítulos a los títulos ya existentes; diversos artículos han sufrido más de dos reformas.
- b) Contiene un buen número de artículos derogados.
- c) Su estructura es arcaica, sobre todo en la parte especial, donde se advierte una falta total de método en la ordenación de los tipos penales.

Por todas estas razones, considero que es absolutamente urgente elaborar un nuevo Código Penal Federal.

II. SUGERENCIAS

Apuntemos ahora algunas notas sobre lo que pudiera ser ese código penal.

A) Un código penal es tan sólo un mecanismo de control de las conductas antisociales, y —vale subrayarlo— por ser un instrumento normativo, por sí solo no es suficiente para solucionar los múltiples y graves problemas generados por la antisocialidad. En México, en este momento, la abrumadora delincuencia, la inseguridad y el deterioro de la justicia penal reducen, de manera considerable, su eficacia. No obstante, es un instrumento de especial relevancia.

B) La elaboración de un código penal debe sustentarse, indiscutiblemente, en tres pilares fundamentales:

- a) Normativamente, debe ajustarse a los mandatos constitucionales y a los postulados contenidos en los instrumentos internacionales suscritos por México, y que constituyen, de acuerdo con el artículo 133, ley suprema de toda la Unión. Es, por ello, necesario hacer, previamente, una revisión puntual de los diversos instrumentos internacionales.
- b) En el aspecto fáctico, debe ser un reflejo de la realidad social para posibilitar que las normas penales sean una respuesta idónea a las necesidades de la propia sociedad, en los términos que determine la política criminal.

- c) En el plano teórico, debe asumir las teorías más avanzadas aportadas por los iuspenalistas, pero con un lenguaje que mediante su interpretación posibilite el progreso del pensamiento penal.

El lenguaje de los textos legales debe ser exacto y no vago, ni ambiguo. Esto, para cumplir con la garantía de certidumbre.

Por otra parte, el legislador debe regir su actividad por principios que garanticen el respeto absoluto de los derechos humanos y eviten la arbitrariedad, tales como el principio de subsidiariedad, de fragmentariedad, de intervención mínima, de acto, de bien jurídico, de culpabilidad, etcétera, que pueden sintetizarse en cuatro principios fundamentales: legitimación, racionalidad, ponderación y legalidad. De otra forma, el Código Penal se convertiría en un instrumento de poder contrario a la esencia misma de un Estado democrático de derecho.

Específicamente, respecto a la parte especial, el legislador, al elaborar los textos legales, debe observar los principios de generalización y diferenciación. La generalización exige que toda fórmula penal sea lo suficientemente amplia para que ninguna particular y concreta acción u omisión antisocial de la clase descrita quede excluida. La diferenciación requiere que toda fórmula penal sea lo suficientemente clara y precisa para que ninguna particular y concreta acción u omisión que no pertenece a esa clase quede incluida.

C) Como todos sabemos, los códigos penales, en su gran mayoría, se estructuran con dos grandes partes: la general o libro primero y la especial o libro segundo.

La parte general se constituye con un conjunto de lineamientos teóricos de aplicación general, cuya característica principal debe ser la claridad y la concisión. Tales lineamientos son complemento de los textos penales que integran el libro segundo.

La parte especial o libro segundo contiene las normas que describen, por una parte, las conductas (actividades e inactividades) humanas que el legislador prohíbe y, por otra, la descripción de la amenaza de una sanción penal. Más concretamente: es un catálogo de tipos penales y de sus correspondientes punibilidades.

D) El libro primero debe contener las reglas generales concernientes a la ley penal; el delito; las consecuencias jurídicas del delito, que incluyen las penas y medidas de seguridad, la responsabilidad civil derivada del delito (reparación del daño) y las consecuencias accesorias del delito (que se

relacionan con las personas morales); la aplicación de sanciones; la reivindicación pública del sentenciado (que tiene que ver con el reconocimiento de inocencia) y las causas que extinguen la potestad punitiva.

a) En el título relativo a la ley penal deben quedar muy claramente definidos, y separados en capítulos, los ámbitos de validez de la ley penal: espacial, temporal y personal; en este último apartado hay que diferenciar muy bien la normatividad propia de las personas físicas y la que atañe a las personas jurídicas colectivas.

En cuanto a las personas físicas, ha de fijarse para éstas la edad para la responsabilidad penal. Esta edad, de acuerdo con la última reforma al artículo 18 constitucional, debe ser de dieciocho años, edad que pone fin a la pretensión, debatida en forma pertinaz, de disminuir la edad frontera para la responsabilidad penal.

Con relación a las personas jurídicas colectivas, ha de precisarse que éstas de ninguna forma pueden cometer delitos, porque no tienen la posibilidad de concretizar los elementos descritos en los tipos penales; éstos son concretizables, exclusivamente, por las personas físicas. Por esta razón, cuando una persona física que delinque es miembro o representante de una persona jurídica colectiva, debe sancionársele, como a cualquier particular, por el delito cometido; pero si en la comisión del delito emplea medios propios de la persona jurídica colectiva, de modo que el delito resulte cometido bajo el amparo o en beneficio de dicha persona, el juez aplicará en la sentencia, a la persona jurídica colectiva, no una pena, sino las consecuencias jurídicas accesorias reguladas en el título relativo a la aplicación de sanciones, y que son: la intervención, la remoción de los administradores, la prohibición de realizar determinadas operaciones, y hasta la extinción de la persona jurídica colectiva.

Nada de esto regula con precisión el Código Penal Federal actual; pero, además, los aspectos que sí prevé de los ámbitos de validez de la ley penal los ubica, desacertadamente, en un “título preliminar”, como si se tratara de materias que tuvieran que regularse separadamente de todas las demás.

b) En el título destinado al delito, donde se establecen las bases teóricas sobre las formas de comisión del delito, la tentativa, la autoría y la participación, el concurso de delitos y las causas excluyentes del delito, el Código Penal Federal ya tiene incorporados los aciertos de la importante reforma que se produjo en enero de 1994; sin embargo, a la fecha, es manifiesto que algunos temas requieren de mayor precisión, por lo cual hay que

hacer una revisión cuidadosa de las materias, así como de los nombres de los títulos y de los capítulos que lo integran. Por ejemplo, al título que contiene todas las disposiciones referentes al delito, el Código Penal Federal lo denomina “Responsabilidad penal”, denominación demasiado concreta y específica que no abarca todas las materias que se tratan.

Sólo me referiré, por la falta de tiempo, aunque sea un poco a la ligera, a tres o cuatro cuestiones, entre ellas la regulación de la llamada comisión por omisión, que el Código Penal Federal prevé de manera desatinada. Reconoce como fuentes de garantía a la ley, el contrato y el actuar precedente, fuentes que han sido descartadas por la doctrina, por los problemas que su rigidez y formalismo originan en su aplicación. Específicamente, respecto del actuar precedente, éste se debe limitar a su realización culposa o fortuita, en virtud de que el actuar precedente doloso da lugar a la comisión por acción dolosa. Ante esta situación, se considera, y así se inscribió en el Proyecto de Código Penal modelo elaborado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que deben eliminarse las fuentes formales y en su lugar consignar en fórmulas muy concretas, situaciones de la vida real de fácil aplicación, generadoras del deber de actuar para evitar el resultado. Tales situaciones fueron adoptadas en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, y son, por tanto, ampliamente conocidas. Es garante del bien jurídico el que:

- 1) Aceptó efectivamente la custodia del bien jurídico;
- 2) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;
- 3) Con una actividad precedente culposa o fortuita generó el peligro para el bien jurídico, o
- 4) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.

Es oportuno subrayar que Mir Puig, al comentar esta fórmula, manifestó que “En la delimitación de la posición de garante se abandona, correctamente, la teoría de las fuentes formales (ley, contrato y actuar precedente) ya superada en la mejor doctrina, aunque todavía acogida en el artículo 7o. del Código Penal Federal mexicano y en el Código Penal español de 1995”.

Para acotar la fórmula de la comisión por omisión se establecen como requisitos necesarios para la tipicidad de la inactividad: la equivalencia

entre la eficacia de la omisión y la acción prohibida en el tipo y, además, la posibilidad real de actuar para impedir el resultado.

El tema de las “Personas responsables de los delitos”, denominado en otros códigos “Autoría y participación”, no lo trataré, porque, por una parte, mi opinión sobre su tratamiento difiere en mucho de lo dispuesto en esos códigos, con la salvedad del de Tabasco; y por otra, la explicación agotaría el tiempo que me resta, y prefiero abordar otras materias.

Las “Causas de exclusión del delito” merecen una revisión acuciosa para actualizar su contenido en consonancia con las teorías más avanzadas.

c) Con relación a las “Consecuencias jurídicas del delito”, es importante destacar que el Código Penal Federal, en su catálogo de “penas y medidas de seguridad”, consigna varias que deben ser eliminadas, porque no cumplen con su función de prevención general (y de prevención especial); así la amonestación, el apercibimiento y la caución de no ofender.

Por lo que respecta a la pena de prisión, ésta tiene unos parámetros francamente irracionales, tanto en su mínimo como en su máximo. Se ha probado con estudios sólidos (de criminólogos, iuspenalistas, penitenciaristas y expertos en política criminal) que ni las penas muy cortas ni las de muy larga duración son idóneas para alcanzar el objetivo de prevención general y prevención especial. Asimismo, se ha probado que el agravamiento de la pena de prisión es la medida menos adecuada para combatir la delincuencia, y a pesar de las opiniones doctas el desbordamiento de las punibilidades es irrefrenable.

Del mismo catálogo de las penas y medidas de seguridad se recomienda la extracción de la reparación de daños y perjuicios, prevista actualmente como “sanción pecuniaria”, para ubicarla en un particular apartado bajo el rubro de “Responsabilidad civil derivada del delito”, y, así reconocerle su verdadera naturaleza civil y permitir, al mismo tiempo, que el ofendido o sus derechohabientes intervengan, de manera directa, ante la autoridad correspondiente, como actores principales; pero, además, ha de preverse que cuando el ofendido o sus derechohabientes lo soliciten, el Ministerio Público intervendrá como actor subsidiario, y en el supuesto de que el Ministerio Público no cumpla con esta obligación, se hará acreedor a una sanción penal.

El cambio que se propone obedece a que la reparación de daños y perjuicios, entendida como pena pública, no ha sido eficaz para lograr el pago a que tienen derecho las víctimas del delito.

La parte especial (libro segundo) no puede ser un cuerpo desordenado de figuras delictivas; muy por el contrario, debe ser un cuerpo ordenado y sistematizado, que tenga como eje rector el bien jurídico, ya que es, precisamente, el bien jurídico el que justifica la creación de las normas penales. Doctrinariamente, el criterio mayoritario se manifiesta en el sentido de que el bien jurídico es el punto de partida en la construcción del tipo penal. Pero no hay que olvidar que el derecho penal no ha de tutelar todos los bienes jurídicos, sino sólo aquellos que son necesarios para hacer variable el integral y democrático desarrollo de los seres humanos (en sociedad) y de la sociedad misma (la armonía en la convivencia humana).

Mir Puig afirma al respecto que para que un bien jurídico en sentido político-criminal pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal debe satisfacer dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el derecho penal.

Por otra parte, también hay que tener presente que para estructurar la parte especial del Código Penal los bienes jurídicos han de considerarse tanto en su emergencia genética como en su rango valorativo; asimismo, se debe atender al aspecto esencial en un Estado de derecho: el ser humano y los derechos humanos.

En esta línea de ideas, los bienes jurídicos que de manera ineludible deben ser protegidos en el primer nivel de la estructura son los inherentes a las personas individualmente consideradas. En un segundo nivel los bienes que de manera inmediata tienen su origen en las personas, a saber: los que atañen a la familia. En un tercer nivel deberán tutelarse los bienes referentes a la sociedad. En un cuarto nivel, los que corresponden al pueblo soberano y, para concluir, deberán tutelarse los bienes propios del Estado y de la Federación de la comunidad internacional.

Estos niveles podrían configurar las diferentes secciones de la parte especial de todo código punitivo, secciones que se integrarían con títulos y capítulos ordenados, también, de acuerdo con las bases antes anotadas.

El Código Penal Federal, en su parte especial, está totalmente desfasado. Su estructura, hasta este momento, está orientada por una ideología estatista incompatible con un Estado democrático de derecho. En su título primero regula delitos contra la seguridad de la nación; en el título segundo, delitos contra el derecho internacional; seguidamente, entran los títulos relativos a los delitos contra la humanidad, los delitos contra la seguridad pública, etcétera; y hasta el título decimonoveno da cabida a los

delitos contra la vida y la integridad corporal relativos a la tutela de los bienes jurídicos de más alta jerarquía.

La ordenación de los títulos y capítulos de la parte especial tampoco se orientó por los bienes jurídicos que se protegen; ni siquiera en sus rubros siguen un único criterio rector; lo mismo se guían por el sujeto activo, que por el pasivo o por la conducta, etcétera.

No dispongo de tiempo para hacer especificaciones más concretas sobre la sistematización del Código Penal Federal; pero no quiero terminar sin antes destacar algo que considero de especial trascendencia: tanto la estructura general del Código Penal como la formulación de todas y cada una de las normas que lo integran han de meditarse a profundidad. El ordenamiento, en su totalidad, debe ser un sistema normativo consistente y resultante de una política criminal racional y coherentemente programada. Por otra forma, se puede caer en lo que ha acontecido con el denominado, en sus inicios, “Nuevo Código Penal para el Distrito Federal”: cuarenta días antes de que entrara en vigor ya había sido afectado con una reforma.¹ Hasta la fecha se han expedido, para modificar, adicionar y derogar, veinticuatro decretos.² Se ha dado el caso de que en la misma fecha se han publicado dos y hasta tres decretos.³ Se han reformado nada menos que ochenta y ocho artículos, un precepto transitorio, las denominaciones de siete capítulos y cuatro títulos, y hasta la denominación del propio ordenamiento (9 de junio de 2006) para cancelar el adjetivo de “nuevo”, que fue, francamente, un serio desatino. Además, se han adicionado veintidós artículos completos, cuatro capítulos, y cuatro párrafos y dos fracciones en diferentes artículos. Diversos artículos han sufrido hasta tres reformas, y todo esto ha ocurrido en sólo cuatro años y cuatro meses de vigencia. Esto es la inseguridad normativa en todo su esplendor.

¹ Se reformó el 3 de octubre de 2002 y entró en vigor el 13 de noviembre del mismo año.

² Uno en 2002, dos en 2003, diez en 2004, cinco en 2005, cinco en 2006 y dos en 2007.

³ Dos el 15 de septiembre de 2004, tres el 22 de julio de 2005 y tres el 9 de junio de 2006.