

# PRINCIPIO DE *ULTIMA RATIO* O EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

Moisés MORENO HERNÁNDEZ\*

SUMARIO: I. *Alcances y razones de la iniciativa presidencial.* II. *Orientación filosófico-política de la reforma.* III. *La propuesta de reformas al Código Penal.*

## I. ALCANCES Y RAZONES DE LA INICIATIVA PRESIDENCIAL

### 1. *Alcances de la iniciativa de reforma*

a) El 1o. de abril de 2004 el presidente de la República sometió a la consideración de la Cámara de Senadores una iniciativa de reforma al sistema de justicia penal y seguridad pública, que propone una muy amplia reforma de fondo a todo el sistema y que se hace sustentar en tres pilares: a) reestructurar orgánicamente las instituciones de seguridad pública; b) transformar el procedimiento penal, y c) profesionalizar la defensa penal. Dicha propuesta comprende tanto reformas constitucionales como legales diversas, que buscan renovar por completo el sistema de justicia penal, sobresañando los cambios que afectan al ámbito del sistema procesal penal, es decir, a la forma de funcionar del procedimiento penal, procurando que el nuevo modelo sea más acorde con el Estado democrático de derecho.

b) Para ello, la iniciativa propone: 1) la adopción de un modelo procesal predominantemente acusatorio y el destierro de los rasgos inquisitivos que aún persisten, para garantizar la presunción de inocencia, juicios rápidos y equilibrados, orales, transparentes y públicos; 2) la transformación de la Procuraduría General de la República en una Fiscalía General de la Federación, con carácter de órgano constitucional autónomo, en la que los fisca-

\* Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A. C.

les del Ministerio Público dirigirán la investigación de los delitos, pero sin realizar funciones de investigación policial; 3) la unificación de las policías (Agencia Federal de Investigación, AFI, y Policía Federal Preventiva, PFP) para incrementar su capacidad de combate al delito, atribuyendo las tareas de investigación a la nueva Policía Federal, bajo la responsabilidad y mando de una Secretaría Interior, que sustituirá a la actual Secretaría de Seguridad Pública; 4) la elaboración de un Código Federal de Procedimientos Penales que, acorde con las reformas que se proponen a la Constitución, transforme estructuralmente el procedimiento penal, simplifique la averiguación previa, establezca el proceso penal acusatorio, oral y público y establezca mecanismos jurídicos para garantizar los derechos de las víctimas u ofendidos del delito, así como implementar medidas alternativas de solución de los conflictos, entre otros; 5) reforma a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, a efecto de hacer más eficaz el combate a los delincuentes de esta naturaleza, manteniéndose la averiguación previa en el sentido actual y previéndose la existencia de jueces federales especializados en materia de delincuencia organizada; 6) establecimiento de procesos de certificación y control sobre el trabajo de los abogados particulares, que estaría a cargo del Consejo de la Judicatura Federal, proponiéndose la reforma del marco legal de la defensoría pública federal, que propicie la profesionalización de litigantes en materia penal; 7) creación de una nueva Ley Federal de Ejecución de Sanciones Penales, para transparentar y eficientar el cumplimiento de las penas y medidas de seguridad, previéndose la supervisión por jueces especializados; 8) reforma en materia de justicia para menores infractores, desechándose la visión “paternalista” de los consejos actuales y proponiéndose la creación de juzgados de distrito especializados en adolescentes con procesos similares a los de adultos; entre otras.

c) Es incuestionable que, a primera vista, se trata de una muy amplia reforma de fondo al sistema de justicia penal y de seguridad pública, en la que sobresalen fundamentalmente los cambios que afectan al sistema procesal penal, es decir, a la forma de funcionar del procedimiento penal, planteándose un cambio de modelo en los sistemas de seguridad pública, procuración e impartición de justicia; y de ahí que comprenda tanto reformas constitucionales como legales diversas, que buscan renovar por completo el sistema de justicia penal.

Sin embargo, aunque la reforma propuesta por el gobierno del presidente Fox sugiere cambios necesarios en el sistema de justicia penal federal y nacional, que indudablemente tendrán repercusiones en los estados, ella

puede ser calificada al mismo tiempo como muy larga y como muy corta, así como con elementos positivos y con elementos críticos, es decir, con luces y sombras. En efecto, la iniciativa puede ser calificada de muy amplia, porque propone la reforma a una gran diversidad de aspectos del sistema de justicia penal y de seguridad pública, como se ha señalado y como puede observarse de los contenidos de cada una de las propuestas. Pero a la vez resulta corta, por las razones siguientes: la reforma parece limitarse únicamente al ámbito federal, a pesar de incluirse reformas a la Constitución Política, cuando no hay duda que la gran problemática se encuentra en el ámbito local, y, por otra, la iniciativa deja totalmente fuera de consideración a la política de prevención general de la delincuencia, lo que quiere decir que le apuesta todo a las medidas de represión de carácter penal, así como a la intervención policial.<sup>1</sup>

En otros términos, independientemente de su importancia y necesidad, y con independencia de la idea por nosotros defendida de que la reforma en México debe ser integral y coherente, la amplia propuesta de reforma contenida en la iniciativa se antoja mucho más complicada, ya que los datos e indicadores mundiales con que se cuenta señalan que en ningún país, en ninguna parte del mundo, se ha pretendido hacer —al mismo tiempo y sin una previa y debida planificación— una reforma de tal complejidad. Debe, además, tenerse presente que México es un Estado federal, por lo que se trata no sólo de una, sino de 34 reformas penales y procesales penales; es decir, siendo 31 estados de la Federación, un Distrito Federal, una justicia federal y una justicia militar,<sup>2</sup> y en tanto se planteen reformas a la Constitución Política y se mantenga la idea de seguir hablando de tantos códigos penales y de procedimientos penales, la reforma no puede limitarse únicamente al ámbito de lo que actualmente es federal. Considero, por ello, que se trata de una propuesta en la que no se han calculado las fuerzas para aco-

<sup>1</sup> Las reformas que en materia de policía se introducen, se concretan sólo a: *a*) crear la Policía Federal, que fusione a la Agencia Federal de Investigaciones (AFI) y a la Policía Federal Preventiva (PFP), argumentándose que es para incrementar su capacidad de combate al delito; *b*) darle facultades para investigar a las policías federal, estatales y municipales, bajo las directrices que determinen los fiscales (antes Ministerio Público) y se elimina el mando orgánico del Ministerio Público sobre la policía; *c*) integrar un sistema policial nacional que contemple la creación del currículo policiaco nacional y el sistema de carrera policial, mediante la estandarización de la profesionalización y equipamiento de los cuerpos policiacos, y *d*) integrar un sistema de inteligencia policiaca, fusionando inteligencia criminal con inteligencia para prevención.

<sup>2</sup> La cual no puede ni debe quedar fuera de consideración.

meter tal empresa, en la que no existe el cálculo de las necesidades ni de los recursos para enfrentarlas, si bien ha habido expresiones en el sentido de que ellas no implicarán mayores recursos. Tampoco se ha previsto la planeación, o al menos nadie la ha presentado hasta ahora, ni los mecanismos indispensables para controlar el cambio que se propone, porque al parecer no se tiene claridad sobre sus diversas implicaciones.

## 2. Razones que justifican la reforma

a) Son incuestionables las razones que se señalan en la exposición de motivos para justificar las diversas medidas político-criminales que se proponen, ya que no puede negarse la insatisfacción de la sociedad con relación a los actuales niveles de seguridad y de justicia penal, que no han dado los resultados que aquélla espera, con la consiguiente desconfianza hacia las instituciones, provocada por el incremento de la delincuencia y de la inseguridad pública, el crecimiento de la impunidad, que son clara muestra de que los objetivos del derecho penal están muy distantes de alcanzarse, pues aún no hay una efectiva protección de los bienes jurídicos de los individuos y de la colectividad frente al delito. De ahí que no falta razón cuando se afirma que el sistema de justicia penal y de seguridad pública atraviesa una fuerte crisis en cada uno de sus sectores y niveles. Y ello es así, aun cuando el sistema penal, y particularmente la legislación en materia penal, haya sido objeto de múltiples cambios en los últimos tiempos, siempre bajo el argumento de que con tales reformas se logrará, por fin, combatir eficazmente el problema de la delincuencia y de la impunidad y se podrá garantizar de una vez por todas la seguridad pública.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Sobre la crisis del sistema de justicia penal y sus causas me he ocupado desde hace más de cuatro lustros, por lo que considero válidas las razones que ahora se exponen. Véase sobre esto: Moreno Hernández, M., "Política criminal y reforma penal. Algunas bases para su democratización", *Ius Poenale*, México, Cepolcrim, 1999, pp. 51 y ss. Rico, José M., *Crimen y justicia en América Latina*, 2a. ed., México, Siglo XXI, 1981; Porte Petit, C., *Hacia una reforma del sistema penal*, México, 1985; Cárdenas, Raúl F., *Necesidad de la reforma penal en México*, México, Porrúa, 1964; García Ramírez, S., *Proceso penal y derechos humanos*, México, Porrúa, UNAM, 1992, pp. 9 y ss.; *id.*, *Los derechos humanos y el derecho penal*, 2a. ed., México, Porrúa, 1987; Quiroz Cuarón, A., "Crisis de la administración de justicia penal", en Ovalle Favela, J. (comp.), *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, México, UNAM, 1988, pp. 263 y ss.; Rodríguez Manzanera, L., *La crisis penitenciaria y los sustitutivos de la prisión*, México, 1984.

b) Las causas de esa crisis o falta de funcionalidad del sistema son perceptibles tanto en el ámbito de la legislación penal (sustantiva, procesal y ejecutiva) como en la forma de aplicación de la ley penal y, por tanto, en la forma de actuación de los encargados de aplicarla a los casos concretos, como son los agentes del Ministerio Público, juzgadores, encargados de los centros de reclusión, sin excluir a los abogados defensores, entre otros. Por ello, es igualmente indiscutible la necesidad de revisar y renovar los sistemas de procuración y administración de justicia, a efecto de dar respuesta a los reclamos sociales.

En efecto, las manifestaciones de los diversos sectores sociales advierten con bastante claridad que los vigentes preceptos jurídicos se encuentran notoriamente retrasados con relación a las exigencias de una sociedad moderna, y que las legislaciones obsoletas obstaculizan la realización de una reforma positiva, por no poder acoplarse al ritmo de los cambios sociales, ya que, además de encontrarse desvinculadas de los problemas actuales, continúan tejidas en torno de principios y supuestos propios de otras épocas; por ello se plantea la necesidad de que tales legislaciones sean revisadas y ajustadas a los tiempos actuales.<sup>4</sup>

c) Además de la situación crítica anteriormente señalada, también se observa que el sistema penal y procesal penal se ha ido apartando de los criterios y principios propios del Estado democrático de derecho, y se le ha ido orillando cada vez más hacia los extremos propios de sistemas autoritarios, tanto por los criterios que se le han ido introduciendo como por la forma de funcionar. Es decir, lejos de ser un sistema eficaz, que garantice la adecuada protección de los intereses de los individuos y de la sociedad, se ha ido convirtiendo en un instrumento con el que frecuentemente se incurre en abusos de poder y, consecuentemente, en detrimento de los derechos de los ciudadanos. En efecto, se le han ido introduciendo criterios político-criminales que

<sup>4</sup> Así lo han manifestado desde hace ya tiempo, entre otros, García Ramírez, S., "Intervención en el Segundo Congreso Nacional de Doctores en Derecho" el 11 de noviembre de 1983, *Revista Mexicana de Justicia*, vol. 1, núm. 4, octubre-diciembre de 1983, pp. 281 y ss.; Porte Petit, C., "Necesidad de la reforma penal mexicana", *Problemas penales de México*, México, Colegio de Estudios Penales de México, Jus, 1952, pp. 251 y ss.; *id.*, "El Código Penal mexicano del porvenir (1943)", *Hacia una reforma del sistema penal*, México, 1985, pp. 37 y ss.; Moreno Hernández, M., "Necesidad de la reforma penal integral en México y criterios para la misma", *Boletín Informativo* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, núm. 2, marzo-abril de 1983, pp. 60 y ss.; Madrazo, Carlos A., *La reforma penal (1983-1985)*, México, Porrúa, 1989, pp. 1 y ss.

obedecen a la idea de permitir un ejercicio menos limitado del poder penal, que admitan que el sistema penal sea utilizado no tanto como un mecanismo para proteger debidamente los derechos de los ciudadanos, sino como un instrumento de dominación y de sujeción del hombre frente al Estado; lo que, sin duda, no puede aceptarse cuando de Estado de derecho se habla, que conforma su existencia y su desarrollo dentro del marco del derecho y que reconoce y respeta ampliamente derechos del hombre.

Por razón de lo anterior, resulta también necesaria la revisión y renovación del sistema de justicia penal para preservar el Estado de derecho, siendo por ello fundamental la transformación del sistema procesal penal y la necesidad de adoptar uno que se acomode a las exigencias del Estado democrático de derecho, como lo señala la ley fundamental. Por la misma razón, resulta conveniente determinar qué tanto la iniciativa presidencial prevé realmente los mecanismos y criterios para lograr ese acomodo a las exigencias del Estado democrático de derecho, o qué tanto encierra contenidos que siguen una tendencia opuesta y que, por ello, lejos de mejorar el sistema de justicia penal, la alejen de tales exigencias, la compliquen y acrecienten la crisis.

## II. ORIENTACIÓN FILOSÓFICO-POLÍTICA DE LA REFORMA

### *Lo expresado en la exposición de motivos y en los textos*

a) Por razón del cuestionamiento anterior, la reforma al Código Penal no puede verse aisladamente, sino como parte de un todo. Si atendemos a lo expresado en la exposición de motivos y a ciertos contenidos de la iniciativa, puede afirmarse que, en términos generales, la iniciativa presidencial trata de seguir una orientación filosófico-política que procura responder a los objetivos de un sistema penal de un Estado democrático de derecho. En efecto, por lo que hace a la exposición de motivos de la propuesta de reformas a la Constitución, se afirma, por una parte, que el rediseño del sistema procesal penal vigente obedece a la idea de hacerlo acorde con los principios del Estado democrático de derecho, que están reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos asumidos por México; de ahí la necesidad de introducir en el sistema procesal acusatorio los princi-

pios de oralidad, intermediación, contradicción, publicidad, concentración, economía procesal y presunción de inocencia, que tendrán como resultado un sistema de justicia penal realmente garantista y democrático. Por otra parte, se indica que el uso de la “justicia alternativa”, para fomentar la “justicia restaurativa” y la “recomposición social”, permitirá utilizar el derecho penal como *ultima ratio*.<sup>5</sup> Esta misma idea se reitera en la exposición de motivos de la propuesta de nuevo Código Federal de Procedimientos Penales.<sup>6</sup> Lo propio se observa en la exposición de motivos de la reforma al Código Penal Federal, donde se afirma igualmente que “la respuesta penal debe ser siempre la *ultima ratio*, es decir, que siempre será preferible acudir a otras instancias menos lesivas de bienes jurídicos, pues sólo así existirá legitimación y racionalidad en la creación y aplicación de las normas jurídico penales”. Además, cuando se trata de caracterizar a la política criminal que se pretende seguir, esta idea es vinculada con la del Estado social y democrático de derecho, al afirmar que “es un deber del gobierno de la República el buscar la adecuación del sistema sustantivo penal a las exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho y al reclamo de un mayor número de garantías”.<sup>7</sup>

b) Si nos basáramos únicamente en el contenido de la exposición, al menos en lo que expresa la orientación filosófico-política de la reforma, seguramente habría razón suficiente para afirmar que se trata de un importante documento que debe merecer todo el reconocimiento y al que no se le puede regatear apoyo alguno de los diferentes sectores sociales, pues trata de responder a un propósito que sin duda satisface las aspiraciones o expectativas de la colectividad; además, porque se corresponde con los propósitos por los que siempre hemos pugnado.<sup>8</sup> En otras palabras, si nos atenemos al

<sup>5</sup> Cfr. Exposición de motivos de la iniciativa de Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que el presidente Vicente Fox Quesada envió al Senado de la República el 29 de marzo de 2004.

<sup>6</sup> Que por cierto le da mucha importancia al informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, para el diseño de la reforma procesal.

<sup>7</sup> Véase exposición de motivos de la iniciativa de Decreto por el que se expide el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley Federal de Ejecución de Sanciones Penales..., y se reforman, adicionan y derogan diversos artículos... del Código Penal Federal..., que el presidente Vicente Fox Quesada envió al Senado de la República el 29 de marzo de 2004.

<sup>8</sup> En efecto, desde hace más de cuatro lustros hemos venido pugnando por la vigencia de un sistema de justicia penal que responda a las exigencias del Estado democrático

discurso plasmado en el texto de la exposición de motivos, no habría ningún reparo para caracterizarlo como el discurso político-criminal que se corresponde con las exigencias del Estado democrático de derecho, y, por ello, que se trata de una tendencia político-criminal que desde esta perspectiva nadie podría cuestionar para que se plasme en la legislación penal mexicana.

Sin embargo, el análisis de la iniciativa no debe detenerse en la exposición de motivos, sino comprender sobre todo el de los contenidos de los textos legislativos que se proponen, para ver si en ellos efectivamente se mantiene la coherencia ideológica y técnica de lo que se propone, así como establecer si se han tomado en consideración las diversas implicaciones teórico-prácticas que tendrán las nuevas estrategias político-criminales. Ya que se trata de un proyecto sumamente amplio, que pretende afectar el fondo de las cosas, requiere ser objeto de un detenido análisis para determinar sus alcances y sus implicaciones, así como para destacar sus fortalezas y sus debilidades y, en su caso, señalar las sugerencias necesarias para evitar las contradicciones internas y posibilitar su mejoramiento. Pero, precisamente por esas características, en esta ocasión no podremos hacer dicho análisis, sino que sólo nos ocuparemos de las propuestas de reforma al Código Penal Federal, que por cierto es el menos afectado de todo este paquete, y, por ello, no parece existir correspondencia entre lo que se afirma en su exposición de motivos y lo que efectivamente se modifica, ya que, si nos detenemos en el punto relativo a su orientación ideológica, la reforma está muy distante de observar el principio de *ultima ratio* y, por ello, está muy distante de observar las exigencias del Estado democrático de derecho.

### III. LA PROPUESTA DE REFORMAS AL CÓDIGO PENAL

Dado que el objetivo central de las Quintas Jornadas sobre Justicia Penal, que son organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, es analizar la iniciativa de reformas que el Ejecutivo Federal envió a fines de marzo de 2004 al Congreso de la Unión, por ahora sólo nos ocuparemos de algunos aspectos relacionados con la propuesta de refor-

de derecho, así como señalado los criterios que deben sustentarlo. Véase por todo ello, nuestro, *Política criminal y reforma penal. Algunas bases para su democratización en México*, México, 1999.



mas al Código Penal Federal. No hay duda de que la reforma a la legislación penal es fundamental, pues en ella se establecen los criterios que deben orientar la actuación que corresponde a los órganos del Estado que tienen la función de aplicarla a los casos concretos, para que el ejercicio del poder penal no se extralimite, sino que se desarrolle dentro de *límites* precisos. Pero parece que en esta ocasión no se le ha asignado la importancia que le corresponde, ya que sólo aparece en el capítulo relativo a las reformas complementarias.<sup>9</sup>

### 1. *Razones generales*

a) En primer lugar, en la exposición de motivos de las reformas que se proponen al Código Penal Federal se destaca que el derecho penal debe cumplir una función eminentemente social, es decir, que debe atender a las necesidades sociales, mediante la protección de bienes jurídicos fundamentales, lo cual trata de lograr a través de la generación de los tipos penales y de las punibilidades, que tienen la función de prevenir la comisión de conductas delictivas y de hacer posible la convivencia social de los seres humanos. Por lo que, se dice, el derecho penal debe actualizarse constantemente.

b) Se propone para ello:

- 1) Reformar la regulación del delito de comisión por omisión, previsto en el párrafo segundo del artículo 7o. CPF, para precisar la calidad de garante como uno de los requisitos de esa figura.
- 2) Reformar el artículo 13, CPF, para regular con mayor claridad las diferentes formas de la autoría y participación.
- 3) Reformar la regulación de la legítima defensa, para sustituir el criterio de la racionalidad de los medios empleados en la defensa por el de “racionalmente de la defensa”, que debe regirse por el criterio de la “proporcionalidad”.

<sup>9</sup> La afirmación anterior no se contrapone con la que también he sostenido, en el sentido de que la más urgente reforma para transformar el sistema de justicia penal —más que la de la legislación penal material— es la que debe darse en el ámbito de la legislación procesal penal, que es la que directamente tiene que ver con la forma de funcionar de los diferentes órganos estatales que tienen injerencia en el proceso penal.

- 4) Regular la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad (genocidio y violación de deberes de la humanidad), así como de los delitos de tortura y desaparición forzada de personas.
- 5) Derogar diferentes tipos penales, por diferentes razones (artículos 161, 163, 176 y 195).
- 6) Sancionar la fuga de presos (artículo 154); reformar intercepción de comunicación no dirigida al autor (artículo 173, II); la negativa de la Policía Federal a prestar sus servicios (artículo 215, V); los delitos de defensores (artículos 232, III y 233); abandono de personas (artículo 343).
- 7) Crear nuevos tipos penales en materia de delitos contra la autoridad (artículos 178-180) y delitos cometidos contra la administración de justicia (artículo 226); secuestro express (artículo 366 quintus) y prácticas discriminatorias (artículo 366 sextus).
- 8) Ponerle nombre al título de penas y medidas de seguridad, hablando de sanciones (título segundo).
- 9) Homologar sanciones pecuniarias previstas en pesos para fijarlas en días multa, así como aumentar sus montos.
- 10) Incrementar la pena de prisión para delitos de falsedad (artículos 247, 248 y 248 bis) y los de abogados que en el ejercicio de su profesión simulen actos jurídicos, alteren elementos de prueba o presenten testigos falsos (artículo 231), entre otros.

c) Con relación a estas propuestas de reformas al Código Penal Federal, puede afirmarse lo mismo que se ha dicho por lo que hace a las reformas que se sugieren a la Constitución Política: *a*) la mayoría de ellas son reformas carentes de importancia; son innecesarias e inocuas (como las señaladas en los incisos 5, 6, 8, 9 y 10); *b*) otras sólo obedecen a meros pruritos técnicos, pero que no tienen efectos prácticos de relevancia<sup>10</sup> (tal es el caso de las reformas señaladas en los incisos 1, 2 y 3, que se refieren a la calidad de garante en los delitos de comisión por omisión, a las formas de autoría y participación, y a los requisitos de la legítima defensa, respectivamente); *c*) otras, las menos, revisten cierta importancia porque responden a actuales exigencias sociales (como es el caso de la imprescriptibili-

<sup>10</sup> En la exposición de motivos no se citan casos en que la regulación actual haya presentado los problemas técnicos que se señalan.

dad de los delitos contra la humanidad, y el caso del secuestro express, incisos 4 y 7); *d*) finalmente, otras que resultan bastante cuestionables.

Podría afirmar que, en realidad, con las propuestas de reforma al Código Penal Federal muy poco se atiende a los reclamos de la sociedad, de combatir la delincuencia, la impunidad, la corrupción, y garantizar la seguridad pública. Es cierto que el Código Penal es el menos indicado para ello; pero, ya que se le toca, debería tocársele en los aspectos más determinantes, para poder hablar igualmente de una legislación penal sustantiva moderna que responda a las exigencias del Estado democrático de derecho.

## 2. *La cuestión de la ultima ratio (fundamentos y alcances)*

a) Como se ha dicho, en la exposición de motivos de la propuesta de reformas a la Constitución Política se afirma la idea de que el derecho penal debe ser utilizado como *ultima ratio*, idea que se reitera en la exposición de motivos de la reforma al Código Penal Federal, y con la que no puedo sino estar totalmente de acuerdo. Según dicho principio, “la respuesta penal debe ser siempre la ultima ratio”, es decir, el último recurso de que el Estado debe echar mano, ya que “siempre será preferible acudir a otras instancias menos lesivas de bienes jurídicos, pues sólo así existirá legitimación y racionalidad en la creación y aplicación de las normas jurídico penales”.<sup>11</sup> Estoy de acuerdo con esta idea, porque ella se vincula con la de Estado democrático de derecho, que reconoce al hombre como persona y como fin en sí mismo y reconoce su dignidad humana, así como los derechos que son inherentes a su naturaleza humana. El sistema de justicia penal, por tanto, debe responder a las exigencias características del Estado democrático de derecho, y, por ello, sustentarse en principios fundamentales que tienen la función de establecerle límites a la potestad punitiva estatal y garantizar los derechos del hombre frente al ejercicio del poder.

Pero, como he dicho, si nos atenemos al discurso plasmado en el texto de la exposición de motivos, no habría ningún reparo para caracterizarlo como el discurso político-criminal que se corresponde con las exigencias

<sup>11</sup> Exposición de motivos de la iniciativa de Decreto por el que se expide el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley Federal de Ejecución de Sanciones Penales..., y se reforman, adicionan y derogan diversos artículos... del Código Penal Federal..., que el Presidente Vicente Fox Quesada envió al Senado de la República el 29 de marzo de 2004, p. 77.

del Estado democrático de derecho y, por ello, que merece total aceptación y apoyo. Pero, según veremos a continuación, el discurso que expresa lo que se quiere en este caso no logra manifestarse con toda claridad en el texto de la ley que se propone o que finalmente resulta aprobada.

b) Por ello, antes de entrar al análisis de algunas de las propuestas concretas de reforma al Código Penal quisiera hacer algunas consideraciones sobre el principio de *ultima ratio* del derecho penal, para determinar si la reforma que se propone realmente se rige por él o si sólo se le utiliza como pretexto. Para ello, establezco las siguientes cuestiones: ¿qué es lo que determina que el derecho penal tenga o no intervención?; ¿qué determina si esa intervención tiene límites o no y, en su caso, cuáles son esos límites?; en otros términos, ¿cómo se puede saber cuándo algo requiere de la protección del derecho penal y cuándo algo puede ser protegido por otra área del derecho? Para referirme a estas cuestiones, parto de la base de que el derecho penal es un instrumento político-criminal del Estado, que éste puede utilizar para ciertos fines<sup>12</sup> y que puede revestir diversas características según sea concebido y utilizado por el propio Estado. En efecto, éste puede utilizar al derecho penal “al servicio” del hombre o para otros fines, incluso “para servirse” del hombre; por lo que, entonces, la cuestión será, por una parte, precisar cuál es la función que dentro de la política criminal y del sistema jurídico le corresponde al derecho penal y, por otra, determinar los límites que pueden existir en una y otra forma de utilización de ese medio de control social.

Aunque la anterior cuestión parece ser muy simple, ha ocupado gran parte de la atención de la dogmática penal y de la teoría de la política criminal, pues tiene que ver nada menos que con la función que corresponde al derecho penal y, por tanto, con su legitimación y con sus límites, sin que en torno a ellas haya *communis opinio* hasta ahora ni que se viva una situación pacífica en la doctrina. Sin embargo, puede afirmarse que es aún dominante la opinión en la doctrina penal de que la misión fundamental del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, individuales o colectivos, que son considerados fundamentales para la vida pacífica y ordenada en comunidad, frente a los ataques más intolerables provenientes de los propios

<sup>12</sup> Que son “fines” que tienen que ver con funciones que al propio Estado corresponden desarrollar. En tanto que el Estado tiene el monopolio de muchas cosas, como sucede en el ámbito de la seguridad pública y de la justicia penal, a él corresponde el perseguir los delitos y castigar a los delincuentes.

comportamientos humanos. Es decir, teóricamente hablando, el objeto de protección del derecho penal lo son los bienes o intereses de las personas vistas tanto individual como grupalmente; por lo que, para determinar qué intereses o bienes requieren de protección por parte del derecho penal o, en otros términos, en qué casos se justifica la intervención del derecho penal para el logro de ese objetivo, el Estado habrá que tomar en consideración las exigencias que las propias personas vayan planteando, para vivir o convivir en forma pacífica y ordenada en sociedad.

Pero al hacer uso del derecho penal, el Estado puede observar ciertos criterios o principios, que tienen la función de limitar el ejercicio del poder penal, o puede no observarlos; puede también determinar que el derecho penal sea utilizado para proteger bienes jurídicos, o que se ocupe de otras cosas que directamente podrían no ser de interés para los individuos o para la colectividad, como sería, por ejemplo, la propia consolidación o autoconstatación del Estado. Asimismo, de él dependerá el que el derecho penal sea utilizado sólo para proteger bienes jurídicos frente a las conductas humanas o hacerlo también frente a ataques animales, o incluso frente a fenómenos de la naturaleza,<sup>13</sup> lo que tiene que ver con el ámbito de intervención del derecho penal y con ámbito de lo que puede ser el objeto de sus regulaciones. En efecto, si se atiende a ciertas consideraciones básicas y se limita la intervención penal sólo al ámbito de las conductas humanas, es decir, que sólo la conducta humana es considerada objeto de regulación penal, se tratará de un uso limitado del derecho penal; en cambio, si se le utiliza también frente a meros estados o situaciones de la persona,<sup>14</sup> el ensanchamiento del derecho penal es indudable.

Lo anterior quiere decir que puede haber formas liberales o democráticas y formas autoritarias o totalitarias de cómo utilizar al derecho penal. En otros términos, el poder penal —como expresión de la política criminal— puede ejercerse con límites o sin límites y, por tanto, puede observar o no ciertos criterios o principios y revestir por ello determinados rasgos característicos, rasgos que dependerán de la ideología que le sirva de base, así como del tipo de Estado de que se trate. Esa ideología es la que puede indicarnos si se trata de un derecho penal que se corresponde a exigencias de un Estado democrático de derecho o a las de un Estado autoritario o absolutista.

<sup>13</sup> Sobre todo si se trata de un legislador que piensa tener un poder omnipotente, que cree tener el poder para prohibir u ordenar fenómenos de la naturaleza.

<sup>14</sup> Por ejemplo, el ser vago o malviviente, o el ser drogadicto u homosexual.

c) Por ser, entonces, el derecho penal un instrumento del Estado, éste le puede imprimir las características que desee, ya sea colocándolo en los extremos de un sistema penal democrático o en los de un sistema penal autoritario, o bien lograr un punto intermedio.<sup>15</sup> El derecho penal, en todo caso, cualesquiera que sean sus rasgos característicos, será un indicador importante para caracterizar al conjunto estatal, ya sea como un Estado democrático o como un Estado autoritario, independientemente de otros indicadores. Por otra parte, dentro del conjunto de medidas o estrategias político-criminales que el Estado puede adoptar para enfrentar al delito pueden encontrarse aquellas que tienen un carácter eminentemente represivo y aquellas que son de índole preventiva, o bien las que pueden cumplir una función mixta, tanto preventiva como retributiva; pudiéndose observar, a su vez, la prevalencia de alguno o de otro tipo de política criminal, según el carácter predominante de las medidas. Lo que importará, entonces, será ver cuál tipo de derecho penal se corresponde con los lineamientos que establecen tanto la Constitución Política como los instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano, y, con base en ello, ver la orientación de la reforma planteada por el Ejecutivo Federal.

1. Por un extremo, el Estado puede partir de la idea de que sólo una política criminal eminentemente represiva puede garantizar el combate eficaz de la delincuencia y lograr establecer la paz y la seguridad públicas, por lo que el único instrumento para ello lo sería el derecho penal (entendido éste en el sentido más amplio, abarcador no sólo del derecho penal sustantivo, procesal y ejecutivo, sino también de los otros sectores del sistema de justicia penal). Dentro de esta concepción podrían caer, a su vez, múltiples posibilidades político-criminales: creación desmesurada de tipos penales; incremento irracional de las penas; aumento de las causas de agravación de las penas; disminución de las posibilidades de defensa; reducción de beneficios para cierto tipo de delitos; ampliación de la oportunidad en la actuación del Ministerio Público y de sus auxiliares, aun en detrimento de derechos, como el de defensa; incremento del número de policías, ministerios públicos, jueces, etcétera, importando más la cantidad que la calidad, más la eficacia que la observancia de principios; mayores obstáculos a la libertad provisional bajo caución; uso desmedido de la prisión preventiva y de la pena de prisión, careciendo de alternativas; aumento de centros de reclu-

<sup>15</sup> Que sin duda es el punto donde se encuentra ubicado el mayor número de los derechos penales, que con frecuencia oscilan hacia un extremo u otro.

sión y, entre éstos, de aquellos de máxima seguridad (que parecen obedecer a la idea de una crueldad extrema, sin mayor consideración de los derechos humanos); persecución y sanción a servidores públicos que parezcan benévolos con los delincuentes; entre otras. Es decir, la expresión político-criminal se reduciría a un mero endurecimiento desmedido de las medidas penales y a la adopción de medidas irracionales,<sup>16</sup> incluyendo entre ellas las medidas de excepción para cierto tipo de delincuencia, como es la relativa al tráfico de drogas, o al terrorismo,<sup>17</sup> medidas que sin duda limitan la observancia de principios fundamentales y de garantías que la Constitución prevé para todo tipo de procesado; pero se trata de una tendencia que no sólo se limita a la llamada “delincuencia organizada”, sino que tiene la pretensión de alcanzar a un mayor número de delitos<sup>18</sup> y de convertirse incluso en la regla.

Un sistema penal con estas características no puede en modo alguno merecer el calificativo de sistema penal democrático, ya que en él los integrantes de la sociedad viven constantemente bajo la amenaza penal o —si se quiere exagerar— bajo el “terror penal”, como única forma de imponer una convivencia social, so pretexto de que todas esas medidas son para combatir eficazmente la delincuencia y garantizar la seguridad pública, es decir, para la mejor protección de la ciudadanía y que, por tanto, ellas son totalmente justificables. Los derechos humanos parecen tener aquí muy poca importancia, pues no constituyen un factor determinante para limitar el poder penal del Estado; de ahí que el sistema pueda ser caracterizado como un sistema penal de corte autoritario, en el que la seguridad se convierte

<sup>16</sup> Dentro de esta misma concepción se puede ubicar también aquella tendencia que pretende la implantación de la pena de muerte, que es una tendencia que se cierra frente a alternativas más racionales. En México es perceptible este tipo de actitudes incluso dentro del sector académico, que se intensifica ante la presencia de ciertos hechos verdaderamente reprobables, como el secuestro.

<sup>17</sup> Ejemplo de ello lo constituye el orden militar denominada “Detención, trato y juicio de ciertos no ciudadanos en la guerra contra el terrorismo”, emitida por el presidente de los Estados Unidos (el 13 de septiembre de 2001), a raíz de la agresión del 11 de septiembre de 2001 en las ciudades de Nueva York y Washington, como respuesta a esa agresión, que evidentemente se trata de un instrumento jurídico que adoptó una tendencia claramente autoritaria, por apartarse de toda justicia de corte democrático. *Cfr.* García Ramírez, Sergio, “Normas penales para la «guerra contra el terrorismo»”, *Criminalia*, México, año LXVIII, núm. 1, enero-abril de 2002, pp. 3 y ss.

<sup>18</sup> Como se observa de los contenidos de las reformas al Código Penal y al Código de Procedimientos Penales, federal y distrital, que entraron en vigor en 1999, a raíz de la iniciativa que en diciembre de 1997 el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión.

en un concepto simbólico. Esta situación se intensifica en los tiempos actuales, cuando además del desarrollo de la delincuencia organizada transnacional se afirma que vivimos en una sociedad de riesgos, que permite que el derecho policial preventivo se rearme anticipando la defensa policial del peligro en el ámbito de los peligros potenciales y de los riesgos abstractos, justificándose todos los medios de intervención estatal, desde los medios de investigación encubierta hasta las escuchas en viviendas.<sup>19</sup> En fin, como dice Peter-Alexis Albrecht, el Estado se arroga en el derecho penal posibilidades de intervención ilimitadas, de forma que, para los ciudadanos, la moderna legislación penal resulta absolutamente misteriosa, pudiéndose caracterizar a la política criminal como una especie de contrailustración, por la erosión de sus principios.

2. Por el otro extremo se encontraría el sistema penal democrático, que se basa en una política criminal igualmente democrática, que no concibe al derecho penal —y a toda medida represiva— como el primero y único recurso de que el Estado puede echar mano para la protección de bienes jurídicos y garantizar la seguridad ciudadana, es decir, no considera al derecho penal como la panacea. Por el contrario, para este tipo de sistema penal y de política criminal el derecho penal constituye sólo uno de los tantos recursos que el Estado puede utilizar para la protección de determinados bienes jurídicos —individuales y colectivos— y, de esa manera, coadyuvar en el mantenimiento de la vida ordenada en comunidad. En este tipo de sistema, entonces, el derecho penal no debe ser el primero y único recurso, sino el último; por lo que el Estado debe agotar otros medios antes de acudir a él. Por otra parte, dentro de una concepción democrática, el derecho penal no es concebido como un instrumento de sujeción del hombre, sino como un instrumento al servicio del hombre, individual o grupalmente considerado.

El derecho penal con tales características parte de una determinada concepción del hombre —quien constituye el centro de atención y el principal destinatario de las normas penales— y de una determinada concepción del Estado. El hombre no es concebido como una cosa o un instrumento, que el Estado pueda utilizar para el logro de sus propios fines, sino como una persona, como un fin en sí mismo, como un ser libre y capaz;<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Cfr. Albrecht, Peter-Alexis, *El derecho penal en la intervención de la política populista*, pp. 471 y ss.

<sup>20</sup> Cfr. sobre esto, Zaffaroni, E. R., *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1977, pp. 206 y ss.; Buber, Martín, *¿Qué es el hombre?*, México, Fondo de



sólo una idea así puede servir para legitimar el derecho a castigar (*ius puniendi* estatal) y para justificar que el Estado le pueda exigir al hombre que ajuste su conducta a los contenidos de las normas que él da origen, o a imponerle sanciones por no haber ajustado su conducta a tales exigencias normativas. Es a partir de una concepción así que puede hablarse de derechos que son inherentes a su naturaleza humana, los que, a su vez, pueden constituir un importante criterio de delimitación del poder penal (o derecho a castigar) que tiene el Estado. El Estado, según esta concepción, no es absoluto y, por tanto, no tiene un poder ilimitado, sino un poder que tiene límites. Conforme a ello, el *ius puniendi* estatal tampoco puede ser un poder ilimitado ni debe ejercerse arbitrariamente, sino que tiene límites precisos, a los que debe mantenerse fiel para no caer en los extremos propios de un poder autoritario o absolutista. Esos límites se basan en el reconocimiento de la dignidad humana y en ciertos principios fundamentales, de carácter formal o de índole material, así como en la aceptación de ciertas estructuras lógico-reales de sus propios objetos de regulación.<sup>21</sup>

3. Ahora bien, ¿por cuál tipo de derecho penal habrá que optar en México?; ¿hacia dónde se orientan las actuales tendencias político-criminales?; ¿cuál es el tipo de sistema penal que consagra nuestra Constitución Política?; ¿qué camino sigue la reforma propuesta por el Ejecutivo Federal?; ¿riñe la observancia de los principios propios de un Estado democrático de derecho con la idea de funcionalidad del sistema penal?

De esos tipos extremos de política criminal y de derecho penal antes señalados, que por supuesto ninguno se manifiesta en su forma pura en los tiempos modernos, podríamos decir que la actual tendencia internacional dominante, al menos en el plano teórico, se pronuncia por la vigencia de un derecho penal más acorde a las exigencias del Estado social y democrático de derecho,<sup>22</sup> que sea por ello ampliamente respetuoso de los derechos hu-

Cultura Económica, 1964; Moreno Hernández, Moisés, "Algunas bases para la política criminal del Estado mexicano", *Revista Mexicana de Justicia*, vol. III, núm. 2, abril-junio de 1985, pp. 117 y ss.; *id.*, "El Estado de derecho mexicano", *Crónica Legislativa*, México, Órgano de Información de la LVI Legislatura, nueva época, año V, núm. 8, abril-mayo de 1996, p. 61.

<sup>21</sup> Cfr. Welzel-Radbruch-Eb., Schmidt, *Derecho injusto y derecho nulo*, Madrid, 1971; Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho y naturaleza de las cosas*, Córdoba, 1971; Zaffaroni, E. R., *op. cit.*, nota 20, p. 208.

<sup>22</sup> Véase, entre otros, Jescheck, H. H., "Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal", *La reforma del derecho penal*, Bellaterra, Uni-

manos; esto es, de un derecho penal que se ajuste a los lineamientos y directrices marcados por las Constituciones Políticas de tales tipos de Estados, así como por los instrumentos internacionales que sobre esta materia se han aprobado por la mayoría de los países del mundo (como son, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, entre otros).<sup>23</sup> Dado que México es, según se deriva de la Constitución Política, un Estado democrático de derecho, su política criminal y su derecho penal no pueden sino ser acordes a dicho tipo de Estado.

Es *communis opinio* que uno de los criterios determinantes para delimitar la potestad punitiva del Estado lo es el reconocimiento y respeto de los *derechos humanos*; pero también es claro que no toda política criminal se basa en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos y, por ello, no todas responden a las exigencias del Estado democrático de derecho, sino que las hay que en sus diversos niveles y aspectos desatienden o vulneran —incluso ampliamente— los derechos humanos. Por tal razón, puede afirmarse la existencia de políticas públicas para enfrentar al crimen que se apartan de las directrices delimitadoras, en las que la consideración de los derechos humanos no constituye un aspecto importante y, por tanto, no es

versidad Autónoma de Barcelona, 1980, pp. 9 y ss.; Stratenwerth, G., “Tendencias y posibilidades de una reforma del derecho penal”, *La reforma del derecho penal*, Bellaterra, 1980, pp. 39 y ss.; Roxin, Claus, “El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo”, *La reforma del derecho penal*, Bellaterra, 1980, pp. 93 y ss.; Rodríguez Mourullo, G., “Directrices político-criminales del anteproyecto de Código penal”, *La reforma del derecho penal*, Bellaterra, 1980, pp. 165 y ss.; Hormazábal, Hernán, “Política penal en el Estado democrático”, *El poder penal del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1985, pp. 155 y ss.; Mir Puig, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1979; Solá Dueñas, Ángel de, “Desarrollo democrático y alternativas político-criminales”, *Sociedad y delito*, Barcelona, Península, 1980, pp. 215 y ss.; Rico, José M., *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, México, Siglo XXI, 1979; Moreno Hernández, M., “Algunas bases para la política criminal del Estado mexicano”, *op. cit.*, nota 20, pp. 117 y ss.; *cfr.*, también, Zipf, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Jaén, Revista de Derecho Privado, 1979; Lange, Richard, *Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der neuen Strafrechtsentwicklung*, 1952; Maihoffer, Werner, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968; Stratenwerth, G., “Leitprinzipien der Strafrechtsreform”, *Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein Westfalen*, Geisteswissenschaft, H. 162, 1970; y por lo que hace al ámbito latinoamericano, véase García Méndez, Emilio, *Autoritarismo y control social*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987.

<sup>23</sup> Estos instrumentos han sido suscritos por México: el primero publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1981 y el segundo el 7 de mayo de 1981.

un factor determinante para la delimitación del *ius puniendi*. De ahí que se impone la necesidad de precisar de qué tipo de derecho penal vamos a hablar: si de un derecho penal de corte liberal y democrático o de un derecho penal de corte autoritario; de un derecho penal que reconoce límites o de uno que no los reconoce.<sup>24</sup>

c) Si el derecho penal constituye uno de los medios jurídicos de control social que el hombre ha ideado y depositado en manos del Estado, para el cumplimiento de ciertas funciones y de ciertos fines, entonces el hombre mismo puede influir en la determinación de sus contenidos y de los criterios y principios que deben orientarlo, así como en la forma de su utilización. Es decir, el propio hombre puede condicionar cuándo y cómo debe ser utilizado un medio de esas características, cuyas consecuencias sin duda son de las más drásticas, independientemente de la trascendencia de su función. Desde esta perspectiva, el derecho penal no puede ser pura creación e imposición del Estado, como tampoco éste lo puede imponer aun a costa del hombre mismo, sino que debe ser considerado creación de éste y para su beneficio.

Hasta ahora parece ser, al menos en el plano teórico, que deben prevalecer las formas democráticas frente a las formas autoritarias, es decir, deben prevalecer los sistemas penales democráticos frente a los sistemas penales autoritarios, en virtud de la idea de fortalecer la vigencia de Estados democráticos de derecho. Por tal razón, cuando se habla del derecho penal y de todo el sistema de justicia penal, sobre todo en el ámbito mexicano, se impone la necesidad de observar ciertos principios fundamentales que pueden garantizar un ejercicio no autoritario del poder penal, sino un ejercicio limitado, en consideración principalmente de los derechos fundamentales de los individuos. Uno de esos principios es el de legitimidad, que en los sistemas democráticos implica la consideración de la injerencia que debe

<sup>24</sup> Es decir, en los tiempos actuales se plantea una interrogante análoga a la que en la década de los treinta del siglo XX se hicieron algunos representantes de la Escuela de Kiel, como George Dahm y Friedrich Schaffstein: ¿derecho penal liberal o derecho penal autoritario?; en otros términos: ¿derecho penal liberal y democrático o derecho penal autoritario o totalitario? Cuestión que tiene que ver con los límites del ejercicio del poder penal, con la idea de los derechos humanos y con los criterios o principios que puedan influir para la limitación del poder penal y para garantizar la observancia de los derechos humanos, así como para la determinación del propio contenido del derecho penal y de la forma de su utilización; principios que pueden derivarse tanto de consideraciones formales como materiales.

tener la voluntad popular, la cual se convierte en uno de los principales criterios y factores de la legitimación del poder (facultad o potestad) penal del Estado. De ahí la necesidad de la participación de la ciudadanía en la generación (y aplicación) de las medidas penales, en la determinación de los casos en que debe tener intervención el derecho penal y en los que no. De lo anterior también se desprende que el derecho penal no puede ser considerado como un instrumento que el Estado pueda utilizar para sus propios fines y en perjuicio del hombre, sino como un instrumento que el hombre ha depositado en manos del Estado para el servicio del hombre mismo, tanto individual como grupalmente considerado. Por ello, se han diseñado —tanto por la política criminal como por la dogmática penal— una serie de principios que puedan determinar los alcances o límites del derecho penal, precisamente para evitar que éste se extralimite y se convierta en un instrumento de opresión o de dominación y, en cambio, posibilitar que responda de manera adecuada a esa modesta, pero importante función que es proteger bienes jurídicos fundamentales frente a los ataques más intolerables provenientes de las conductas humanas.<sup>25</sup>

d) Como puede observarse, el principio de *ultima ratio*, que con frecuencia se identifica o complementa con el de subsidiariedad o fragmentariedad, a diferencia de éstos tiene que ver con el límite del derecho penal. Ha sido entendido como “en la selección de los medios estatales de poder el derecho penal debe ser una verdadera *ultima ratio regis*, estar en último lugar y plantearse sólo cuando resulta imprescindible para el mantenimiento de la paz pública”, es decir, sólo para casos especialmente graves.<sup>26</sup> Según Lüderssen, *ultima ratio* significa “que el derecho penal no es un mero instrumento de control más, sino que a causa de las consecuencias de su aplicación resulta especialmente problemático, tanto para los particulares como para la sociedad. Por esto requiere especiales garantías jurídicas”.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Entre tales principios fundamentales se hacen valer el principio de legalidad, el principio de tipicidad, el principio del bien jurídico, el principio de acto, el de culpabilidad y el de racionalidad de las penas, así como el principio de *ultima ratio* del derecho penal, entre otros, que tienen la función de fijarle límites a las potestades gubernamentales y garantizar los derechos de los individuos frente a dichas potestades; por ello, son principios en torno a los cuales en la actualidad se sigue pugnando por su vigencia.

<sup>26</sup> Cfr. Maurach, R., *Deutsches Strafrecht AT*, 4a. ed., 1971, p. 25.

<sup>27</sup> Cfr. Lüderssen, “Einleitung”, en Lüderssen *et al.* (eds.), *Modernes Strafrecht und ultima ratio-Prinzip*, 1990, p. 11; véase, también, Prittowitz, C., “El derecho penal alemán: ¿fragmentario?, ¿subsidiario?, ¿ultima ratio?”, en Romeo Casabona, C. M. (dir.), *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000, pp. 427 y ss.

Ahora bien, el que el derecho penal sea la *ultima ratio* no quiere decir que él esté menormente necesitado de legitimación, sino que siempre requerirá de legitimación, debido a las consecuencias comprobables que genera; tampoco puede aceptarse que por el hecho de estar justificada la intervención del derecho penal, porque todos los demás medios han fracasado, “habrá que jugársela todo a una carta y asumir así también el riesgo del fracaso”;<sup>28</sup> mucho menos se puede garantizar su éxito endureciéndolo cada vez más. Por eso, habrá que entender estrictamente que, de acuerdo con el principio de *ultima ratio*, el derecho penal sólo está legitimado con relación a los hechos más graves y como recurso extremo —no para que se le utilice de manera extrema o excesiva—.

Ciertamente, como se opina en la doctrina, el que el derecho penal sea subsidiario o sea considerado la *ultima ratio* no excluye que también pueda ser amplio si abundan los problemas graves que reclaman su intervención. Por eso, si el programa según el cual debe castigarse lo menos posible, no puede necesariamente fundamentarse en el Estado de derecho en sentido formal, pues también en éste puede hablarse de un abultado derecho penal; habrá que acudir a otros ingredientes característicos del Estado de derecho, como, por ejemplo, el de que sea, además, liberal o democrático; y en tanto que el Estado sólo debe intervenir (subsidiariamente) en la medida en que la sociedad no pueda resolver por sí misma el problema, habrá que procurar tan poco Estado como sea posible. De ahí que adquiere importancia la observancia de principios limitadores o postulados de la limitación del derecho penal, como son: el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, *nullum crimen, nulla poena sine injuria*, *nulla injuria sine actione*, *nullum crimen, nulla poena sine culpa*, el principio del debido proceso legal, el principio de dignidad humana, entre otros, si bien la observancia de ellos ha sido bastante limitada o que algunos sólo han sido utilizados como pretexto o con fines demagógicos.

Por lo tanto, si por una parte se quiere que el derecho penal, en los casos que corresponde ser utilizado, cumpla con mayor satisfacción la misión para la que ha sido diseñado y, por otra, que no se cometa abuso con él, habrá que buscar otros mecanismos de solución de los conflictos y procurar que el ejercicio del poder penal —en su posible limitado uso— se desarrolle dentro de límites precisos. Es decir, habrá que procurar compaginar efi-

<sup>28</sup> Sobre todo si partimos de una realidad donde no se ha hecho uso de esos otros medios y, además, se tiene la experiencia de que el derecho penal ha fracasado.

cacia del derecho penal con observancia de principios fundamentales que garantizan un uso racional del mismo en atención a los derechos humanos, para lo cual habrá que compaginar argumentos jurídicos con argumentos empíricos o de realidad. Lo anterior implica considerar, también la capacidad del aparato de control (medios humanos y materiales en los distintos ámbitos del sistema de justicia penal y de seguridad pública), tomando en cuenta la cifra negra existente; las consecuencias que trae el uso del derecho penal (que llevará a la conclusión, seguramente, de hacer cada vez menos uso posible del derecho penal) y el que sólo se simule con él, sabiendo que es incapaz para resolver conflictos, no obstante su inflación, entre otros aspectos.

### 3. *La inobservancia del principio de ultima ratio en la iniciativa presidencial*

a) Por lo que hace a México, la idea de observar el principio de *ultima ratio* no es nueva. Desde hace aproximadamente veinticinco años nos hemos ocupado de hacer valer los principios fundamentales que deben orientar a la legislación penal mexicana para que ella se ajuste a las exigencias del Estado democrático de derecho, como se desprende de la Constitución, destacando entre ellos el principio de *ultima ratio* y otros íntimamente relacionados. Ello se planteó por primera vez al elaborarse el proyecto de Código Penal para el Estado de Veracruz (1979), que entró en vigor en 1980, y después en los proyectos de reforma al Código Penal Federal (CPF) de 1983/84 y 1994, habiéndose observado, entre otras cosas, un proceso de descriminalización de ciertas conductas,<sup>29</sup> por considerar que ellas pueden ser atendidas por otras áreas del derecho cuyas consecuencias sean menos drásticas que las penales. A esa idea también obedece el que a ciertos tipos penales se les haya establecido mayores exigencias para que la conducta pueda ser penalmente relevante; el que las sanciones por delitos culposos sólo se impongan para determinados casos; el que se haya au-

<sup>29</sup> En efecto, desde las reformas que entraron en vigor en 1984 hasta las de 1994, se operó un proceso de desincriminación y despenalización de ciertas conductas, como, por ejemplo: injurias, golpes simples, ataque peligroso, disparo de arma de fuego, vagancia y malvivencia, ciertos casos de desobediencia y resistencia de particulares, oposición a que se ejecute alguna obra o trabajo públicos, entre otros.

mentado el número de los delitos perseguibles por querrela de la parte ofendida; el de establecer sustitutivos a la pena de prisión; el ampliar las posibilidades para obtener la libertad provisional bajo caución, y consecuentemente, limitar el uso de la prisión preventiva,<sup>30</sup> entre otras medidas, que incuestionablemente responden a exigencias político-criminales de hacer cada vez menos uso del derecho penal.

b) Pero, lamentablemente, la tendencia prevaleciente, al menos en lo que va de los últimos cuatro lustros, ha sido contraria a la del principio de intervención mínima o de *ultima ratio*, pues cada vez se observa una mayor intervención del derecho penal, y, en lugar de ser éste el último recurso, se le ha ido convirtiendo en el primero y casi único recurso de que el Estado hace uso para garantizar la seguridad pública. Es decir, el proceso de “criminalización” de nuevas conductas ha sido mucho más intenso que el de “desincriminación” y “destipificación”, habiéndose originado una gran cantidad de delitos, algunos de ellos muy justificables por las nuevas exigencias sociales.<sup>31</sup> Lo propio puede decirse con relación al constante incremento de las penas, que revelan un gran endurecimiento del derecho penal.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Como se derivó de la reforma de 1993 a la fracción I del artículo 20 constitucional, que luego en 1996 volvió a modificarse para ampliar el uso de la prisión preventiva.

<sup>31</sup> Tal ha sido, por ejemplo, el caso de los delitos de trata de personas (artículo 205); los delitos cometidos por servidores públicos, que comprenden el peculado, el cohecho, la concusión, tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito, entre otros (artículo 212-224); los delitos cometidos contra la administración de justicia, que cada vez han ido incrementándose (artículo 225); el ejercicio indebido del propio derecho (artículo 226); retención indebida de pacientes, recién nacidos y cadáveres (artículo 230); incumplimiento de deberes alimentarios (artículo 236 bis); tráfico de menores (artículo 336 bis); fraude mediante libramiento de cheques (artículo 387, frac. XXI); administración fraudulenta (artículo 388); extorsión (artículo 390); lavado de dinero (artículo 400 bis); delitos electorales (artículo 401-413), entre muchos otros. Véase sobre esto, Moreno Hernández, Moisés, “Algunas consideraciones sobre las reformas a la parte especial del Código Penal”, *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, PGR, 1984, pp. 375 y ss.

<sup>32</sup> Dentro de esta misma tendencia expansiva pueden también ubicarse las medidas político-criminales de fechas más recientes, sobre todo en el Distrito Federal, que a raíz de una resolución de la SCJN —que me parece indebida—, que declara a cierto tipo penal de inconstitucional por contener una expresión imprecisa —el uso de la voz “indebidamente”, como es el del “uso indebido de atribuciones”, ha reformado diversos artículos del Código Penal distrital que hacen uso de esa expresión para suprimirla. Esta supresión, por supuesto, disminuye las exigencias típicas y, consecuentemente, amplía las posibilidades de proceder penalmente contra servidores públicos.

Lo anterior nos indica que mientras que el principio de *ultima ratio*, de intervención mínima o de “subsidiariedad” del derecho penal, permite ensayar procesos de desincriminación y/o despenalización de ciertas conductas, para posibilitar que el derecho penal se ocupe únicamente de los casos realmente graves, donde se encuentran los bienes jurídicos más importantes y donde se dan las afectaciones más trascendentes, por el otro lado se percibe la tendencia hacia un marcado endurecimiento de los medios de reacción penal y hacia una expansión del derecho penal, que incluso se apartan de los criterios garantistas, como sucede con las llamadas leyes de excepción.<sup>33</sup> En otros términos, en los tiempos actuales puede contemplarse la presencia de orientaciones político-criminales opuestas: a) unas que mantienen los ideales liberales del siglo XVIII y que procuran renovarlos con los ideales democráticos, basándose en principios fundamentales que pueden cumplir la función de limitar la potestad punitiva del Estado y de garantizar los derechos del hombre, para consolidar un sistema penal de corte democrático, y b) otras que se apartan de ellos y optan por sistemas eminentemente represivos que, lejos de ser eficaces, sólo permiten la extralimitación del poder penal.

Ahora bien, dado que la política criminal tradicional ha sido diseñada como reacción frente al fenómeno delictivo prevaeciente en su época, ella ha atendido a sus rasgos característicos. Por ello, las medidas político-criminales que se han adoptado en las últimas décadas son medidas que en principio han sido diseñadas para un determinado tipo de delincuencia, que es la delincuencia tradicional, convencional o común;<sup>34</sup> las que, no obstante tener mayor dosis de represividad que de preventividad, después de pasado determinado tiempo han mostrado su infuncionalidad, convirtiéndose en objeto de constantes cuestionamientos y motivo de nuevas estrategias político-criminales, que en la mayoría de las veces sólo se han traducido en un endurecimiento del sistema penal y, por tanto, del derecho penal. Situación que se hace más evidente cuando se trata de delincuencia organizada, pues frente a ella dicho endurecimiento es aún más intenso, al punto de controvertir los criterios político-criminales característicos del sistema penal liberal o democrático. Lo anterior quiere decir que, a la par que se

<sup>33</sup> Que se han originado en algunos países latinoamericanos particularmente contra el narcotráfico y la delincuencia organizada en general.

<sup>34</sup> Integrada por los delitos que comúnmente conocemos y que actualmente dan contenido a los códigos penales, como homicidios, robos, fraudes, lesiones, etcétera.



observa una tendencia que busca reducir el poder penal estatal a sus límites más justos y racionales, combatiendo los excesos o extralimitaciones, también es palpable una tendencia totalmente opuesta.

Por tal razón, puede afirmarse que en los tiempos actuales —en que vivimos inmersos en el proceso de globalización y de internacionalización del delito, así como de la internacionalización de la política criminal y del derecho penal— se siguen planteando diversos dilemas y alternativas político-criminales. Sigue formulándose la interrogante: ¿qué debe prevalecer, un derecho penal liberal y democrático o un derecho penal autoritario?; y todo parece indicar que la sombra del positivismo y, por ende, la ideología autoritaria, se encuentra aún latente en los cuerpos legales y en los sistemas penales de la época.

c) Con relación al derecho penal mexicano, ya el ministro Juan Silva Meza señaló en su intervención las orientaciones que han tenido algunas de las reformas que ha experimentado nuestra legislación penal en los cuatro últimos lustros, en que se han destacado dos importantes reformas: a) las de 1983/84 y las de 1993/94, que sin duda reflejan una orientación político-criminal que se corresponde con las exigencias del Estado democrático de derecho, y b) las que surgieron en 1999, entre otras que se originaron durante este lapso de tiempo, que no necesariamente se ajustan a esta orientación. Esto nos plantea que en los tiempos actuales, tomando en cuenta esas reformas a la legislación penal, pero también las que ha experimentado la legislación procesal penal y la propia Constitución, se puede observar la presencia de diferentes orientaciones político-criminales en nuestro sistema penal: algunas que se corresponden más a las exigencias democráticas y otras más propias de sistemas de corte autoritario.

Ahora bien, por lo que hace a la iniciativa de reformas al sistema de justicia penal y seguridad pública que el presidente de la República envió al Congreso de la Unión el 29 de marzo de 2004, podría afirmar que, si atendemos a la exposición de motivos de esta reforma, la tendencia que se trata de seguir es aquella que busca acomodar a la legislación penal mexicana a los lineamientos o directrices que establece la Constitución, es decir, a las exigencias del Estado democrático de derecho. En efecto, en la exposición de motivos de la propuesta de reformas a la Constitución se afirma, por ejemplo, que el uso de la “justicia alternativa” permite utilizar el derecho penal como *ultima ratio*; idea que, como se ha dicho, se reitera en la exposición de motivos de la reforma al Código Penal Federal, al afirmar que

“la respuesta penal debe ser siempre la *ultima ratio*, es decir, que siempre será preferible acudir a otras instancias menos lesivas de bienes jurídicos, pues sólo así existirá legitimación y racionalidad en la creación y aplicación de las normas jurídico penales”.

Como hemos señalado en líneas anteriores, no podemos sino estar de acuerdo con la vigencia del principio de *ultima ratio* en el derecho penal mexicano. Pero, reiteramos, sucede que no siempre lo que se establece en la exposición de motivos se corresponde con el contenido de los textos que se proponen y, entonces, es ahí donde se empiezan a observar las incoherencias. Por ello, causa extrañeza en la iniciativa presidencial que el principio de *ultima ratio* sea utilizado para justificar la inclusión del criterio de oportunidad en nuestro sistema procesal penal, afirmando que este principio tiene dos objetivos primordiales: “la descriminalización de hechos punibles —con la finalidad de evitar la aplicación del poder del Estado donde otras formas de reacción frente a la conducta reprochable pueden alcanzar mejores resultados— y la eficiencia del sistema penal a través de la implementación de la denominada ‘justicia alternativa’ y de mecanismos auto-compositivos”. Independientemente de que el criterio de oportunidad es bastante cuestionable y cuestionado, lo cierto es que él tiene una función diferente, es decir, son otros los objetivos que persigue. El propio procurador general de la República señaló en su momento,<sup>35</sup> que dicho criterio tiene como objetivo permitir que el Ministerio Público, por razones de utilidad social, inicie o no una investigación, ejercite o no la acción penal; lo que, sin duda, es contrario al principio de legalidad. Por otra parte, resulta muy peligroso que este mecanismo se deje en manos del Ministerio Público, aun cuando se reconozca —como se hace— la “madurez ciudadana para solucionar sus conflictos sociales”. Si realmente se quiere dejar al derecho penal sólo la atención de los “asuntos que lesionan gravemente la vigencia del Estado de derecho”, ello debe ser atribuido al órgano Legislativo, para que él excluya de la regulación penal aquellas conductas de poca trascendencia —casos de bagatela—, es decir, para que emprenda un proceso de descriminalización y despenalización, así como para que establezca los medios alternativos de solución de los conflictos, y no dejarlo en manos del Ministerio Público para que él lo haga discrecionalmente.

<sup>35</sup> En la intervención que tuvo en el VIII Congreso Nacional de Doctores en Derecho “Tendencias Contemporáneas del Derecho Constitucional y del Derecho Penal”, realizado en septiembre de 2004.

Por otra parte, puede decirse que la utilización constante de la expresión *ultima ratio* del derecho penal en la exposición de motivos no parece obedecer a la idea de hacer cada vez menos uso del derecho penal, de que éste sólo sea utilizado para los casos que “lesionan gravemente la vigencia del Estado de derecho”, como se desprende al ser vinculada con la idea de la “justicia alternativa”, pues el contenido general de la propuesta muestra todo lo contrario, como se verá más adelante. Dicho principio parece más bien ser utilizado para encubrir el criterio de oportunidad,<sup>36</sup> que se pretende regular en el artículo 16 de la Constitución y es presentado como si se tratara de algo inocuo frente a las exigencias del Estado democrático de derecho, siendo que es un criterio opuesto al principio de legalidad y que, además, no se compagina cabalmente con el principio de presunción de inocencia. Lo que corrobora que el discurso que expresa lo que se quiere no logra manifestarse con toda claridad en el texto de la ley que se propone.

#### 4. *Análisis de algunas reformas a la parte general del Código Penal*

a) Lo anterior pone en evidencia que las reformas que se proponen al Código Penal Federal de ninguna manera responden a las exigencias de la idea de la *ultima ratio*. Algunas de ellas más bien se ocupan de cuestiones técnicas, que en realidad hasta ahora no han presentado problemas prácticos, como es el caso de: la calidad de garante (artículo 7o.), la autoría y participación (artículo 13), la legítima defensa (artículo 15), la prescripción (artículo 105), la derogación de algunos artículos del Código Penal (artículos 161, 163, 176, 195), al reconocer que o bien no describen delitos (artículos 161 y 163) o carecen de objeto real de persecución (artículo 176) o por tratarse de excusas absolutorias (artículo 195). Es decir, no se observa un proceso de descriminalización o destipificación ni uno de despenalización, que pueda implicar el seguimiento de esa idea; por lo que los cambios son poco trascendentes para los efectos político-criminales. Quizá algo de ello podría observarse si, por ejemplo, se hubiese establecido, en lugar del sistema de *numerus apertus* el del *numerus clausus* respecto de la punibilidad de los delitos que pueden cometerse por omisión impropia, o de los que se pueden cometer en grado de tentativa.

<sup>36</sup> Que por cierto encuentra muchos partidarios entre los procesalistas.

Por el contrario, si se analizan no sólo las reformas que se proponen para el Código Penal Federal, sino el conjunto de las reformas que se sugieren para la reforma del sistema de justicia penal, como son las del Código Federal de Procedimientos, se puede afirmar que el sentido es totalmente el inverso, es decir, que la reforma tiende a un mayor ensanchamiento del ámbito de intervención del derecho penal, sobre todo si partimos de la idea de que la mayor o menor intervención del derecho penal no sólo se observa con relación a los tipos penales y a las punibilidades, sino también con relación a otros aspectos que se encuentran en el ámbito procesal, como parece desprenderse de la exposición de motivos de las reformas a la Constitución al tratar de justificar la inclusión del principio de oportunidad.

b) Todo lo anterior plantea la necesidad de reflexionar sobre la función que efectivamente le corresponde cumplir al derecho penal y sobre si éste debe constituir el único recurso que el Estado puede utilizar, o si éste debe contar con otras alternativas político-criminales. Mientras el Estado haga menos uso del derecho penal y acuda a alternativas menos represivas, como son las medidas de prevención general y, dentro de éstas, las de carácter no penal, podrá ser caracterizado como un Estado democrático de derecho.

Ciertamente, en la propuesta de reformas al Código Penal se establece que una de las funciones fundamentales del derecho penal es precisamente la protección de bienes jurídicos, y que para lograrlo se prevén los tipos y las punibilidades. Asimismo, plantea —tanto en la exposición de motivos de la reforma constitucional como del Código Penal— que el derecho penal debe ser siempre el último recurso, es decir, hace valer un principio por el que los penalistas siempre hemos pugnado, por ser un criterio que se corresponde con las exigencias del Estado democrático de derecho, de que el Estado debe —antes de acudir al derecho penal— hacer uso de otras alternativas cuyas consecuencias sean menos drásticas, pero que pueden ser más funcionales. Sin embargo, estamos aún muy lejos de que ese principio realmente se observe; la propia iniciativa presidencial no lo observa en sus propuestas. Además, por lo que hace a las reformas al Código Penal, ellas parecen no tener la importancia o trascendencia que tienen otras, pues se encuentran ubicadas en el capítulo de las llamadas reformas complementarias; es decir, siendo el derecho penal un instrumento fundamental, porque establece los criterios, las directrices que deben regir la actuación de los órganos que intervienen para la aplicación de la ley a los casos concretos, y es el que en todo caso puede señalar los límites precisos a esa actuación, en

este caso se le ha dado una importancia secundaria. Es cierto que no necesariamente en todo caso hay que reformar la legislación penal sustantiva; además, el Código Penal vigente ha experimentado ya una gran cantidad de reformas, al punto que —como lo señaló hace ya veinte años el doctor Sergio García Ramírez, siendo procurador general de la República, cuando se dieron las importantes reformas de 1984— a ese Código de 1931 no le queda más que el nombre, ya que su contenido es totalmente distinto al original. Y, no obstante ello, se le ha seguido reformando y reformando, sin que con esas reformas se hayan logrado los objetivos de lograr una mejor protección de los bienes jurídicos de los individuos y de la colectividad, y, por tanto, de garantizar la seguridad pública. Por esa razón, considero que deben dejarse ya a un lado las reformas parciales, circunstanciales o coyunturales, que han mostrado su total falta de funcionalidad, y habrá que emprender la tarea<sup>37</sup> de diseñar una legislación penal en serio, pero completa, integral, que realmente pueda constituir la respuesta a las exigencias que actualmente plantea la sociedad.

En consecuencia, por lo que hace a la iniciativa de reformas al Código Penal, como se ha dicho, se pueden hacer las mismas observaciones que el doctor García Ramírez hizo con relación a las reformas a la Constitución, en el sentido de que hay algunas —que por cierto son las menos— que tienen cierta importancia y que, por ello, podrían ser apoyadas; otras en cambio —la mayoría— son intrascendentes, que obedecen simplemente al mero prurito de atender aspectos técnicos, pero que en definitiva no tienen implicaciones prácticas, es decir, al mero deseo de cambiar por cambiar, y otras que definitivamente de ninguna manera pueden ser aceptadas. Eso puede decirse tanto con relación a las reformas a la parte general como por lo que hace a las reformas a la parte especial del Código Penal Federal. Por ahora sólo haré referencia a algunas de las reformas que se proponen a la parte general.

c) Por un lado, se pretende reformar el párrafo segundo del artículo 7o., CPF, que regula la figura de la comisión por omisión u omisión impropia. Ésta, en realidad, es una figura que se introdujo en el Código Penal Federal apenas en 1994, fundamentalmente con la idea de responder a las exigencias del principio de legalidad, esto es, para que el juez tuviese una base para poder sancionar a quien en el caso concreto, teniendo el deber de actuar para la

<sup>37</sup> Como lo expresó, también, el doctor Miguel Ontiveros en la intervención que tuvo en esta misma reunión.

evitación de un resultado, no hace nada para impedir la producción del resultado típico. Con la reforma de 1994 se estableció la base para la imposición de la sanción penal y se señalaron algunos datos característicos de esta figura; y habrá que destacar que en los diez años que lleva de vigencia no se ha observado, al menos por lo que a la práctica concierne, que esa fórmula haya generado dificultades importantes para quienes aplican la ley al caso concreto; no se tienen datos estadísticos que indiquen que los jueces hayan tenido dificultades para resolver algunos problemas que se dan en la realidad relacionados con la comisión por omisión, en que el contenido del párrafo segundo del artículo 7o. no haya sido suficiente para atenderlos. Y, no cabe duda que una reforma a la legislación penal tiene que basarse precisamente en datos de la realidad, para saber qué tanto la regularización existente ha permitido o no solucionar los problemas que ahora se trata de resolver, para así determinar qué tanto una reforma se puede justificar o no.

La reforma que se propone trata simplemente de modificar lo relativo a las fuentes de la calidad de garante, que la regulación actual las reduce a la ley, el contrato y el actuar precedente del propio omitente. La propuesta de modificación que plantea la iniciativa,<sup>38</sup> como se señala en la exposición de motivos, obedece simplemente a la idea de atender a los criterios más actuales de la doctrina penal; pero lo cierto es que se trata de una cuestión que en la doctrina misma sigue siendo objeto de constantes discusiones, y que, por tanto, no puede afirmarse que con los criterios hasta ahora elaborados se haya llegado ya a un punto en que la opinión teórica esté totalmente de acuerdo y que ya no permitirá discusiones posteriores. No hay duda de que el criterio adoptado por el vigente artículo 7o. del Código Pe-

<sup>38</sup> Cuyo texto establece: “En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si: I. Es garante del bien jurídico; II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y II. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad descrita en el tipo. Es garante del bien jurídico el que: a) Acepto efectivamente su custodia; b) voluntariamente formaba parte de una concreta comunidad que afronta peligros de la naturaleza; c) con una actividad precedente culpable, 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 del descendiente o ascendiente consanguíneo en línea recta o por adopción, cónyuge, concubina o concubinario y consanguíneos colaterales. Asimismo a quien impida al garante realizar la acción esperada, se le imputará el resultado material de manera directa y activa...”. Un texto análogo fue introducido en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal (artículo 16) por los legisladores de la Asamblea Legislativa, no obstante que la comisión que se encargó de la elaboración del proyecto había aprobado una fórmula distinta, análoga a la del vigente artículo 7o. del Código Penal Federal.

nal Federal plantea discusiones teóricas, pero que deben ser atendidas por la propia doctrina y la jurisprudencia para encontrar una solución adecuada a los casos prácticos; tampoco hay duda de que con la actual fórmula se puede atender el mayor número de problemas que tienen que ver con la comisión por omisión; es decir, cualquier otro problema que se presente puede ser atendido por ella, si se aplican adecuados criterios teóricos de interpretación. Además, mientras en la realidad de nuestro sistema de justicia penal no tengamos registrados esos problemas, que indiquen que la regulación actual no puede resolverlos, considero que no hay razón que motive por ahora una reforma, máxime si ésta es de poca trascendencia práctica.

d) Otra reforma que se sugiere es la del artículo 13, CPF, que se refiere a las formas de autoría y participación, respecto de la cual se puede decir lo mismo que con relación a la anterior. En efecto, la fórmula contenida en el artículo 13 se introdujo por primera vez en 1984 y luego se perfeccionó en 1994, justamente para precisar las distintas formas de intervención que se pueden tener en la realización de un hecho delictivo; asimismo, se estableció la idea de tratar de manera diferenciada a cada una de estas formas de intervención, para los efectos de la pena; por otra parte, también se plasmó la observancia del principio de culpabilidad, en el sentido de que —por razones naturalmente de política criminal— cada uno de los autores o partícipes responderá en la medida de su propia culpabilidad. Ahora bien, por lo que hace al contenido de la fracción I, que es el que ahora se trata de reformar, él prevé que son responsables del delito los que intervienen en el “acuerdo” o en la “preparación” del mismo; se trata de un contenido que fue objeto de discusiones tanto en 1984 como en 1994, habiéndose acordado la conveniencia práctica de su inclusión.<sup>39</sup>

La iniciativa de 2004 se cuestiona si el acuerdo y la preparación pueden ser punibles, y llega a la conclusión de que ni uno ni otra pueden ser punibles. Por supuesto que, de acuerdo con ciertos principios fundamentales que se derivan de la Constitución y que por ahora rigen en nuestra legislación penal, solamente son punibles los hechos consumados y los que hayan alcanzado al menos el grado de tentativa; por lo tanto, la preparación o el acuerdo por sí solos no son punibles. Consecuentemente, el contenido de la fracción I del artículo 13, CPF, habrá que entenderlo no en el sentido de que el sólo acordar o preparar la realización de un delito hace responsables y punibles a sus autores o partícipes, si el hecho únicamente se queda en ese grado de

<sup>39</sup> Si bien teóricamente hablando sería innecesaria.

realización, sino que está pensado para aquellos casos en que una persona interviene solamente en el acuerdo o en la preparación de un hecho penalmente relevante, pero después ya no tiene ninguna otra intervención, en cuyo caso se planteaba la cuestión de si esa persona era mecedora de una sanción penal o no, es decir, si su participación era punible o quedaba impune; en otras palabras, la cuestión era si sólo eran punibles quienes intervenían en la tentativa y en la consumación, o si la punibilidad se extendía a otros que sólo tuvieron intervención en estadios anteriores. Y eso se pensó así, en virtud de los problemas que la realidad práctica planteaba en aquel entonces —estamos hablando de hace veinte años—; por lo que se sugirió la conveniencia de dejar el contenido de esa fracción I, pero en el entendido de que esa intervención sólo vinculaba al sujeto para responder penalmente, en tanto que el autor o los autores hayan realizado un hecho que al menos haya llegado al grado de tentativa. Esa intervención, entonces, podría encuadrar en la figura de la coautoría o bien en la de la complicidad, o en alguna otra, dependiendo de cómo se haya dado la relación entre los intervinientes. Por lo tanto, si en la práctica se aplican adecuados criterios de interpretación de esos contenidos de la fracción I, los problemas que se planteen pueden resolverse sin mayor dificultad; y si eso es suficiente, entonces no se requiere para ello un cambio de la ley.<sup>40</sup> Pero, por la misma razón, si se considera que nuestra práctica —partiendo de la consideración de los criterios jurisprudenciales— tiene ya clara la idea de que la intervención a nivel del acuerdo o de la preparación sólo será punible si el hecho llegó al menos al grado de tentativa,<sup>41</sup> entonces se concluiría que el contenido de la fracción I resulta incluso innecesaria.

Sin embargo, la reforma que se propone no llega a suprimirlo, sino sólo modifica el texto, diciendo que “Son responsables del delito, quienes: I. Acuerden la comisión de un delito y no intervengan en su ejecución”. Pero si se analiza detenidamente el cambio que se sugiere, se puede concluir que, lejos de resolver la ambigüedad que se atribuye al contenido de la cita-

<sup>40</sup> En todo caso podría justificarse y habría sido suficiente la propuesta de incluir el párrafo segundo del artículo 13, CPF, que es un texto que ya se viene proponiendo desde 1991 en el proyecto de Código Penal elaborado primero por la Comisión Legislativa del Consejo Consultivo de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y después (1992) por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión; finalmente, se adoptó en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal (artículo 22).

<sup>41</sup> Lo que implica la intervención de otro u otros que lo hayan llevado a ese grado de desarrollo.



da fracción I, la nueva fórmula plantea mayor ambigüedad, porque es evidente que la propuesta mantiene la responsabilidad por la intervención en el “acuerdo”, no así la que se da en la “preparación”, de la que ya no se hace mención alguna, aclarando simplemente que el sujeto que “acuerde la comisión del delito” no tenga intervención posterior en su ejecución. En otros términos, pareciera que la propuesta condiciona la responsabilidad del sujeto que acuerda, siempre y cuando no tenga intervención en la ejecución del hecho, y esto por supuesto que podría producir mayores problemas que la regulación vigente, ya que para quienes sólo realizan interpretaciones muy literales se podría pensar que si el sujeto interviene en la ejecución ya no sería responsable, si bien se le podría argumentar la mayoría de razón. Por lo que, ante una situación así, habría sido preferible que se adoptara el criterio seguido por el Código Penal para el Distrito Federal, que eliminó el contenido de la fracción I; pero no por la razón de que el solo acuerdo o la preparación fuesen impunes, pues eso en términos generales es evidente que así es, sino porque esa intervención quedaría inmersa en alguna de las formas previstas en las otras fracciones del artículo 13, CPF.

Por otra parte, la propuesta trata también de vincular el contenido de dos fracciones (VI y VII) del artículo 13, CPF, en una sola (VI), que se refieren: la primera, a la complicidad propiamente dicha, que consiste en la prestación dolosa de ayuda o auxilio al autor para la comisión de un delito, la cual se ha entendido que puede prestarse tanto antes de la ejecución del delito como durante la ejecución de éste; y la segunda que habla, en cambio, de la prestación de auxilio con posterioridad a la ejecución del delito, pero siempre y cuando obedezca al cumplimiento de una promesa anterior al delito, que es precisamente lo que permite diferenciar a esta figura de otras como, por ejemplo, el encubrimiento. Entonces, con esta propuesta de unir dos figuras en una sola fracción tampoco puede decirse que se soluciona el problema que se hace valer y se pretende resolver; por el contrario, se generan mayores problemas, porque pareciera que ahora tanto la complicidad propiamente dicha como la que ha sido caracterizada por la ayuda que se da con posterioridad al hecho, pero en virtud de una promesa anterior, deben regirse por la existencia de la “promesa anterior”, lo que no va con la naturaleza de la complicidad. Por lo tanto, se recomienda mantener las fórmulas tal como están ahora, y se sugiere que igualmente se apliquen criterios adecuados de interpretación para poder encontrar las soluciones para los problemas que en todo caso se puedan dar en la práctica en torno a estas dos figuras.

Por razones análogas, tampoco se considera feliz la propuesta de incluir un texto como el que se sugiere para la fracción VII del artículo 13, CPF, que establece que son responsables del delito quienes “dolosamente pres-ten ayuda o auxilio esencial al autor para su comisión”, pues dicho texto sugiere hacer la distinción entre ayuda o auxilio “esencial” y ayuda o auxilio “no esencial”, para hacer referencia al “cooperador necesario”, pero sin que se señalen las consecuencias prácticas de dicha distinción. La actual fórmula de la fracción VI, CPF, es suficiente para atender todo problema práctico relacionado con la complicidad; lo demás es sólo una cuestión teórica.

e) Consideraciones análogas pueden hacerse con relación a la reforma que se propone a la actual regulación de la legítima defensa, que tiene la pretensión de sustituir el criterio de la racionalidad de los medios empleados en la defensa por el de “racionalidad de la defensa”, señalándose además que éste debe regirse por el criterio de la “proporcionalidad de la defensa”. En efecto, si alguna disposición legal, como la relativa a la legítima defensa, provoca algún problema de interpretación, es precisamente tarea de la jurisprudencia y de la doctrina penal el proporcionar criterios adecuados de interpretación para lograr una aplicación racional de la ley; y es precisamente lo que corresponde hacer en este caso.

f) Finalmente, algunas palabras en torno al criterio que se sigue para reformar la parte especial del Código Penal. La iniciativa presidencial propone, igualmente, crear nuevos tipos penales y suprimir otros. Por lo que hace a las nuevas figuras delictivas, se sugiere crear nuevos tipos penales en materia de delitos contra la autoridad (artículo 178-180) y delitos cometidos contra la administración de justicia (artículo 226), el secuestro express (artículo 366 quintus) y las prácticas discriminatorias (artículo 366 sextus). Como ya ha sido comentado por otros expositores, de todas ellas destaca la propuesta de incluir la regulación del llamado secuestro express, que sin duda atiende a los planteamientos que la sociedad ha venido haciendo en los últimos tiempos ante los fenómenos que se van dando en la realidad. Sin embargo, se trata igualmente de un problema que —si bien se ha regulado ya en el Código Penal del Distrito Federal— también puede resolverse por las regulaciones existentes, es decir, se trata de un problema que encuadra en lo ya previsto legalmente, y que se puede atender exactamente por las regulaciones existentes que se refieren al secuestro, a la privación ilegal de la libertad o a alguna otra, dependiendo del caso concreto. Por ello, no habría mayor

necesidad de una nueva figura llamada “secuestro express”, pues ella sólo constituye una modalidad del delito de secuestro, de la privación ilegal de la libertad o de alguna otra. Pero, dado que esa nueva nomenclatura ha adquirido ya bastante aceptación y, por ello, ahora se la ha incluido en esta propuesta de reformas, sólo quisiera decir que ella, si bien no resuelve mayores problemas, tampoco plantea mayores problemas; por lo que puede ser considerada una reforma poco trascendente, que ciertamente atiende a los reclamos sociales, pero que en definitiva es bastante inocua, ya que muy poco aporta para enfrentar el problema con la eficacia que el fenómeno exige.

Con relación a la propuesta de suprimir algunos tipos penales, como los previstos en los artículos 161 y 163 (armas prohibidas), 176 (violación de correspondencia) y 195 (delitos contra la salud) CPF, en realidad se trata de regulaciones que no tienen mayor sentido de estar en el Código Penal y que hasta ahora no han planteado mayor problema como para pensar que con ello se pretenda lograr de mejor manera los objetivos del derecho penal. Algunos ni siquiera son tipos penales, sino disposiciones de carácter administrativo. Como los contenidos de los artículos 161 y 163; por lo que su supresión no tiene absolutamente ningún impacto práctico que pueda redundar en la transformación del sistema de justicia penal.

Aun cuando hay muchas otras propuestas de reformas al Código Penal que podríamos comentar, por razones de tiempo y para concluir quisiera sólo destacar un poco más sobre los principios característicos de un derecho penal de corte democrático que aquí se han señalado. Si definitivamente se quiere observar el principio de *ultima ratio* del derecho penal, lo que habría que hacer es una depuración en gran escala de la legislación actual, para efectos de excluir del Código Penal toda una gran cantidad de figuras delictivas que ya no tiene razón de estar ahí, pues se trata de conductas que muy bien pueden ser debidamente atendidas por otras áreas del derecho, como es el derecho administrativo, para las cuales se sugiere incluso diseñar todo un sistema integral de justicia administrativa —o, como también se le llama ahora, de “justicia cívica”—, precisamente para que todos esos problemas —que son de bagatela— puedan tener una solución más rápida y adecuada que la solución que proporciona el derecho penal. Como consecuencia de ello, por tanto, al ámbito de la legislación penal sustantiva se dejarían únicamente aquellas figuras delictivas realmente graves, que son las únicas que justifican la intervención del derecho penal.

Dentro de este mismo proceso de reducción del derecho penal cabría también plantear, por ejemplo —sobre todo porque estamos analizando las reformas que se sugieren en el ámbito federal—, que la legislación penal federal se deshiciera de todas aquellas conductas delictivas que en realidad no tienen por qué ser de carácter federal, en tanto que no afectan a la Federación, con lo que el Código Penal Federal tendría un contenido más reducido y ello permitiría que la justicia penal federal fuese más eficiente y de mayor calidad. Pero, por otra parte, habría que proponer que todo ese conjunto de figuras delictivas que se encuentran dispersas en la legislación penal “especial”, es decir, en una gran cantidad de leyes que no son el Código Penal, puedan dar contenido al Código Penal Federal, para que así todas ellas realmente se rijan por los mismos criterios y principios, y de esta manera pueda uniformarse la legislación penal federal en nuestro país.

Concluyendo, entonces, podría decir —haciendo eco a la interrogante que se ha formulado el doctor Enrique Díaz Aranda, sobre qué tanto siguen siendo necesarias las reformas al Código Penal— que las reformas a la legislación penal sustantiva que plantea la iniciativa presidencial no son necesarias ni son las más idóneas para transformar al sistema de justicia penal. Lo anterior, por supuesto, no implica desconocer los avances de la ciencia, de la tecnología y de todo lo que tiene que ver con el desarrollo de la cultura, todo lo cual va generando nuevas necesidades y nuevos intereses que también requieren de protección por parte del derecho. Pero sólo en tanto que esos intereses o bienes jurídicos no puedan ser protegidos adecuadamente por otras áreas del derecho distintas a la penal, es que se podrá justificar la intervención del derecho penal; en otras palabras, mientras no sea necesaria la intervención penal, habrá que acudir al uso de otras alternativas, precisamente atendiendo a ese principio fundamental de la *ultima ratio*.