

¿DEBE AJUSTARSE EL DERECHO PENAL MEXICANO A LOS PRINCIPIOS DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO?

Enrique DÍAZ-ARANDA

Tradicionalmente se sostiene que México está conformado como un Estado de derecho y, en consecuencia, la autoridad sólo puede hacer aquello que le faculta la ley. Desde el punto de vista del derecho penal, ello significa que el Estado sólo tiene la facultad de imponer una sanción penal cuando así está previsto en una ley que describe previamente como delito la conducta realizada. Este planteamiento significó una de las mayores aportaciones del pensamiento ilustrado de la Revolución francesa.

Sin embargo, si es el mismo Estado quien emite las leyes a través del Poder Legislativo, entonces su poder es absoluto y le bastaría con emitir la ley penal para sancionar a quien quiera. Si ello fuera así, el Estado podría utilizar su poder para eliminar a sus enemigos ideológicos o, incluso, como sucedió en Alemania, utilizar al derecho penal para eliminar a grupos de personas por motivos raciales.

En México tenemos un buen ejemplo con la reforma a la Constitución y al Código Federal de Procedimientos Penales del 8 de marzo de 1999, con la cual se redujo la carga probatoria del Ministerio Público para poder ejercitar la acción penal. Lo anterior implica que con pruebas mínimas (las requeridas para acreditar el cuerpo del delito) se puede detener e iniciar el proceso de un ciudadano. Desde mi punto de vista, al no existir pruebas plenas que incriminen al delincuente se viola el artículo 16 de la Constitución, que dispone que el acto de autoridad para privar de la libertad a una persona debe estar debidamente motivado, y esto sólo ocurre cuando existen pruebas fehacientes que demuestran la comisión del delito por el sujeto detenido. Lo anterior no fue desconocido por el legislador de 1999 y se planteó durante los debates la posible violación de los derechos humanos con la reforma, y se dijo:

LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES FRENTE AL INTERÉS DE LA CONVIVENCIA SOCIAL

Las preocupaciones sobre las libertades de los ciudadanos y el respeto que merecen por parte del Estado, se introdujeron en el debate constitucional mexicano de manera temprana. Ya desde los debates de la asamblea constituyente que diera lugar a la Constitución de 1824, se deja ver la preocupación por establecer límites precisos al nuevo poder estatal que estaba engendrando. Si bien finalmente aquel documento constitucional no llegó a incluir en su texto un catálogo de “derechos individuales” o de “garantías” de los gobernados frente al poder estatal.

Con mayor fuerza, el debate en torno a este tema reapareció a raíz de las discusiones que derivaron en el Acta de Reformas de 1847. Sin embargo, como es bien sabido, no fue sino hasta la expedición de la Constitución de 1857 cuando se introdujo, por primera vez en nuestra historia constitucional, un catálogo de derechos individuales o, como después se les denominó en nuestra tradición constitucional, de “garantías individuales”.

Como queda claro a partir del análisis de la parte orgánica de la Constitución de 1857, el Constituyente de aquella época estaba bien consciente de la compleja relación y aún de la tensión permanente, entre el poder del Estado y los derechos del hombre.

En aquella Constitución se hablaba de los “derechos del hombre” y no de las “garantías individuales”. La diferenciación entre los conceptos de “derechos del hombre” y “garantías individuales” proviene del proceso constituyente de 1842. El proyecto de la mayoría utilizó el título de “garantías individuales” en la sección dedicada a la protección de dichos derechos; y el proyecto de la minoría señaló en su artículo quinto que: “La Constitución otorga a los derechos del hombre, las siguientes garantías”.

Por su parte, la Constitución de 1857, empleando el título de “garantías individuales”, estableció también una diferencia entre “derechos del hombre” y “garantías”, al disponer en su artículo 1o. que: “El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución”.

Ahora bien, el artículo 1o. de la Constitución de 1917 declara que “en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

Se ha discutido si la Constitución vigente ha operado un cambio de tesis en cuanto a la relación entre derechos y garantías. La duda surge debido a que en los documentos constitucionales de 1842 y 1857 se hacía referencia expresa, por un lado, a los “derechos del hombre”; y por el otro a las “garantías”; mientras que el aludido artículo 1o. de la Constitución vigente omite mención expresa a los primeros, limitándose a referirse a las segundas.

Sin embargo, la doctrina ha sostenido que el Constituyente de 1917 no desconoció la existencia de los derechos del hombre. En los debates mismos es posible darse cuenta de que los diputados constituyentes tenían muy claro que el origen o la fuente de las garantías individuales eran los derechos del hombre. Pero ello no quiere decir que unas y otros sean equivalentes.

Entre ellos existe una relación “lo garantizado” y “la garantía”. Los derechos del hombre, como conceptos generales y abstractos, son lo garantizado. Las “garantías individuales” son la salvaguarda, no abstracta, sino concreta e individualizada, de aquellos derechos que todo hombre tiene, independientemente de su reconocimiento o no por el Estado. Las garantías individuales son relativas, y su relatividad depende de las circunstancias de lugar y tiempo y de la situación histórica de una nación y de los problemas que ha de enfrentar como comunidad política.

En otras palabras, *las “garantías individuales” representan la medida en que el orden jurídico concreto garantiza los derechos del hombre en un momento histórico determinado.*

Así ha de entenderse el artículo 1o. de la Constitución de 1917, aunque no se haga mención expresa de los derechos del hombre. El hecho de que solamente haga referencia a las “garantías” no significa que los derechos del hombre se desconozcan. Al contrario, por las razones expuestas dicho artículo ha de entenderse en los mismos términos trazados por el constitucionalismo mexicano desde 1842, es decir, vinculando íntimamente la idea de garantías con el concepto de derechos del hombre, pero, aún así, haciendo la diferenciación entre ellos, en razón de que cumplen una función distinta: unos son “lo garantizado”, mientras que las otras son “la garantía” proporcionada por el orden jurídico e históricamente determinada.

Por ello es que el texto mismo del artículo 1o. de la Constitución vigente prevé la posibilidad de que las garantías sean más amplias o más restringidas, o incluso suspendidas. Debemos concluir, por lo tanto, que los derechos del hombre, como conceptos abstractos y genéricos, no pueden restringirse ni suspenderse, pero sí las garantías individuales.

Las condiciones para su restricción o incluso suspensión habrán de ser definidas por la propia Constitución, en virtud de las circunstancias espe-

cíficas del lugar y del tiempo; con base en los problemas y necesidades que enfrenta la nación en un momento histórico determinado. Ese y otro es el sentido del artículo 1o. constitucional, que de esta manera resuelve la tensión entre el carácter absoluto, que por necesidad lógica tienen los derechos naturales del hombre, y la necesidad práctica de resolver los problemas de los hombres que viven en cada vez más complejas comunidades políticas.¹

He aquí lo peligroso de una concepción formalista de un Estado de derecho, pues el legislador puso en claro que con esta reforma estaban restringiendo el reconocimiento de los derechos humanos, pero también consideraron que tenían la facultad para hacerlo, y ¡cómo no la van a tener si son ellos mismos quienes emiten las normas! Si llevamos este argumento a los terrenos del derecho penal tendríamos que cuestionarnos: ¿acaso tiene el Estado la facultad absoluta de sancionar penalmente lo que quiera?

Volviendo a Europa, la amarga experiencia de la primera mitad del siglo XX conllevó a replantear el tipo de Estado que adoptarían y lo plasmaron en sus cartas magnas. Así, la Constitución alemana del 23 de mayo de 1949 dispone en su artículo 20: “La República Federal Alemana es un Estado federal democrático y social”.²

Por otra parte, la Constitución española del 31 de octubre de 1978 establece en su artículo 1o.: “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.³

Es evidente que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no contiene un precepto como los de sus homólogas europeas.⁴ Pe-

¹ Dictamen elaborado por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Justicia y Estudios Legislativos a la Iniciativa de decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (hasta su aprobación por la Cámara de Senadores el 1o. de octubre de 1998).

² Puede verse en <http://www.juridicas.unam.mx/infojus>.

³ *Idem*.

⁴ Conviene recordar que antes de la vigencia de la Constitución española de 1978 los doctrinarios se pronunciaban una y otra vez por la adopción del Estado social y democrático de derecho, presentándose la situación política propicia con el restablecimiento de la democracia. *Cfr.* Mir Puig, Santiago, *Derecho penal (parte general)*, 4a. ed., Barcelona, PPU, 1996, pp. 29 y 30.

ro también debemos recordar que dicha clase de Estado tampoco estaba reconocido en la Constitución alemana de Weimar de 1919, y ello se debe a que en 1917 el gran debate y a su vez la extraordinaria aportación del Constituyente mexicano fue el reconocimiento de los derechos sociales y no se alcanzaba a visualizar toda la problemática que se generaría en las décadas subsecuentes. Conforme a lo anterior podemos decir que la Constitución mexicana no contempló expresamente el Estado social y democrático de derecho porque en la época de su promulgación no se conocía la existencia de dicha clase de Estado.

La pregunta que ahora nos podemos formular es si se requiere una reforma a la Constitución para reconocer al Estado social y democrático de derecho, o si a través de la interpretación podemos sostener fundamentamente su obligatoriedad. A continuación realizaré una interpretación sistemática y teleológica de la Constitución para fundamentar al Estado social y democrático de derecho en México y cuáles son sus implicaciones en el derecho penal.

La Constitución mexicana de 1857 seguía claramente los postulados del Estado liberal, entre cuyos postulados fundamentales se encuentra el principio de legalidad, el cual quedó plasmado en el actual artículo 14 de nuestra carta magna. Con el reconocimiento de la garantía de legalidad y con la promulgación del Código Penal de 1871 quedaba sentada la base jurídica para el denominado Estado de derecho.

La industrialización del país y los excesos cometidos en los últimos años de la dictadura porfiriana conllevarían a la Revolución de 1910. Dentro de los reclamos sociales más importantes se encontraba la falta de protección estatal para las llamadas clases débiles. En efecto, la igualdad entre las partes no sólo es teórica y legal, sino que depende en gran medida de las circunstancias económicas y sociales de los individuos. Si el obrero no tiene qué comer y el patrón le ofrece un salario apenas y para sobrevivir, la presunta libertad para aceptar esos mendrugos de pan a cambio de dar todo su esfuerzo laboral se convierte más en una necesidad vital que en una libre decisión. En otras palabras, la vida social regida por los presupuestos liberales permitía al industrial especular con el hambre del obrero, el cual sólo tenía dos caminos dentro de la legalidad: aceptar ofertas totalmente desventajosas y poder subsistir, o no tener un empleo y, posiblemente, ni para comer.

Terminada la Revolución en 1917, era evidente que la nueva Constitución debía atender los reclamos sociales de las clases desfavorecidas y establecer en la carta magna los derechos fundamentales y líneas directrices para conseguir su protección, partiendo de una renovada idea de la justicia: se debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es decir, se reconoció el principio de legalidad como pilar del Estado de derecho pero matizado con una nueva directriz estatal de intervención para conseguir que quien se encuentre en situación desfavorable pueda gozar de ciertas condiciones mínimas que no deberán ser reducidas por la contraparte. El artículo 123 de la Constitución es el ejemplo más claro de esa orientación teleológica que guió al Constituyente de 1917, y por ello se puede sostener que a partir de esa fecha el sistema jurídico mexicano se constituyó como el primero en el mundo en adoptar la estructura de un Estado social y de derecho.

En materia penal, el reconocimiento del Estado social implica que el uso del derecho penal sólo se justifica cuando se protegen bienes fundamentales para la sociedad. No obstante, ningún precepto constitucional o del orden jurídico mexicano dispone expresamente lo anterior, y ello hace necesario volver a realizar una interpretación sistemática y teleológica del texto constitucional para determinar si el fundamento del derecho penal radica en la protección de bienes fundamentales para la sociedad.

Para empezar, es necesario recordar que nuestra Constitución ordena el ejercicio del poder estatal en beneficio del pueblo (artículo 39), por lo cual el ejercicio de la facultad para legislar en materia penal que tiene el Congreso de la Unión (artículo 73, fracción XXI) sólo se justifica en la medida en que atiende al citado mandato constitucional.

Así, cuando una persona comunica a otro que algo le beneficia, ello significa que ese algo le causa o genera un bien en su vida. Si en una sociedad pluralmente conformada, como la mexicana, la mayoría de sus integrantes coincidieran en que algo en particular es un “bien” muy importante para desarrollar su vida y posibilitar su participación en el sistema social, entonces podríamos considerarlo como un bien fundamental que se debe proteger.⁵

⁵ Cfr. Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña et al., Madrid, Civitas, 1997, p. 56; Kindhäuser, Urs, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, trad. de Claudia López Díaz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 67.

De esta guisa, la actuación del Estado deberá orientarse hacia la procuración de los bienes fundamentales para la sociedad a través de medidas económicas, administrativas, sociales, jurídicas, etcétera. Pero el mandato constitucional no se cumpliría por completo si el Estado se concretara a proporcionar los medios para alcanzar dichos bienes; se necesita, además, garantizar al ciudadano la posibilidad de poder disfrutarlos sin que nadie, de forma ilícita, lo prive de ellos. Por esta razón, cuando un particular ve menguado determinado bien valioso para su vida y ese acontecimiento lo padece también la mayoría de los integrantes de la sociedad, entonces surge un eco de la mayoría que reclama la intervención del Estado para evitar la lesión de ese bien fundamental. Ante una situación como esta, el Estado deberá ejercer el poder para responder al reclamo social, y sólo en caso de que todos los medios a su alcance fracasen, entonces deberá recurrir al derecho penal como medio para prevenir y sancionar la comisión de aquellas conductas que lesionan al bien fundamental. En el momento en que el legislador identifica la valía del bien y su necesaria protección a través de normas penales que sancionen las conductas que lo lesionan gravemente, el bien fundamental pasa a considerarse como bien jurídico tutelado, y desde ese momento tales conductas pasan a ser consideradas como delitos y tendrán como consecuencia la imposición de una pena para quien los realice.⁶

Ciertamente se podría objetar al planteamiento anterior la existencia de normas penales en nuestro vigente Código Penal en las cuales no está claro cuál es el bien jurídico tutelado, y se podría decir que esos supuestos contradicen el planteamiento realizado sobre el bien jurídico tutelado como producto de una concepción mayoritaria de la sociedad. Pero la crítica anterior no corresponde propiamente al fundamento del derecho penal, sino que debe dirigirse hacia la labor del legislador penal que prescribe una norma sin definir claramente el bien tutelado, pues al hacerlo contraviene el mandato constitucional de certeza jurídica. La misma crítica valdría para el legislador que emite una norma protectora de un bien cuya valía no está respaldada por la mayoría social; por ejemplo, si el Congreso emitiera el siguiente tipo penal: “a quien cuente chistes del presidente en reuniones sociales se le sancionará con prisión de seis

⁶ En este sentido, *cfr.* Gimbernat Ordeig, Enrique, “Causalidad, omisión e imprudencia”, *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Granada, Comares, 1997, p. 190; Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 4, p. 92.

meses a dos años”. Pese a que la finalidad del precepto tendría como fin la protección de la imagen de alguien tan importante como el primer mandatario de la nación, ello no sólo carecería del apoyo mayoritario de la sociedad mexicana, sino que además iría en contra de una de las tradiciones más enraizadas en nuestro país y contra la garantía de la libertad de expresión, dando lugar a la evidente anticonstitucionalidad de tal norma penal que no fue emitida para favorecer al pueblo.

Los lineamientos antes trazados nos llevan a concluir que el bien jurídico también tiene un fundamento sociológico, lo cual implica su determinación conforme a cada sociedad en un momento y lugar determinado, cuyo fin es posibilitar a sus integrantes su desarrollo y realización personal dentro del sistema social.⁷

Existen bienes cuya valía es reconocida por todas las sociedades a lo largo de la historia, como la vida, la integridad física, el patrimonio,⁸ la libertad,⁹ y otros más. La diferencia radica en la gravedad de la sanción

⁷ Con el razonamiento aquí planteado se busca conciliar el aparente enfrentamiento que existe entre la “dañosidad social” y la concepción del “ser humano como razón de ser del derecho” y no como un instrumento de un fin puramente social; sobre dicha problemática y la concepción aquí defendida *cfr.* Silva Sánchez, José María, *Aproximación al derecho penal*, España, pp. 269-271.

⁸ El delito de robo lesiona dicho bien; en este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado: “ROBO, APODERAMIENTO COMO CONSUMACIÓN DEL. El delito de robo no queda en grado de tentativa, sino que llega a la consumación, si se realiza la conducta típica de apoderamiento, la cual implica, en cuanto al sujeto pasivo, desapoderamiento, vulnerándose así el bien jurídico del patrimonio, al substraer el inculpa-do el objeto material del ilícito y colocarlo bajo su poder de hecho; sin que sea relevante la circunstancia de que el sujeto activo no logre sacar el bien material del robo del local del ofendido, dado que ello, en última instancia, tendría significado en cuanto agotamiento del delito, por el logro de la finalidad del acusado, pero es intrascendente en orden a la consumación, misma que ocurre desde el momento en que el sujeto activo toma el objeto, pues desde ese instante se ataca al bien jurídico tutelado, en razón de que el ofendido, en la hipótesis de querer disponer del bien, no puede hacerlo, por haber salido de su esfera de disposición”.

Amparo directo 6902/81. Fernando Escalona Bello. 12 de abril de 1982. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretario: Toms Hernández Franco. Séptima época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo: 157-162, segunda parte, página 107.

⁹ Bien jurídico protegido en el delito de privación ilegal de la libertad, como lo ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE. El delito de privación de la libertad no exige para su configuración alguna circunstancia concreta y necesaria de temporalidad, toda vez que se

que se impone a quien los lesiona; por ejemplo, el delito de homicidio tiene prevista una pena máxima de sesenta años de prisión en nuestro Código Penal Federal (artículo 320), mientras que conforme a lo dispuesto en el Código Penal alemán se puede imponer la pena de cadena perpetua (artículo 211); pero, salvo excepciones como la anterior, el Código Penal mexicano prevé penas mucho más elevadas que su homólogo alemán.

El bien jurídico tiene un carácter dinámico y puede variar su concepción tanto en el espacio como en el tiempo. La diferente protección de un mismo bien jurídico en diferentes lugares, la podemos encontrar en el carácter delictivo que tienen en nuestro país las conductas de inducción y el auxilio al suicidio previstas en el artículo 312 del Código Penal Federal. En cambio, en Alemania dichas conductas son impunes porque su Código Penal no las describe. Como enunciamos, con el tiempo la sociedad puede llegar a deprecia el valor de un bien antes considerado como fundamental, haciendo necesario el retiro de la protección penal; buena muestra de ello la tenemos en la derogación del delito de injurias de nuestro Código Penal.¹⁰ Mas la evolución social también puede generar nuevas necesidades y dar origen a nuevos bienes que requieren de protección jurídico-penal, tal y como sucedió en nuestro país con la incorporación de los delitos de acceso ilícito a sistemas y equipos de informática en el Código Penal Federal (artículos 211 bis 1 a bis 7).

integra en todos sus elementos, constituidos desde el momento mismo en que se lesiona el bien jurídico tutelado, que es la libertad del individuo, al evitar el libre actuar del sujeto pasivo de la infracción, siendo el elemento distintivo del delito instantáneo, que esta conducta puede prolongarse por más o menos tiempo, según lo establecen los diversos preceptos de los Códigos Penales”.

Contradicción de tesis 61/97. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. 3 de diciembre de 1997. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

Tesis de jurisprudencia 4/98. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintiuno de enero de mil novecientos noventa y ocho, por unanimidad de cinco votos de los ministros presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Novena época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo: VII, febrero de 1998. Tesis: 1a./J. 4/98; p. 92.

¹⁰ *Diario Oficial de la Federación* de 23 de diciembre de 1985.

Conforme a lo anterior, el bien jurídico tiene un carácter abstracto, es decir, su valor se incorpora no sólo en objetos materiales sino también puede consistir en un valor o cualidad sumamente valiosa para la sociedad. Si nos refiriéramos a la vida, podríamos observar que a pesar de tener como primera impresión que se trata de un bien jurídico material, el análisis de la protección jurídica que se le otorga nos podría demostrar lo contrario; pues de acuerdo con la biología, la vida se termina en el momento en que se extinguen todas las funciones vitales, mientras que de acuerdo con nuestro derecho, la vida se extingue en el momento en que deja de funcionar el cerebro (electroencefalograma plano). Hoy es posible mantener, con determinados instrumentos médicos, un cuerpo humano con el corazón latiendo sin función alguna del cerebro, situación en la cual biológicamente podemos sostener la existencia de un cuerpo vivo, pero para efectos jurídico-penales se considera que es un ser humano muerto. La relatividad de la abstracción del bien jurídico se aprecia con mayor intensidad cuando consiste en un ente inmaterial; por ejemplo, el valor del honor es sumamente alto en sociedades como la japonesa, en tanto que en la mexicana tiene un valor relativo.

Volviendo a la fundamentación del Estado social y sus repercusiones en el derecho penal, la evolución del Estado de derecho hacia el Estado social se traduce en el estricto apego al principio de legalidad con la modalidad de la toma de medidas necesarias para proteger a la sociedad de la delincuencia. Mientras que en el Estado liberal los delincuentes de un mismo delito debían ser tratados con igualdad y, por ello, sancionados con la misma pena, el Estado social partió de la distinción entre los autores de un mismo delito, y con ello no sólo la posibilidad de graduar la pena prevista en la ley sino también la aplicación de medidas de seguridad. De esta forma quedó de manifiesto que la nueva tendencia del derecho penal no sólo estaba encaminada hacia la prevención general negativa sino también hacia la prevención especial.¹¹

Con los anteriores argumentos podemos sostener fundadamente que el derecho penal mexicano se debe ajustar a los parámetros del Estado social y de derecho, y si nos damos cuenta, para sustentar esa conclusión no hemos necesitado de un artículo constitucional que expresamente lo haya establecido; lo hemos podido deducir tanto de la tradición histórica

¹¹ Cfr. Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 4, pp. 63-65 y 74.

como de la estructura orgánica e instituciones previstas en la misma Constitución.

Si no hemos tenido problema para aceptar que en México está ordenada por la Constitución la instauración de un Estado social y de derecho, mucho menos problemático resulta establecer que también está ordenado su carácter democrático.

En efecto, la Constitución ordena la instauración de una República democrática (artículo 40) en la cual la voluntad popular estará representada democráticamente a través de los candidatos de los partidos políticos elegidos por el pueblo (artículo 41, fracción I, párrafo 2); de ahí que se establezca la rectoría del Estado para la planeación y el desarrollo nacional garantizando el régimen democrático (artículos 25, fracción I, y 26, fracciones I y IV); para reforzar dicha ideología en el pueblo, la enseñanza pública estará orientada por el criterio democrático (artículo 3o., fracción II, inciso *a*). Es precisamente este último precepto constitucional el que mejor nos describe a la democracia, la cual se concibe “no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.

Conforme a lo antes expuesto, podemos sostener que nuestra Constitución vigente ordena el establecimiento de un Estado social y democrático de derecho, por lo cual todo el sistema legal en México debe ser acorde con dicha ideología, lo que significa que cualquier ley debe tener esa orientación, pues de acuerdo con el artículo 133 de la misma Constitución, ésta tiene la máxima jerarquía y por tanto todas las leyes deberán ser acordes con sus postulados; a esto se le denomina principio de “supremacía constitucional”.

Lo anterior tiene una gran repercusión en materia penal, pues significa que todas las leyes penales deberán tener la orientación hacia un Estado social y democrático de derecho. Por ello, si durante el proceso legislativo es notorio que la propuesta de ley o reforma contraviene los postulados del susodicho tipo de Estado, dicha propuesta de ley no deberá ser aprobada por la cámara revisora y tendrá que regresarla a la cámara de origen (artículo 72, inciso *a*), y la misma obligación tendría el Ejecutivo si realizara las observaciones respectivas, debiendo remitirla a la cámara de origen para su discusión (artículos 72, incisos *a*, *b* y *c*). Sin embargo, si el Congreso vuelve a confirmar su proyecto de ley, entonces el Ejecutivo deberá promulgarlo como ley vigente (artículo 72, inciso *c*) y que-

dará como recurso la acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (artículo 105, fracción II de la Constitución); todo este mecanismo de control constitucional es una consecuencia del sistema de división de poderes en el cual cada poder vigila y controla los actos del otro para conseguir el ejercicio del poder con apego a la carta magna, lo cual se traduce en el beneficio del pueblo.

Sin embargo, en nuestro país se han promulgado reformas legales contrarias al Estado social y democrático de derecho sin que se haya interpuesto el citado recurso de inconstitucionalidad de la ley, con lo cual el único recurso legal que tiene el particular es el amparo; mas dicha institución jurídica se rige por la llamada fórmula Otero, es decir, en caso de prosperar el recurso de amparo dicha ley sólo quedaría sin efecto para quien lo ha promovido. Es aquí donde vuelve a cobrar importancia la labor de la dogmática jurídico-penal, la cual, a través de la interpretación, podrá asumir una posición crítica que ponga en evidencia la anticonstitucionalidad de la ley y llegar a generar una creciente corriente de opinión que conlleve al legislador a recapacitar sobre la ley promulgada.

Conforme a todo lo anterior, se puede afirmar que por imperativo constitucional, el derecho penal en México debe estar sustentado en los principios de un Estado social y democrático de derecho, a saber: principio de bien jurídico tutelado; principio de conducta; principio de intervención mínima; principio de legalidad; principio de culpabilidad; principio de presunción de inocencia, y principio de humanización de la pena.¹² De estos principios ya me he ocupado en otras de mis obras y por tanto remito al lector a ellas para su análisis.

De esta guisa, el derecho penal en un Estado social y democrático de derecho se debe sustentar en el principio de legalidad y en su empleo como medio de protección de una sociedad plural y democrática, de lo cual se sigue que sólo cuando los “intereses de todos” coinciden en que un determinado bien es sumamente valioso para la vida ordenada en comunidad, entonces y sólo entonces podrá ser protegido a través del derecho penal.¹³

¹² Por su parte, Moreno Hernández agrega el principio de jurisdiccionalidad, el principio de previo y debido proceso y el principio de defensa. *Cfr.*, del autor citado, *Política criminal*, México, Ius Poenale, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, pp. 49 y 50.

¹³ *Cfr.* Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 4, pp. 63-65.