

# EL NUEVO CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL. UN DERECHO PENAL GARANTISTA NO ALCANZADO

René GONZÁLEZ DE LA VEGA \*

Este trabajo es una propuesta en torno al actual sentido del derecho penal y el momento que vive la teoría del delito. Estimo que pudo haberse logrado un mejor instrumento punitivo, si el legislador hubiera comprendido el auténtico papel jurídico del derecho penal:

1. El derecho penal es un conjunto mínimo de normas que protegen bienes jurídicos, esto es, un orden valioso a la comunidad.

2. Esos bienes jurídicos tutelados, tan sólo pueden resultar lesionados o puestos en peligro, por un solo instituto jurídico, lo que llamamos delito.

3. Esos bienes jurídicos, trascendido el iusnaturalismo y el positivismo, no tienen la connotación de derechos subjetivos individuales; comprendidos por la comunidad social; como integrantes de ese orden valioso general, asumen un papel universal y de interés común, se tornan intocables y es intolerable su lesión.

4. Esos bienes jurídicos que integran el objeto de tutela del derecho penal, no se “inventan”, no se “improvisan”, no surgen de una atribución omnímoda del legislador secundario; componen un mínimo de “campo jurídico protegido” y no todo puede ser llevado a la conminación penal.

5. Un bien jurídico se determina a través de un ejercicio tridimensional, como quiere Reale, conjugando las nociones de valor-hecho-norma. Si construimos un triángulo, en cada vértice colocamos una de esas nociones y entonces en el centro del debate, se ubica el bien jurídico, que no puede surgir de un puro normativismo, centrado en la desideologizada dogmática penal, sino que hemos de atender a la filosofía de los valores, la axiología y relacionar los bienes por jerarquía y descenderlos de una retórica filosófica a definiciones expresas y demostrables. Asimismo, es

\* Miembro de Número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

necesario nunca desatender el hecho social, a partir de mirar el valor y la norma, pues de otra suerte divorciamos el derecho de su objetivo primordial y lo convertimos en un instrumento siempre obsoleto, siempre mirando hacia el pasado.

6. A su vez el normativismo, como uno de los vértices por atender para determinar el bien jurídico, no se establece tan sólo en la norma penal, pues entonces la miraríamos huérfana. *La Constitución y las leyes que de ella emanan*. Artículo 133 constitucional. ¿Dónde colocamos al Código Penal?, ¿de donde viene; cual es su asidero fundamental? Esa ley, no puede surgir de la nada, necesariamente reglamenta u organiza un “algo” constitucional, como el resto del orden jurídico.

7. El constitucionalismo moderno, desde 1787 en Estados Unidos y 1791 en Francia, agregada la primera en 1791 por las primeras diez enmiendas, establece un *Bill of Rights*. Derechos del hombre por escrito. Se garantizan: Estado de derecho rígido y autocontrol; control de la constitucionalidad; parafernalia de instrumentos jurídicos de defensa del gobernado; garantía dura: el derecho penal. Esos derechos fundamentales, se estiman derechos subjetivos públicos, atados a un *preferred position* y no un mero no hacer. En el hacer y no vulnerar, el Estado garantiza esos derechos fundamentales y propicia su debido disfrute.

8. Así, los bienes jurídicos por proteger, como mínimo ético, integrantes de un orden valioso elemental, no pueden surgir sino de ese pliego *garantista* constitucional. Además, el derecho subjetivo público, establecido en la norma fundamental, para convertirse en bien por tutelar, ha de ser cribado por aquellas nociones de axiología y sociología, que le brinden realismo y necesidad. Ya no más un legislador secundario omnipotente.

9. El intercambio de visiones entre norma, valor y hecho, colocadas en el orden que a cada disciplina toca, derecho, filosofía y sociología, nos determinan la existencia de un derecho subjetivo público, que debe garantizarse por la norma penal y así convertirse en bien jurídico.

10. De ahí, que dejando atrás una visión racionalista del derecho constitucional, que entre nosotros “otorga” garantías, no las reconoce, no las supone, no las implica en su discurso normativo, y rebasando su idea pétrea, verdaderamente monolítica, debe convertirse en un derecho constitucional más abierto y moderno, a la luz de los fuertes impulsos actuales de los derechos humanos, como gama muy amplia de lo que hace y permite una vida íntegra y digna del hombre.

11. Entonces, el delito, es fenómeno de pura facticidad —hecho humano voluntario— y es instituto de puro normativismo: la figura típica consagrada en los ordenamientos positivos. Si en aquel triángulo primero determinamos bien jurídico por proteger, conjugando norma, valor y hecho, lo hemos de colocar apenas como el vértice superior de otro triángulo más amplio; sus otros vértices, serán el orden político dado, entre nosotros y atendiendo nuestra materia, por federalismo, soberanía, libertades y democracia, básicamente. Esto, porque el derecho, primer vértice, es pura racionalidad y la política, ya no es la ciencia del deber ser, sino de lo que puede ser, esto es, desde un punto de vista de lo razonable. El delito, es parte del mundo real, de la más profunda *praxis* política y se le reconoce como ingrediente, en tanto demanda social concreta, con una prioridad de primer orden. La política, es, finalmente, lo que brinda dinámica y sustento al derecho, por definición rígido en su escueta positividad.

12. El otro vértice que mira al fenómeno criminal, es el referido a las instituciones públicas y sociales y a los programas de gobierno y políticas públicas de instrumentación, para en verdad garantizar ese haz de derechos subjetivos públicos, trocados en bienes jurídicos al inscribirse al mínimo del mínimo ético.

13. En el centro de esta “maquinaria”, reflejada en el poliedro que proponemos, colocamos al delito como objeto de conocimiento humano, que han de atender juristas, sí, pero simultáneamente, filósofos, sociólogos, políticos y administradores de la cosa pública. La teoría del delito, como hoy la miramos, remontada allá, en su pura dogmática penal, no nos dice mayor cosa, y realiza exámenes *ex post*, ante un legislador secundario que actúa fuera de los derechos fundamentales, rebasando constantemente la vocación de nuestra disciplina, por no poder fijar el bien jurídico y no atender la *praxis* política que nos distingue, no confundida con el simple rejuego de las filias y las fobias políticas, sino mejor, mirando federalismo, libertades, soberanía y democracia, entendida como igualdad plena de oportunidades. Y sin mirar las capacidades institucionales, instrumentales y de coordinación, a partir de un verdadero sistema integral de justicia y seguridad pública, que por hoy se limita a ver el “paquete” desde la seguridad pública, que no sabe distinguir de la seguridad nacional, pasando por la investigación, persecución, enjuiciamiento y sanción de los delitos, pero que se “desfonda” al no cerrar el círculo con el imprescindible postpenitenciarismo, tan ausente entre nosotros.

14. Entre juristas, veamos y estudiemos el delito en su más puro normativismo, pero nunca dejemos de mirar el verdadero triángulo que lo encierra. La Escuela de Viena nos habló del silogismo primario: si A es, debe ser B; pero también descubrió una norma secundaria: A no debe ser; si a pesar del imperativo, A es, entonces debe ser B. En esta segunda fórmula, hallamos la expresión categorial del derecho penal, que no atiende una norma hipotética, sino estrictamente sintética y entonces el supuesto jurídico, se integra formalmente con la descripción típica de la conducta que protege un bien jurídico derivado sólo y tan sólo de la Constitución; su consecuencia condicionada es, por supuesto la pena, con todos los fines que los penólogos quieran atribuirle, pero no deja de ser una fría respuesta del orden jurídico.

15. Gallas invitaba, para comprender el delito, a dejar de mirarlo como una pieza unitaria. Eso debemos hacer, pues lo antisocial, es primero pura facticidad: objetividad de la conducta humana. Acción, resultado y nexos causales. Lo convertimos en instituto jurídico, al mirar sus efectos, y corroborar que tiene capacidad de lesión de derechos subjetivos fundamentales, que por su nivel axiológico y su realismo sociológico, se enderezan en bien jurídico por proteger, para brindarle a la función *garantista* constitucional, una forma más, de hacer realidad la garantía; precisamente la garantía dura del derecho penal.

16. Si “atamos” como debe ser, el ordenamiento punitivo, con sus regímenes penales de la parte general y sus descripciones típicas de la parte especial, a la norma constitucional, sólo entonces estaríamos dándole cumplimiento a la pirámide jurídica de nuestro artículo 133 constitucional. El derecho penal emana de la constitución y no del capricho omnímodo del legislador secundario. Por eso es un régimen mínimo y no desbordado a las ocurrencias de las fuerzas políticas en colisión y sin orden.

17. Las escuelas más significativas del penalismo durante el siglo XX, procuraron encontrar esa “explicación” faltante. Los psicologistas quisieron fijar injusto y reproche en el nexo mental entre hecho y autor; la reacción de los normativistas no se hizo esperar y calcularon que un puro psicologismo, no brindaba respuestas al orden imperante y se acercaron mucho a lo que hoy debatimos: exigieron un disvalor objetivo, proveniente del orden jurídico todo; aunque esta visión le brindaba al concepto de delito, una noción más ubicada en lo jurídico y en sus mandatos cargados de positividad, Welzel, fue más allá y trajo axiología y sociología, pero individualizó el contenido ético-social, a la infracción particular, pues

atendía a un concepto unitario, que mezcló objetividad pura, conducta humana, con subjetividad, circunscrita a una voluntad finalística. Los funcionalistas le criticaron su escaso avance y propendieron a mirar a la sociedad como un sistema bien organizado, que espera que cada cual, no defraude su papel y al orden normativo, mediante una conducta punible. Si lo hiciera, había que reestablecer el orden jurídico, reequilibrándolo mediante la pena.

18. Hoy, ya no podemos mirar así el delito; debemos renunciar a una visión monolítica del instituto y llegar a un concepto totalmente objetivizado en el mundo fenomenológico, generado por el hombre, dotado de voluntad; frente a sí, ese ingrediente objetivo, de pura facticidad humana, tiene una formalidad fría y escueta: la definición de un acontecer, que llegó a esa connotación precisa, de meras retóricas filosóficas y de constataciones sociales, cribadas por la dogmática penal y es capaz de demostrarse. La tarea consiste en lograr, entre esa definición demostrable y el hecho objetivo del mundo real, una vinculación conceptual precisa, desde el punto de vista de la garantía de legalidad. Surge, tras dicho paso, el *injusto punible*.

19. Es muy importante entonces destacar, que el derecho penal es un instrumento *garantista* de la sociedad, quien es su destinataria, en su claro mensaje, de que protege sus bienes más valiosos, de origen constitucional, mediante la reacción del Estado —*ius puniendi*— y la aplicación de una pena al infractor. No es, pues, más, nuestra disciplina, instrumento volcado al delincuente, colmada de represión. Ya no tenemos porque buscar el fundamento del derecho penal en construcciones psicologistas, normativistas no concretas sino dispersas, en contenidos individuales de orden ético-social, o en papeles funcionalistas de su orden jurídico impuesto. El derecho penal no tiene más fundamento que el constitucionalismo, pues de la carta magna emana, rigiendo sus mandatos y garantías.

20. El papel del infractor, frente a esta garantía dura para los individuos integrantes del conglomerado social no es distinto; es un gobernado asistido por garantías penales, tan extensas, como lo duro de la garantía preceptiva o prohibitiva contenida en el ordenamiento punitivo. De ahí que el Código alemán, propusiera llevar el garantismo dedicado al infractor, al articulado mismo y que, en su hora, el Código español de 95 hiciera lo propio. Llevar hasta los textos legales secundarios exigencias materiales de seguridad y certeza, como las garantías que asisten al infractor, tiene sus efectos importantes. En primer lugar, ubica, en un instrumento

garantista de la sociedad que asume derechos subjetivos públicos como bienes jurídicos por proteger, los derechos garantizados también, de quien ha colmado jurídicamente sus alcances normativos: el delincuente. En segundo lugar, pero no con menor importancia, tiene el efecto benéfico de impulsar un mandato que ya viene de la Constitución para el legislador ordinario en el sentido de redactar normas incriminadoras de modo claro, taxativo y terminante, evitándonos omnipotencias anticonstitucionales y desbordamientos penales inadmisibles; otro para el juzgador, en su doble papel de intérprete constitucional, que cuida evitar esos desbordamientos y en su papel de juez natural, que aplica la ley, y quien a partir de ésta modalidad legislativa, tendrá por misión custodiar la legalidad en esos aspectos y no sólo en las protecciones de bienes comunitarios.

21. A la luz de lo anterior, el Código Penal es instrumento de protección al gobernado, pero se equilibra al incorporar las garantías del infractor: no hay pena sin delito (retributividad), no hay delito sin ley (legalidad), no hay ley sin necesidad (mínima intervención), no hay necesidad sin lesión (lesividad al bien jurídico), no hay lesión sin acción exteriorizada (*iter criminis*), no hay acción sin culpa (culpabilidad), no hay culpa sin juicio (jurisdiccionalidad), no hay juicio sin acusación (acusatorio), no hay acusación sin prueba (verificativo), y no hay prueba sin defensa (contradictorio). Este decálogo del *garantismo penal* de Ferrajoli, ha sido traído trunco al nuevo Código penal del Distrito Federal.

22. Defectos en lo explicado nos han impuesto la penosa presencia, ya no en la tutela del buen servicio público, sino en la de la libertad corporal de ese aerolito que se denomina desaparición forzada de personas; asimismo, la falta de comprensión de la noción tridimensional del bien jurídico, impone absurdamente que al terrorismo se le brinde tan sólo una connotación federal y no lesiva también de bienes del fuero común.

23. Por último, el nuevo Código Penal del Distrito Federal presenta vicios de validez graves. En 1999 no se quiso asumir un texto definido como Código local, al entrar el viejo ordenamiento ambivalente de 1931, en plena decadencia que lo llevaría indefectiblemente a su muerte jurídica. Eso, por las reformas al artículo 122 constitucional y la emisión del estatuto de gobierno para la capital del país, de 1996. La Federación hizo lo que tenía que hacer y decretó que los textos de 31, se asumían como Código Penal federal; eso mismo debió hacer la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, para brindarle vigor a un texto penal determinado, pues su flamante prerrogativa legislativa, al iniciar la nueva vida jurídico-polí-

tica de la capital, se imponía como obligación insalvable. Se tomó el falso camino de reformar y adicionar, con algunas derogaciones, el Código ambivalente de 1931, lo que no resultaba jurídicamente suficiente y ya advertimos en colaboración a *Criminalia*, de cómo se perdió el Código capitalino. Ahora, el nuevo legislador, emite un nuevo ordenamiento penal, lo que está en sus prerrogativas constitucionales, pero lamentablemente, quiere con gran ingenuidad abrogar el Código de 1931, que por supuesto fue legislado y expedido por autoridad federal y entonces se ve impedido a hacerlo. El error de 1999, nos coloca en ésta circunstancia equívoca.