

PRINCIPIOS RECTORES EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

Moisés MORENO HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El panorama actual*.
III. *¿Derecho penal democrático o autoritario?* IV. *Prin-*
cipios rectores en el derecho penal mexicano. V. *Pa-*
labras finales.

I. INTRODUCCIÓN

Es un verdadero honor participar en el homenaje que el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México le rinde al doctor Sergio García Ramírez. Sin duda, el doctor García Ramírez es una de las figuras más destacadas y de los más relevantes exponentes de la ciencia del derecho penal y de la política criminal de los últimos tiempos en México. A él se deben, junto con otros destacadísimos maestros, como don Celestino Porte Petit, las importantes transformaciones que nuestro sistema de justicia penal ha experimentado en las últimas décadas en cada uno de sus diferentes sectores y niveles: la legislación penal (tanto sustantiva, como procesal y ejecutiva) ha sido enriquecida, sobre todo a partir de las reformas de 1983-1984; lo propio puede decirse del subsistema de procuración de justicia, tanto distrital como federal, cuyas huellas plasmadas durante las distintas épocas que lo tuvo como su titular aún permanecen indelebles; y lo mismo del sistema penitenciario, que en la década de 1970 mostró sus bondades resocializadoras gracias a su decisión y firmeza; el ámbito que corresponde a los menores infractores también se vio ampliamente atendido y favorecido por las ideas del ahora homenajeado, quien siempre ha pugnado por brindarles cada vez mayor protección. La política criminal toda encontró en el pensamiento de García Ramírez una integral consideración y una sólida y congruente orientación, reveladora del humanismo del jurista y de la per-

manente idea de consolidar la vigencia del Estado de derecho y de un sistema de justicia penal que se acomode a aquél.

Resulta, por ello, una valiosa oportunidad aprovechar esta ocasión en que se le rinde homenaje para expresarle nuestro sincero reconocimiento y, de paso, hacer un balance sobre de qué manera las actuales decisiones político-criminales se siguen orientando por los criterios característicos de un Estado democrático de derecho, que son los que consagra la Constitución política, o a qué grado algunos de ellos han sido cancelados, sobre todo en el plano material, y sustituidos por otros que siguen caminos diferentes. Por esa razón, he decidido, dado lo extenso que es el tema, centrar mis consideraciones en la legislación penal sustantiva, para efectos de ver cuáles son algunos de los criterios o principios que actualmente la orientan, y qué perspectivas hay para ellos en el futuro de nuestra legislación. Pero, previamente a ella, se harán algunas consideraciones de carácter general sobre las características del sistema de justicia penal para poder enmarcar el análisis de nuestra legislación penal y de las propuestas últimas para su transformación.

II. EL PANORAMA ACTUAL

1. *El sentimiento de inseguridad y sus reacciones*

Prevalece en el sentimiento de los mexicanos la sensación fundada de una gran inseguridad pública, provocada por el incremento desmesurado de la delincuencia, magnificada, a su vez, por los diferentes medios de comunicación. Fenómeno que se asocia al problema de la impunidad y de la corrupción administrativa, que por su parte es consecuencia y causa de la infuncionalidad de los diferentes sectores y niveles del sistema de justicia penal y de la pérdida de credibilidad ciudadana hacia las instituciones que lo conforman. Ante tal sentimiento de inseguridad y ante la situación de que los órganos de control con frecuencia se ven rebasados por el fenómeno delictivo, surgen reacciones diversas tanto de parte de la ciudadanía como de las instancias estatales.

Las reacciones ciudadanas se manifiestan de muy diferente manera y observan las más diversas intensidades, destacando aquéllas que pugnan por una mayor represividad de las medidas frente al fenómeno delictivo, dentro de las cuales pueden a su vez encontrarse posturas reflexivas y racionales, así como posturas puramente emotivas, viscerales o irracio-

nales de los diferentes sectores sociales, sin descartar las tendencias desesperadas de hacer justicia por sí mismos ante la inercia del aparato estatal, que se manifiestan en actos violentos. En realidad, existe un intenso reclamo social por nuevos sistemas bajo los cuales se organice con más justicia, equidad y seguridad la sociedad humana, petición que se ha convertido ya desde hace bastante tiempo en una constante, que no sólo se limita al problema de la seguridad pública y de la justicia penal, sino que se extiende a muchos otros campos de la vida comunitaria. Tal situación se agrava aún más por las transformaciones que de manera vertiginosa se producen en dichos campos, que sin duda también llevan aparejados problemas de violencia e inseguridad, por lo que con ellas se agudiza la desconexión entre los planos formal y material, y se cuestiona de manera insistente la vigencia de instituciones, principios y criterios que hasta ahora han regido nuestra vida, individual y colectivamente considerada.

Dentro de esas reacciones ciudadanas, adquieren particular relevancia las de los sectores académicos, que con mayor intensidad comprenden la problemática y están en mejores condiciones para opinar e intervenir decididamente en el diseño de las medidas político-criminales, encontrándose en ellas igualmente diversas tendencias e intereses diferentes, que de alguna manera repercuten o tratan de tener sus repercusiones en la toma de las decisiones político-criminales de los diferentes sectores del sistema de justicia penal. Sin embargo, en los tiempos actuales no parece ser la regla el que pueda afirmarse la existencia de una cierta conexión entre la dogmática penal y la política criminal; situación que es atribuible tanto a la actitud de los propios dogmáticos como a la de los políticos.

Las reacciones estatales, por supuesto, también las hay, y las hay igualmente de manera abundante y con diversa intensidad, pero no siempre siguiendo criterios uniformes; por lo que de antemano no puede adelantarse y generalizarse un juicio sobre si son adecuadas y racionales o si no lo son. No obstante, puede afirmarse que, en el ámbito mexicano, claramente puede observarse que la forma de reacción institucional la mayoría de las veces carece de coherencia y de consistencia; las reacciones político-criminales frente al fenómeno delictivo tienen más bien la característica de ser pendular y vacilante, lo que probablemente puede obedecer a las características del fenómeno que se trata de enfrentar, pero más seguramente, a la visión o perspectiva que se tenga por parte de quienes tienen la función de enfrentarlo. En efecto, se ha generado en los

últimos años la sensación, por una parte, de que el Estado ha dado y da constantes y oportunas respuestas a los reclamos sociales en materia de seguridad pública y justicia penal, sobre todo cuando las medidas se endurecen y se resalta su drasticidad; pero, en otras ocasiones, el sentimiento que se crea es el de una gran indiferencia e inercia por parte del Estado frente al problema, que crece cuando las medidas que se adoptan muestran su total infuncionalidad; a veces también se da la sensación de que finalmente se han observado los lineamientos o directrices de la Constitución política en el diseño de sus medidas político-criminales y que, por tanto, procura adecuar su sistema de justicia penal, al menos por lo que hace a la legislación penal, a las exigencias de un Estado democrático de derecho, que es el que consagra la Constitución (como sucede con un gran número de las reformas introducidas a la legislación penal federal en 1983-1984 y en 1994), al precisar la vigencia de ciertos principios fundamentales que implican limitaciones al *ius puniendi* estatal y garantía de los derechos de los individuos. Todo ello muestra lo oscilante de nuestra incipiente política criminal.

Otras veces, en cambio, pareciera que lo que se busca es la implantación de un sistema eminentemente represivo, que raye en los límites constitucionales o, incluso, que se aparte de ellos o los quebrante. Tal es la sensación que se deja experimentar con ciertas medidas que se vienen adoptando sobre todo a partir de 1995, entre las que se pueden mencionar la Ley General de Seguridad Pública, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y algunas reformas a la Constitución política; la participación de miembros del ejército en las corporaciones policiacas que tienen la función de investigar los delitos, así como algunas de las medidas que se plantean en la última iniciativa de reformas enviada a fines de 1997 al Congreso de la Unión por el Ejecutivo federal.

2. Características de las reacciones estatales de los últimos tiempos

En efecto, en los últimos días del año 1997, el gobierno federal envió al Congreso de la Unión una nueva iniciativa de reformas legislativas, que involucran tanto disposiciones de la Constitución política como del Código Penal federal y de los Códigos de Procedimientos Penales (federal y distrital), con las que, según se afirma, se superará el rezago de nuestro marco jurídico; se contará con herramientas que definitivamente harán frente de manera eficaz al problema de la delincuencia y de la

inseguridad pública, que en los últimos tiempos se ha hecho especialmente grave, y se recuperará la confianza en las instituciones.

Por lo que hace a la propuesta de reformas a la Constitución, se señala en la exposición de motivos de la iniciativa que la reforma de 1993 al artículo 16 “impuso a las autoridades encargadas de la procuración de justicia mayores requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de órdenes de aprehensión”, y “consideró posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras naciones”; pero que —se afirma— “hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo del derecho penal mexicano”; estableciendo, además, que “después de cuatro años de aplicación del nuevo texto constitucional se advierte que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados”. “Por el contrario, éste ha permitido que frecuentemente, por tecnicismos legales, presuntos delincuentes evadan la acción de la justicia”; es decir, que “evita el enjuiciamiento de presuntos responsables, provocando, consecuentemente, mayor delincuencia e impunidad”. En virtud de ello, se propone “flexibilizar los requisitos que establece el artículo 16 constitucional para obtener una orden de aprehensión”, para “hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia”. Razones análogas se hacen valer con relación a la propuesta de reforma al artículo 19 constitucional, aunque dando su propia interpretación respecto de los elementos de la anterior figura de “cuerpo del delito”, que no se comparte ya por importantes sectores de la doctrina y de la jurisprudencia en materia penal y procesal penal.

Si bien se argumenta que la iniciativa “respeto los principios consagrados en la reforma de 1993” y “conserva plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados en las garantías individuales”, lo cierto es que en ella se encierra una concepción político-criminal que se vincula con la idea de proporcionarle al Ministerio Público mayor eficiencia en su actuación, allanando —según se afirma— los “serios obstáculos” que contiene la legislación actual. Esa tendencia político-criminal, que confesadamente difiere de la que orientó la reforma constitucional de 1993, se observa todavía con más claridad en la reforma que se propone al artículo 20 constitucional, que establece que “el procedimiento penal no sea suspendido ante la decisión unilateral del presunto responsable de sustraerse a la acción de la justicia”, por lo que podrá ser procesado e incluso sentenciado en

ausencia; propuesta que, sin duda, traspasa los límites que, al menos en el plano formal, han caracterizado nuestro sistema de justicia penal, y nos ubica en los linderos de un sistema penal autoritario o totalitario, aun cuando se argumente que para el inculpado que se sustrae a la acción de la justicia “permanecerán incólumes, vigentes y expeditos” el derecho de audiencia y defensa para que los ejerza, y que de esa manera se contribuye “a modernizar el enjuiciamiento penal mexicano”.

Dicha iniciativa se presenta apenas un año después de que se hicieran las reformas, igualmente caracterizadas en su momento por el propio Ejecutivo, como las que enfrentarían de manera eficaz a la delincuencia, sobre todo a la “delincuencia organizada”, que también modificaron los artículos 16, 20, 22 y 73, fracción XXI, constitucionales y diversas disposiciones del Código Penal y del Código Procesal Penal, que culminaron en 1996 con la expedición de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Ciertamente, tanto en ésta como en las reformas constitucionales de aquel entonces se introdujeron medidas político-criminales diferentes a las que formal y tradicionalmente se han seguido en nuestro sistema de justicia penal, como son: intervención de medios de comunicación probada; aseguramiento y decomiso de bienes pertenecientes a miembros de una organización delictiva, cuya procedencia lícita no pueda acreditarse; asimismo, investigación encubierta y tolerancia temporal a ciertas prácticas; protección a testigos y reserva de su identidad; protección a investigadores y a jueces, entre otras. Pero la puesta en marcha de tales medidas requería de una determinada y adecuada infraestructura, que aún no se tiene, así como de un tiempo razonable para que pudiera conocerse sus resultados; sin embargo, sin que se haya proveído lo necesario y sin que se haya tenido el tiempo suficiente para comprobar el grado de funcionalidad de dichas medidas, son cuestionadas y nuevamente se plantea el origen de otras.

Pero ésta no es la única ocasión en que se observa tal precipitación o desesperación en la reforma legislativa, en lo que va de la presente década; habrá que recordar que no hace mucho tiempo, en 1993, a raíz de ciertos acontecimientos violentos, como los de Guadalajara, se tomó la decisión de adoptar medidas más drásticas para enfrentar con todo rigor la delincuencia y garantizar de esa manera la seguridad pública; surgiendo de esta manera por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la referencia a un nuevo fenómeno que es la “delincuencia organizada”, como

se observa de las reformas que en ese año se introdujeron a los artículos 16, 19, 20 y 107 de la Constitución, de las que, a su vez, derivaron las importantes reformas —importantes por su orientación político-criminal y dogmática— al Código Penal y al Código de Procedimientos Penales que entraron en vigor a principios de 1994.

Entre los cambios que las mencionadas reformas constitucionales de 1993 produjeron, destacan: la sustitución, por una parte, de la expresión “cuerpo del delito” por la más técnica de “elementos del tipo penal” y se precisaron los requisitos para las detenciones administrativas en casos flagrantes y urgentes, así como para librar orden de aprehensión por autoridad judicial, estableciéndose por primera vez un control jurisdiccional de legalidad con relación a las detenciones, para efectos de determinar si la detención realmente fue hecha en flagrancia o concurriendo los requisitos de la urgencia, y el plazo que debe durar la retención por el Ministerio Público, asentándose que “todo abuso será sancionado por la ley penal” (artículo 16 constitucional). Dichas reformas en realidad introdujeron mayores limitantes a la potestad punitiva que corresponde al Ministerio Público, en lugar de ensancharla. Por otra parte, se precisaron también los requisitos para dictar un auto de formal prisión (artículo 19). Asimismo, se adoptó un criterio político-criminal respecto a la libertad provisional bajo caución, más acorde a las exigencias de un Estado democrático de derecho (artículo 20), que permite afirmar la libertad como regla.

Como puede observarse, los mismos artículos constitucionales siguen siendo objeto de transformación, sin que haya uniformidad de criterios político-criminales ni que los cambios introducidos satisfagan las expectativas estatales. Pero debe destacarse que es el propio Estado, que actualmente tiene el monopolio de atender los problemas relacionados con la seguridad pública y la justicia, el que ha provocado esta situación de inseguridad jurídica: ni los ciudadanos en general ni los encargados de aplicar la ley saben con seguridad a qué atenerse debido a la inestabilidad legal, pues cuando lo que ahora se establece como la mejor opción, al otro día se modifica, ya sea por no funcionar o por no resultar comprensible, sin siquiera haber tenido el tiempo suficiente para poder asimilarla. La precipitación con que se actúa no permite madurar las cosas y experimentar sus bondades o desaciertos; las medidas, particularmente las medidas penales, no pueden funcionar mágicamente, como para ver sus

resultados al día siguiente, por muy adecuadas o drásticas que sean. No debe, por ello, fincarse toda esperanza en ella, ni desilusionarse al siguiente día porque no resultaron lo eficaces que se quería. Tampoco debe pensarse que las únicas medidas factibles son las penales, o que el problema de la delincuencia sólo puede enfrentarse a través de las medidas penales, ni que ellas por sí mismas van a lograr el objetivo de frenar la delincuencia y proteger adecuadamente los bienes jurídicos, pues ello implica mucha ingenuidad y cierra las posibilidades a otras alternativas (el sólo aprobar y publicar una reforma penal, por muy adecuada que sea, no es suficiente para que automáticamente funcione y logre su objetivo, si no se comprenden sus debidos alcances y si no se implementa lo necesario para ello).

Lo que se ha podido constatar con relación a las reformas que se han dado en los últimos cinco años —pero lo mismo se observa por lo que hace a las reformas que se han originado en muchas otras ocasiones— es que ha prevalecido la tendencia de las reformas parciales y circunstanciales y no la de una reforma penal integral. Por lo que mientras que no lleven aparejada la consideración de los otros sectores del sistema de justicia penal, aun cuando se trate de reformas amplias y fundamentales de la legislación penal, no podrán alcanzar cabalmente su objetivo.

En los últimos tiempos, igualmente se han producido algunos sucesos que también nos revelan claramente cuál es la situación que actualmente atraviesa nuestro sistema de justicia penal en sus otros sectores, como son casos de detenciones indebidas, muertes de detenidos a manos de policías o miembros de corporaciones policiacas que son objeto de procesos, entre otros.

En efecto, uno de esos sectores del sistema penal corresponde a la actuación del Ministerio Público, que es el órgano acusador y al que compete la investigación y persecución de los delitos, auxiliándose para ello de la Policía Judicial que está bajo su autoridad y mando inmediato, en torno a la cual se hacen más visibles los excesos en que incurre el ejercicio del poder penal. El reconocimiento de esta situación, aparte del uso de los recursos que la propia ley señala, motivó incluso la creación de las Comisiones de Derechos Humanos como parte de los sistemas de control, y ha hecho que en la actualidad muchos servidores públicos, sobre todo de corporaciones policiacas, se encuentren procesados o siendo investigados por diversos hechos relacionados con su función, revelando

todo ello el gran problema de corrupción y de abuso de poder que se da en estos ámbitos.

Pero, además, se observa también de manera insistente la idea de que a la actuación del Ministerio Público necesariamente tiene que concluir con una sentencia condenatoria, o cualquiera otra contraria al inculpado y a favor del órgano persecutor, como si el Ministerio Público fuera una institución de mala fe en lugar de lo que comúnmente se afirma; por lo que resoluciones que se dicten en contra de esa tendencia deben ser objeto de investigación y persecución, en lugar de reconocer los errores y, en todo caso, hacer uso de los diversos recursos o medios de impugnación que el propio ordenamiento jurídico penal prevé. Un ejemplo de ello lo constituye la resolución dictada recientemente por la juez Campuzano con relación a una supuesta banda de asaltantes que la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal consignó como probables responsables del delito de homicidio de un ciudadano estadounidense; resolución que, por ser contraria a las pretensiones de la Procuraduría, provocó una reacción sumamente violenta de parte de ésta, la cual fue secundada, también de manera virulenta, por diversos medios de comunicación, haciendo escarnio de la juez, y poniendo en entredicho al propio Poder Judicial.

III. ¿DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO O AUTORITARIO?

1. *Razones de la interrogante*

Ante el escenario expuesto de forma muy general, que es recurrente en diversos momentos de la historia de la justicia penal y del Estado, se plantea el debate de si lo que prevalece o debe prevalecer en un determinado lugar, concretamente en México, es un derecho penal democrático o un derecho penal autoritario; lo que también puede llevar aparejado el interrogante: un Estado democrático de derecho o un Estado autoritario o totalitario. Esta discusión que es motivada fundamentalmente por la situación de inseguridad que en este lugar y en este momento se vive, y por las características de las medidas político-criminales que se vienen adoptando, que no parecen obedecer a una orientación bien definida, y por ello, también generan inseguridad.

Esta situación tiene mucho que ver con la perspectiva que se tiene del fenómeno al que se quiere enfrentar y con la función que al derecho penal se le atribuya o se le quiera atribuir, así como con la forma en que se

desea que cumpla con dicha función y si para ello se le establecen límites o no; es decir, si se quiere que se respeten o no los derechos fundamentales del hombre en el uso de este recurso.

2. *Características del derecho penal*

Al ser el derecho penal un instrumento político-criminal del Estado, puede revestir diversas características, según sea concebido y utilizado por el propio Estado. Éste puede utilizarlo al servicio del hombre o para servirse del hombre; la cuestión será, por una parte, precisar cuál es la función que dentro del sistema jurídico y qué medio de control social le corresponde al derecho penal y, por otra, determinar los límites entre una y otra forma de utilización de ese instrumento, pues los argumentos que se den para una o para otra pueden conducirnos a equívocos. Por tratarse de un instrumento del Estado, éste le puede imprimir las características que desee, de suerte que puede colocarlo en los extremos de un sistema penal democrático o en los de un sistema penal autoritario, o bien lograr un punto intermedio. El derecho penal, en todo caso, cualesquiera que sean sus rasgos característicos, será un indicador importante para definir el conjunto estatal, es decir, al Estado, como un Estado democrático o como un Estado autoritario, independientemente de otros indicadores.

En efecto, dentro del conjunto de medidas o estrategias político-criminales que el Estado puede adoptar para luchar contra el delito pueden encontrarse aquéllas que tienen un carácter eminentemente represivo, así como aquéllas que son de índole preventiva, o bien las que pueden cumplir una función mixta, tanto preventiva como retributiva; pudiéndose, a su vez, observar la prevalencia de uno u otro tipo de política criminal, según el carácter predominante de las medidas. El Estado puede partir de la idea de que una *política criminal eminentemente represiva* es la que puede garantizar el combate adecuado a 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 cabrían, a su vez, múltiples posibilidades político-criminales, como son: creación de nuevas figuras delictivas; incremento de las penas existentes; 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, en detrimento de ciertos derechos, como sería el de defensa, mayor número de policías, ministerios públicos, jueces, etcétera, propiciando cantidad y no calidad; mayores facilidades para aseguramiento y decomiso de bienes; mayores obstáculos a la libertad provisional bajo caución; abandono de alternativas a la prisión preventiva y a la pena de prisión; creación de más seguridad (que parece obedecer a la idea de una crueldad extrema, sin que con relación a ellos haya pronunciamiento alguno de los organismos de derechos humanos); persecución y sanción a fiscales y jueces que parezcan benévolo con los delincuentes, entre otras. En fin, endurecimiento de todas las medidas penales. Dentro de esta misma concepción, pueden ubicarse también aquellas tendencias hacia la implantación de la pena de muerte y la adopción de otras medidas irracionales, así como, por supuesto, las medidas de excepción, que para cierto tipo de delincuencia, como es por ejemplo la llamada “delincuencia organizada”, limitan la observancia de las garantías que la Constitución prevé para todo tipo de procesado; limitación que, de considerarse necesaria, puede ir ampliándose a un mayor número de delitos, de suerte que puede llegar a convertirse en la regla.

Un sistema penal con estas características definitivamente no puede merecer el calificativo de “sistema penal democrático”, sino más bien de “sistema penal autoritario” o “totalitario”, en el que los integrantes de la sociedad viven bajo la amenaza penal o, si se quiere, bajo el “terror penal” como única forma de imponer una convivencia social, so pretexto de que todo ello es para su mejor protección y, por tanto, que las medidas son totalmente justificables; los derechos humanos tendrían aquí poca importancia y no constituirían un factor que limitara la facultad punitiva estatal.

Por el otro extremo se encontraría el “*sistema penal democrático*”, el que obedece a una política criminal igualmente democrática, que no concibe el derecho penal “y a toda medida represiva” como la panacea, es decir, como el primero y único recurso de que el Estado puede echar mano para el logro de sus fines. Por el contrario, para este tipo de sistema penal y de política criminal, el derecho penal constituye sólo uno de los tantos recursos de que el Estado puede valerse para la protección de bienes jurídicos individuales y colectivos y, de esa manera, coadyuvar en el mantenimiento de la vida ordenada en comunidad. En este tipo de siste-

ma, por tanto, el derecho penal no es el primero y único recurso sino el último, por lo que el Estado debe hacer uso de otros 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 las características anteriormente señaladas parte, por supuesto, de una determinada concepción del hombre, quien es el centro de atención y el principal destinatario de las normas penales, así como de una determinada concepción del Estado mismo. El hombre, aquí, no es concebido como una cosa o un instrumento que el Estado puede utilizar para el logro de sus propios fines, sino como una persona, como un fin en sí mismo, como un ser libre y capaz; pues sólo una concepción 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 la normas que él da origen, o a imponerle sanciones por no haber ajustado su conducta a tales exigencias normativas. Partiendo de una concepción así, 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.

Conforme a lo anterior, el *ius puniendi* estatal no puede ser un poder ilimitado ni puede ejercerse arbitrariamente, sino que encuentra límites precisos, a los que debe mantenerse fiel, a menos que quiera caer en los extremos propios de un poder autoritario o absolutista. Esos límites se derivan del reconocimiento de diversos principios que lo orientan, sean de carácter formal o de índole material, así como de la aceptación de ciertas estructuras lógico reales o lógico objetivas de sus propios objetos de regulación.

Una parte central de esta aportación es destacar cuáles son algunos de tales principios y determinar cómo se receptan y operan en el derecho penal mexicano.

3. *Tendencias actuales y futuras del derecho penal*

Ahora bien, ¿por cuál de estos sistemas penales habrá que optar?, ¿hacia dónde se orientan las actuales tendencias político-criminales?, ¿cuál es el tipo de sistema penal que consagra nuestra Constitución política?,

¿riñe la observancia de los principios propios de un Estado democrático de derecho con la idea de la funcionalidad del sistema penal?

Pareciera incuestionable que, ante la disyuntiva “*derecho penal democrático o derecho penal autoritario*”, la balanza debiera sin más inclinarse por la primera alternativa, toda vez que se trata de la concepción que parte del reconocimiento de la dignidad del hombre; la que, por ello, constituye el eje de las diversas manifestaciones del derecho penal. El hombre, como destinatario de las normas penales, querrá seguramente que se le respete su dignidad humana y que no se le reduzca a una mera cosa o instrumento que pueda ser utilizado para otros fines; por lo que seguramente optará preferentemente por sistemas democráticos.

Pero debe admitirse que, ante interrogantes como estos, las respuestas no siempre son uniformes; así como ha habido y siguen habiendo manifestaciones —que sin duda son las más— a favor de sistemas democráticos, también las ha habido y las hay que se pronuncian por la vigencia de sistemas autoritarios o totalitarios; lo que seguramente es atribuible a la propia naturaleza del hombre. Muestras de ello abundan en la historia de la justicia penal; un ejemplo claro se observó durante la época del nacionalsocialismo en Alemania, como sistema autoritario de gobierno que fue, en la que hubieron también juristas, sobre todo en el ámbito del derecho penal, que se formularon la interrogante: “*¿Liberales oder Autoritaeres Strafrecht?*” (¿derecho penal liberal o derecho penal autoritario?), motivado principalmente por el tipo de sistema de gobierno que en aquel entonces existía y no tanto por la gravedad del problema de la delincuencia común o tradicional. Ante tal disyuntiva, dichos autores (de la llamada escuela de Kiel) se inclinaron por un “derecho penal autoritario”, y procuraron establecer las bases para ello. Pero esa forma de pensar no está ausente en nuestros días; de ahí que la lucha por uno u otro sistema continúe.

Conforme a lo anteriormente dicho, habrá que diferenciar una política criminal que admite límites de otra que no los admite en el ejercicio del *ius puniendi* estatal; es decir, habrá que distinguir políticas criminales que en sus diversos niveles y aspectos respeten ampliamente los derechos humanos y, por tal razón, respondan más a las exigencias de un Estado democrático de derecho, y políticas que se aparten de esas directrices y exigencias, en las que la consideración de los derechos humanos no cons-

tituya de manera alguna un criterio limitador de dicho *ius puniendi* y se correspondan más a un Estado autoritario o absolutista.

De esos tipos extremos de política criminal, que por supuesto ninguno se manifiesta de 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 una política criminal más acorde a las exigencias de un Estado social y democrático de derecho, que sea por ello ampliamente respetuoso de los derechos humanos, esto es, de una política criminal 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.

Cabe destacar, en primer lugar, que desde la década de 1950, después de los horrores de la segunda Guerra Mundial, se inició un movimiento político-criminal en el plano internacional, sobre todo en los países de Europa occidental, cuya tendencia se caracterizó por buscar que los sistemas de justicia penal, particularmente en su aspecto legislativo, se ajustaran a las exigencias del Estado democrático de derecho, que es el tipo de Estado que se ha considerado como ideal, por garantizar más notablemente el reconocimiento y respeto de los derechos del hombre; planteándose la necesidad de observar ciertos principios o criterios orientadores, que establecen límites precisos a la potestad punitiva del Estado en cada una de sus manifestaciones y garantizan de mejor manera los derechos de los individuos frente al propio Estado. Se trata de una tendencia político-criminal que se desarrolla fundamentalmente en el plano teórico, pero que trata de incidir directa o determinantemente en las tomas de decisiones de los diversos órganos del Estado, principiando por las que corresponden al órgano Legislativo a la hora de dar origen a las leyes penales, es decir, que tienen que observarse en el proceso de creación de las normas penales.

A raíz del movimiento anteriormente señalado, surgieron diversos proyectos de reformas y diversas legislaciones penales —sobre todo sustantivas o materiales— que fueron objeto de transformaciones importantes en cuanto a su orientación filosófica y política. Muestra de ello lo son los proyectos alemanes y austriaco de la década de 1960 y el Código

Penal alemán de 1975, que en gran medida han inspirado las modernas legislaciones penales de otros países del mundo.

Dicho movimiento también se manifestó en el ámbito latinoamericano, como se observa de las ideas que animaron el desarrollo del proyecto de Código Penal Tipo Latinoamericano iniciado en 1962 en Santiago de Chile, o del proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963 y las reformas que en las décadas siguientes se han puesto en vigor en México, como las de 1984 al Código Penal federal, en las que las aportaciones y el impulso de García Ramírez tuvieron mucho que ver, y la de 1994; todas ellas, sin duda, representan una orientación filosófica y político-criminal muy diferente a la seguida por el Código Penal de 1931, en su versión original, y que encuentran sus primeras manifestaciones en el Anteproyecto de Código Penal de 1979 para el estado de Veracruz y luego en el nuevo Código Penal de dicho estado de 1980, entre otros.

Lo anterior, que se limita solamente a destacar lo que ha sucedido en el campo de la legislación penal sustantiva, es incuestionable que representa un importante avance en el desarrollo político-criminal de nuestro país, pero que habrá necesariamente que ponerlo en la balanza, en la que también habrá que considerar los contenidos que implican retrocesos (como algunas de las reformas introducidas en 1996), así como muchos otros aspectos que se han originado en el ámbito de la política criminal y de la justicia penal, para tener una idea más clara de lo que realmente ha sucedido en esta materia y vislumbrar lo que puede suceder en los umbrales del siglo XXI.

El balance, sin embargo, lo limitamos en esta ocasión únicamente a la consideración de la legislación penal sustantiva; pero, además, sólo desde la perspectiva de los diversos principios fundamentales que la rigen, para determinar hasta qué punto las orientaciones político-criminales características de los Estados democráticos de derecho han sido receptadas en ella, o si son otros los criterios que en ella rigen.

IV. PRINCIPIOS RECTORES EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

1. *La orientación filosófica y política de la legislación penal*

Al hablar de los principios rectores de la legislación penal mexicana —como hemos dicho anteriormente—, nos limitamos específicamente a la legislación penal sustantiva, quedando fuera de consideración, por tan-

to, los principios que rigen a la legislación procesal y a la de ejecución de sanciones. Para ello resulta conveniente hacer alguna referencia breve sobre la vinculación ideológica que ha tenido la legislación penal de nuestro país, y el estado que guarda en el momento actual, tomando como punto de referencia el Código Penal que rige en el ámbito federal, que data de 1931. Este Código aparece casi quince años después de que entrara en vigor la Constitución política y, a la fecha, cuenta ya con más de sesenta y cinco años de vigencia; durante ese tiempo ha sido objeto de múltiples críticas y transformaciones, las que se han acentuado en los últimos años y de alguna manera han tenido que ver con su propia ideología.

Por lo que hace a la orientación filosófica y política de esta legislación penal, habrá que recordar lo que señalaron sus autores, quienes, al plantearse la cuestión de si el Código Penal a que darían origen debería o no estar vinculado a una determinada orientación filosófica y política, afirmaron que dicho Código no tenía por qué vincularse a alguna de las orientaciones en aquél entonces en boga, en virtud de que, seguramente, ninguna de ellas proporcionaba soluciones adecuadas a los problemas que se planteaba el derecho penal. Ellos pensaban, por tanto, que podrían dar origen a un Código Penal totalmente desvinculado de orientaciones filosóficas y políticas; lo que, por supuesto, no pondría en modo alguno considerarse factible, ya que es difícil dar origen a un Código sin tomar en cuenta antecedentes y elaboraciones teóricas existentes. Prueba de ello es que, en contra de lo afirmado por ellos, dieron origen a una legislación penal en la que de ninguna manera está ausente la consideración de tales orientaciones, según puede constatarse de sus contenidos. En aquel entonces revestía gran novedad en nuestro país, como en casi todos los países de América Latina, lo que se había dado en llamar la “*lucha de escuelas*”; por una parte, estaba la escuela positivista y, por otra, la llamada escuela clásica, de cuyos pensamientos los penalistas y, sobre todo, los legisladores se han visto ampliamente influenciados. Ante las alternativas que ellas planteaban, si bien el legislador de 1931 estableció que ninguna de ellas podría servir de base para la legislación penal mexicana, lo cierto es que, como se ha dicho, del análisis del contenido del Código Penal de 1931 se encuentra que el legislador necesariamente tuvo que tomar en cuenta tanto las elaboraciones teóricas de la escuela clásica como las de la escuela positivista, las que, a su vez, se encuentran vinculadas con

concepciones filosóficas y políticas determinadas, que tienen que ver con los límites del poder punitivo del Estado y con el reconocimiento y respeto de los derechos del hombre.

Es incuestionable que los criterios desarrollados por la *escuela clásica* limitan en mayor medida el *ius puniendi* estatal y garantizan con mayor amplitud los derechos del hombre, como se observa de los principios que fueron acuñándose desde la segunda mitad del siglo XVIII, que se corresponden con la nueva concepción del Estado, que es el Estado de derecho o, más concretamente, del Estado democrático de derecho; entre tales principios resaltan: el principio de legalidad, el principio de legitimidad, el principio del bien jurídico, el principio de acto, el principio de culpabilidad y el de presunción de inocencia. Los criterios planteados por la *escuela positivista*, en cambio (entre las cuales se encuentran el de autor en vez del de acto, y el de peligrosidad o temibilidad, en lugar del de culpabilidad), se corresponden más con un sistema penal de un Estado autoritario o totalitario, en virtud de que por partir de una concepción distinta del hombre no garantizan una mayor limitación de la potestad punitiva, sino que posibilitan su ejercicio ilimitado, y tampoco reconocen ni respetan de manera considerable los derechos del hombre. Tiene, por ello, importancia el determinar cuáles fueron las influencias que estas corrientes de pensamiento tuvieron en nuestra legislación penal y cómo ellas han ido modificándose en los últimos tiempos.

No hay duda de que el Código Penal federal de 1931 receptó en sus aspectos fundamentales, de manera prioritaria, las orientaciones de la escuela positivista; lo que quiere decir que el legislador de entonces no tomó tanto en consideración los lineamientos filosóficos y políticos que se desprenden de la Constitución política, sino que se guió más por las corrientes de pensamiento que estaban de moda, no obstante que no compaginaban con la ideología constitucional. En efecto, la Constitución política de 1916-1917 establece los lineamientos político-criminales de cómo debe ser el sistema de justicia penal en nuestro país; en ella se establecen criterios que deben regir en la legislación penal y, por tanto, orientar los contenidos del Código Penal. Esos lineamientos o directrices nos indican que la legislación penal mexicana debe revestir características propias de un sistema penal de un Estado democrático de derecho, ya que es este tipo de Estado el que diseña la Constitución (artículo 40).

Del análisis del contenido original del Código Penal de 1931, sin embargo, encontramos la presencia de una serie de principios o criterios que no se corresponden con aquellos lineamientos constitucionales, sino con los de un sistema penal de un Estado autoritario, como sucede, por ejemplo, con la regulación del “principio de presunción de intencionalidad”, del “principio de peligrosidad” o “temibilidad”, así como de la “reincidencia como causa de agravación de la pena” y de la “retención”, entre otros, observándose una gran dicotomía entre la ideología de la Constitución y la ideología originalmente dominante de la legislación sustantiva, como veremos más adelante. Pero debe señalarse previamente que el mencionado Código Penal ha sufrido en los últimos quince años importantes modificaciones que han afectado directamente su original orientación filosófica y política y la han acercado más a la ideología constitucional, como se desprende de las reformas experimentadas en 1984 y 1994.

En efecto, con las mencionadas reformas se ha logrado paulatinamente: *a)* erradicar el “principio de presunción de intencionalidad”, que contenía el original artículo 9o. del Código Penal, y dar entrada al principio de presunción de inocencia; *b)* desechar el criterio de la “*ignorantia legis non excusat*” y del “*error iuris nocet*”, que parten de la idea de que todo individuo, por el hecho de vivir en sociedad, conoce la ley y, consiguientemente, nadie puede alegar ignorancia o desconocimiento de su existencia o de sus alcances; *c)* se regula, por primera vez, como consecuencia de lo anterior, la situación del “error”, particularmente la del llamado “error de derecho”, como causa de exclusión o de atenuación de la responsabilidad, permitiendo ahora distinguir entre “error de tipo” y “error de prohibición” vencible e invencible (artículo 15, fracción VIII); *d)* se introducen sustitutivos de la pena de prisión, como son el trabajo en favor de la comunidad, el tratamiento en libertad y la semilibertad (artículos 27 y 70); *e)* se excluye la regulación de la retención, así como la de la reincidencia como causa de agravación de la pena; *f)* se regula expresamente el “principio de culpabilidad” como criterio determinante para la individualización judicial de la apena, desechándose el de la “peligrosidad” o “temibilidad” del sujeto (que preveían los artículos 52 y 12 del Código Penal); *g)* se establecen las bases para la punición de la omisión impropia o comisión por omisión (artículo 7o.), reforzándose con ello el principio de legalidad; *h)* se precisan los alcances y requisitos de la con-

ducta dolosa y de la conducta culposa (artículo 9o.), con lo que se supera el problema que origina la existencia de los “tipos abiertos”; *i*) se precisa la regulación de la tentativa punible y se prevén los casos de impunidad producidos por el “desistimiento” o el “arrepentimiento activo” (artículo 12); *j*) se establece una delimitación más clara de las diferentes formas de “autoría y participación” y se plasma como principio el de que “cada uno de los intervinientes responderá en la medida de su propia culpabilidad”, además de prever una penalidad menor para el cómplice, para el auxiliador posterior al hecho en virtud de promesa anterior y para la llamada “autoría indeterminada” o “complicidad correspectiva” (artículo 13); *k*) se introducen en el catálogo de “causas de exclusión del delito” nuevas circunstancias, como son: la “falta de algún elemento del tipo penal” (o atipicidad); el “consentimiento del ofendido o del legitimado para otorgarlo”; el “error conducta”, y se precisan los alcances y requisitos de otras (artículo 15). Asimismo, *l*) se adopta un criterio mixto en cuanto a los objetivos que deben plantearse a la hora de la individualización de la pena, que son fines de justicia, de prevención general y prevención especial (artículo 51), y *m*) en observancia al “principio del bien jurídico” y al de “intervención mínima” o de *ultima ratio* del derecho penal, se ha experimentado un proceso de “descriminalización” o “destipificación” y de “despenalización” de ciertas conductas (por ejemplo: injurias, golpes simples, ataque peligroso, vagancia y malvivencia, etcétera), aunque también se observa, y sin duda con mayor intensidad, el nada deseable proceso inverso.

2. Los principios rectores y su observancia en el Código Penal

A. Principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*)

Conforme al principio de legalidad, plasmado en el artículo 14 constitucional, el Estado en ningún caso podrá imponer pena o medida de seguridad alguna si no es por la realización de una conducta que previamente ha sido descrita en la ley como delito o sin que la sanción esté igualmente establecida en la ley, expresada en la fórmula latina *nullum crimen nulla poena sine lege*. Este principio exige no solamente que los órganos del Estado ajusten el ejercicio de su poder a lo establecido por la ley, sino también que la propia ley penal que se origina en el ejercicio de ese poder penal esté diseñada con claridad y precisión, de suerte que de su contenido se derive seguridad jurídica para los individuos.

Puede afirmarse que, con ciertas salvedades de origen, este principio se observa ampliamente en la legislación penal sustantiva, tanto por el hecho de contener todo un catálogo de delitos y de penas, como por el de describir de manera clara y precisa la materia de regulación de la norma penal y la amenaza penal. Cabe señalar, sin embargo, que con relación al Código Penal federal eran aplicables, por una parte, aquellas aseveraciones de la doctrina, de que la existencia de ciertos “*tipos abiertos*” planteaba la no observancia plena del principio de legalidad, porque gran parte de la materia de regulación penal se encontraba sin describir legalmente; tal era el caso de los *delitos culposos*, que hasta principios de 1984 no se encontraban precisados los requisitos que debería tomar en cuenta el juzgador para afirmar su existencia y sancionarlos. Con las reformas al Código Penal que entraron en vigor en abril de 1984 se subsanó este problema, al establecerse en el párrafo segundo del artículo 9o. lo que debe entenderse por una conducta culposa, y los requisitos necesarios para ello; aunque de todos modos la fórmula general permite que sea el juzgador el que determine, por ejemplo, en qué consiste el “deber de cuidado” que el sujeto debía observar en el caso concreto y si hubo o no violación del mismo. Obedeciendo también a exigencias de seguridad jurídica, con las reformas de 1994 se adoptó como criterio político-criminal el de *numerus clausus* respecto de la punibilidad del delito culposo, como se precisa en el párrafo segundo del artículo 60.

Lo propio puede decirse con relación a los *delitos impropios de omisión*, también llamados *delitos de comisión por omisión*, toda vez que esa forma de realización no se encontraba expresamente establecida en la ley, por lo que se afirmaba la violación del principio de legalidad si en un caso concreto un juez imponía a alguien una pena por la no realización de una determinada conducta para evitar el resultado típico; lo que, aun cuando no había sido observación recurrente de la doctrina penal mexicana, igualmente se subsanó con la reforma de 1994, que incluyó un párrafo segundo al artículo 7o. del Código Penal federal, en el que se precisa, por una parte, que el resultado típico también será atribuible al que omita impedirlo sólo “si tenía el deber jurídico de evitarlo” y, por otra, se establece “la fuente de ese deber de actuar”, que puede ser la ley, un contrato o el propio actuar precedente del sujeto; asimismo, se establece que la responsabilidad penal solamente se dará si se trata de “delitos de resultado material”; todo lo cual encierra sin duda mayor seguridad jurídica.

Pero lo mismo puede afirmarse por lo que hace al *delito doloso*, si bien con relación a él la doctrina penal no ha cuestionado su legalidad en cuanto a los requisitos que lo conforman, pues, de acuerdo con la regulación original del Código Penal federal, tampoco contenía disposición alguna que indicara qué debía entenderse por una conducta dolosa que pudiera servir al juzgador para que en el caso concreto afirmara su existencia y le impusiera pena. Cuando más, el artículo 8o. establecía que los delitos pueden ser “intencionales” o “no intencionales”, sin dar mayores detalles respecto de sus requisitos. En cambio, el artículo 9o. indicaba que en todo caso la “intencionalidad delictuosa que se presume”, lo que posibilitaba que en la mayoría de los casos se sancionara el delito doloso sin haber acreditado la existencia del dolo, pues correspondía al inculpado la carga de probar lo contrario, es decir, de probar su inocencia; si no lo hacía, se confirmaba su intencionalidad delictuosa y, consecuentemente, su culpabilidad, aun sin determinar en qué consistía aquella. Igualmente, con la reforma de 1984, ante las observaciones críticas que se formularon, se superó formalmente este problema, ya que se precisó en el párrafo primero del artículo 9o. qué es una conducta dolosa y cuáles son los requisitos que deben concurrir para su afirmación, precisándose, además, el objeto del conocimiento como uno de los aspectos de la conducta dolosa y posibilitándose la distinción entre el dolo directo y el dolo eventual, según la intensidad de la voluntad del sujeto, fórmula que todavía alcanzó una mayor precisión con la reforma de 1994 al mismo artículo 9o.

En atención a las exigencias del principio de legalidad, se realizaron otras importantes modificaciones al Código Penal. Tal es el caso de las reformas (de 1985 y 1994) en torno a la regulación de la *tentativa* (artículo 12), a la *autoría y participación* (artículo 13) y al *concurso de delitos* (artículo 18), cuyas fórmulas se ven ampliamente precisadas, así como el de la inclusión de nuevas *causas de exclusión del delito* y la reformulación de otras (artículo 15). A ello obedece también el que a ciertas penas y medidas de seguridad se le hayan determinado sus límites de duración (artículos 24-50 bis) y se hayan precisado los requisitos que el juzgador debe tomar en cuenta para la *individualización de las penas y medidas de seguridad* (artículos 51 y 52).

Existen muchos otros aspectos que considerar, tanto del Código Penal como de las leyes penales especiales, sobre todo, los relacionados con el

diseño y estructura de los tipos penales, en donde es más frecuente la no observancia de las exigencias del principio de legalidad, que establecen que los tipos deben describir con toda claridad y precisión y, en lo posible, de manera completa la materia de regulación de la norma penal; pero tratarlos rebasaría los límites de este trabajo. Creo, sin embargo, que con lo señalado puede afirmarse que, en términos generales, la legislación penal sustantiva observa ampliamente el principio de legalidad; por lo que puede decirse que, desde la perspectiva de este principio, en gran medida se ajusta a la ideología de la Constitución, posibilitando un ejercicio limitado del poder penal del Estado y garantizando los derechos de los individuos frente a aquél, como lo exige el sistema penal de un Estado democrático de derecho.

Pero esto que puede afirmarse en el plano estrictamente formal no implica necesariamente que también así suceda en el plano material, es decir, en el de la realidad práctica, de la aplicación de la ley a los casos concretos, aunque así debiera ser; pues, como hemos señalado reiteradamente, entre los planos formal y material existe un gran abismo, una amplia desconexión. Y esto último tiene mucho que ver con la forma de actuación de los órganos encargados de aplicar la ley “como son el Ministerio Público y el órgano judicial” y a los criterios de interpretación que utilizan, que con frecuencia corresponden más a otras épocas y no van con el real sentido de la ley, o por razones diversas se distorsiona dicho sentido. La situación se agrava si a ello agregamos la existencia de leyes penales obsoletas, que continúan tejidas en torno a principios y supuestos de otras épocas y no se ajustan al desarrollo de los cambios sociales o al ritmo de los tiempos.

B. Principio de tipicidad

Derivado del principio de legalidad se encuentra el de la *existencia previa de los tipos penales*, que tienen la función de describir la materia de regulación de las normas penales, es decir, de describir la conducta que la norma penal prohíbe u ordena, y que constituye un requisito necesario para poder hablar de delito. Y para poder hablar de pena, uno de sus primeros y necesarios presupuestos lo es precisamente la *tipicidad*, o sea, la concretización de los elementos del tipo penal, que exige que el órgano encargado de aplicar la ley acredite la existencia de tales elementos típicos y considere únicamente como delito el hecho que reúna

dichos elementos señalados en la descripción legal y así poder concretizar la amenaza penal. Por razón de este principio, se prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio de persona alguna; asimismo, queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata (artículo 14 constitucional).

La observancia del principio de tipicidad a nivel formal es obvia si tomamos en cuenta los propios contenidos de la ley, de donde se desprende que no podrá afirmarse la existencia del delito si no se acredita la existencia de los elementos del tipo, como puede derivarse de la interpretación lógica de los contenidos de los artículos 7o., 8o., 9o. y 15, sobre todo de este último, cuya fracción II expresamente establece que no habrá delito si “falta alguno de los elementos del tipo del delito de que se trate”. A tales contenidos habrá que agregar el de los artículos 122 y 168 de los Códigos de Procedimientos Penales (distrital y federal), que nos indican de forma detallada cuáles son los elementos del tipo penal que general y específicamente deben acreditarse para afirmar la existencia del delito de que se trate. Tales contenidos, que son producto sobre todo de las reformas de 1984 y 1994, establecen límites precisos a la potestad punitiva del Estado y proporcionan mayor seguridad jurídica a los individuos; por lo que debe exigirse su observancia cabal a los órganos encargados de su aplicación, y no se desvirtúe su sentido.

Caben, sin embargo, los mismos reparos que con relación al principio de legalidad, por la estrecha relación que entre estos principios existe; pues, precisamente respecto de las exigencias de este último, el órgano del Estado, sobre todo el encargado de la investigación de los delitos y del ejercicio de la acción penal, se aparta en gran medida de su cumplimiento; los múltiples casos consignados por el Ministerio Público, en que se niega la orden de muestras de la no observancia del principio de tipicidad por el órgano acusador, no obstante exigirlo el artículo 16 constitucional y, por ello, ser una garantía individual. La dificultad de ajustarse a esta exigencia ha motivado que desde el ámbito del Ministerio Público surja el señalamiento de que la propia disposición constitucional supone un obstáculo para el debido cumplimiento de la función persecutoria y para combatir la impunidad; con lo que se plantean, por ello, reformas a la Constitución para “flexibilizar los requisitos que establece el artículo 16 constitucional para obtener una orden de aprehensión” y hacer

“más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia”. Contra esta propuesta, el homenajeador ya se ha pronunciado atinada y oportunamente, y coincidimos con él al calificarla de insatisfactoria y desalentadora, y expresar que *la Constitución* “no es, ni ha sido nunca, el obstáculo para la seguridad pública”; que “la subsistencia del apartado de garantías, de las formas procesales y de las exigencias sustantivas que la Constitución alberga es perfectamente compatible con la seguridad pública y con la justicia”; por lo que —se cuestiona— “antes de cambiar la Constitución —que ya modificamos en 1993, 1994 y 1996— ¿no será razonable aplicarla y ver qué pasa? ¿No será que el problema está en otras partes, que no son la Constitución ni sus normas reglamentarias?”.

C. Principio de intervención mínima del derecho penal

Este principio, también conocido como *principio de ultima ratio* o *principio de subsidiariedad*, plantea que el derecho penal sólo debe ser utilizado como recurso de *ultima ratio*, cuando otros medios resultan ineficaces; impone la necesidad de agotar previamente recursos no penales, cuyas consecuencias sean menos drásticas, pero que pueden resultar más eficaces que las penales para la protección de bienes jurídicos. Este principio vincula tanto al legislador, a la hora de creación de las normas penales, como al juzgador, en el momento de aplicar la ley a los casos concretos; pero también alcanza al órgano Ejecutivo, tanto por lo que hace a la actuación del Ministerio Público en el ejercicio de su función persecutoria, como con relación a la fase de ejecución penal.

Considerando este principio, pero vinculado siempre con otros que más adelante veremos, se han adoptado ciertas medidas en la legislación penal que podrían mostrarnos su aceptación o no. Ciertamente, desde las reformas que entraron en vigor en 1984 hasta las de 1994, se ha operado un proceso de *descriminalización* 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, por considerar que tales conductas o situaciones pueden ser atendidas adecuadamente por otras áreas del derecho, considerando su trascendencia y la importancia de los bienes jurídicos. A esa idea también obedece el que a ciertos tipos penales se les haya establecido mayores exigencias para que la conducta pueda ser penal-

mente relevante; el que las sanciones por delitos culposos sólo se impondrán para determinados casos señalados en el artículo 60 del Código Penal; el que se haya aumentado 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 (como se derivó de la reforma de 1993 a la fracción I del artículo 20 constitucional), entre otras medidas.

Pero, al lado del proceso anteriormente descrito, debe resaltarse que, al menos en lo que va de los últimos quince años de reforma a la legislación penal, la tendencia prevaleciente es contraria a la del principio de intervención mínima, pues cada vez se observa una mayor intervención del derecho penal y, en lugar de ser éste el último recurso, se le ha convertido en el primero y casi único recurso de que el Estado hace uso para el logro de sus objetivos. En efecto, el *proceso de criminalización* de nuevas conductas ha sido mucho más intenso en el periodo que mencionamos, habiéndose originado el delito 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 (artículos 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, fracción XXI); administración fraudulenta (artículo 388); extorsión (artículo 390); lavado de dinero (artículo 400 bis); delitos electorales (artículos 401-413), entre muchos otros. Lo propio puede decirse con relación al constante incremento de las penas, que revelan un gran endurecimiento del derecho penal; el volver a ampliar el uso de la prisión preventiva (como sucede con las reformas al artículo 20 constitucional de 1996), etcétera. Es, por ello, hora de que se reflexione sobre la función que efectivamente le corresponde cumplir al derecho penal, y sobre si debe constituir el único recurso que el Estado puede utilizar o 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, será caracterizado cada vez más como un Estado democrático de derecho.

D. Principio del bien jurídico

Por lo que hace al principio del bien jurídico, que es igualmente esencial de todo sistema penal en un Estado democrático de derecho, rige tanto a la actividad del juzgador como a la del legislador; se establece, por una parte, que en ningún caso deberá imponerse pena alguna si no es por la realización de una conducta que haya lesionado o, por lo menos, puesto en peligro un determinado bien jurídico; premisa que, por otra parte, a nivel legislativo, exige al legislador que en sus regulaciones penales no deberá prohibir u ordenar conductas si no existe de por medio un bien jurídico que proteger. Es decir, los tipos penales sólo se justifican en la medida en que con él se trata de proteger un determinado bien jurídico. Por ello, la consideración del bien jurídico constituye la razón de ser de los tipos penales y de todo el derecho penal.

En efecto, este principio tiene que ver nada menos que con la función que tiene el derecho penal, que es la protección de bienes jurídicos, sean individuales o colectivos. Pero, por otro lado, no cualquier bien jurídico justifica la intervención penal para su protección, sino únicamente los bienes jurídicos que son de fundamental importancia para la vida ordenada en comunidad, cuya protección no puede lograrse por otro medio jurídico; bienes de poca importancia, por tanto, deben ser atendidos por otra área del derecho distinta a la penal; lo que está acorde con la exigencia del “principio de intervención mínima” del derecho penal, de que a éste no se le debe utilizar para cualquier fin. De ahí que estos dos principios tienen una muy estrecha vinculación, y conjuntamente determinan seguir un proceso de criminalización y penalización o uno de descriminalización y despenalización de determinadas conductas, dependiendo de las exigencias que la realidad social vaya planteando, como se ha dicho en el punto anterior. Pero también la consideración de los bienes jurídicos tiene la función de precisar los contenidos de los tipos penales, determinando las formas de su afectación y demás requisitos que servirán de presupuesto para la sanción penal, así como las formas de reacción frente a los comportamientos que los afecten.

De la revisión de los contenidos de la parte especial del Código Penal se ha podido constatar la existencia de tipos penales, en los que el bien

jurídico no es de aquellos cuya lesión o puesta en peligro dificulte la vida ordenada en comunidad, que podrían muy bien ser protegido por otra área del derecho. Como hemos mencionado anteriormente, esta consideración determinó que diversas figuras delictivas salieran del Código Penal, pero en su lugar un mayor número de otras fueron introducidas, sin que para ello se haya partido de la idea de que sólo los bienes de fundamental importancia deben ser protegidos por el derecho penal. Tampoco ha sido ése el criterio que ha determinado la agravación de la pena en ciertos casos, o que se nieguen beneficios procesales o penitenciarios en otros. Existen, por otra parte, diversos tipos penales en los que no resulta fácil determinar cuál es el bien jurídico que se trata de proteger, y otros en donde se trata de bienes difusos, como es el caso de los delitos ambientales o los que ahora se hacen valer en materia de delincuencia organizada, sin contar muchos otros que se encuentran en la llamada legislación penal especial.

E. Principio de acto (nullum crimen sine conducta)

Este principio establece que las normas penales únicamente pueden prohibir u ordenar conductas humanas (acciones u omisiones), por lo que al sujeto sólo podrá imponérsele una pena o medida de seguridad “por lo que él hace” y no “por lo que él es”; se rechaza, por tanto, que las normas prohíban u ordenen meros estados o situaciones de la persona o formas de conducir su vida. Un ejemplo claro de no observancia de este principio y, por tanto, de la adopción de un criterio propio de un “derecho penal de autor”, no obstante lo previsto por el artículo 7o. del Código Penal, lo constituye la regulación de la vagancia y malvivencia, que afortunadamente ha salido ya del Código con las reformas de 1994. Ciertamente, la importancia político-criminal que tiene el párrafo primero del artículo 7o., además de hacer referencia al principio de legalidad, es plasmar el “principio de acto”, al establecer que el delito sólo lo puede ser una acción o una omisión; lo que, sin duda, garantiza que a nadie se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por su mera situación personal o forma de conducir su vida. La cuestión de determinar en qué sentido habrá que entender la acción y la omisión es un problema que corresponde esclarecerlo a la dogmática penal; pero es en ese punto en donde tiene importancia el criterio dogmático que se siga, pues de él dependerá que se limite o no la potestad punitiva del Estado.

En la práctica judicial mexicana ha prevalecido hasta ahora la llamada concepción causalista en torno al concepto de acción, por lo que se ha entendido ésta como un mero proceso causal ciego carente de sentido, en el que la voluntad, si bien es componente esencial de la acción, sólo es tomada en su aspecto externo (manifestación de la voluntad) como factor desencadenante del proceso corporal, mas no como factor de dirección, lo que propicia que el ejercicio del poder penal se extralimite. A esa concepción obedece que, con relación al “cuerpo del delito”, ahora “elementos de tipo penal”, sólo se hayan considerado elementos de carácter objetivo o externo, dejando todo lo subjetivo para el ámbito de la culpabilidad, como planteó la doctrina penal más tradicional. Los avances que la dogmática penal ha experimentado en los últimos cincuenta años poca consideración habían encontrado en nuestra doctrina y jurisprudencia penales, sobre todo por lo que hace a las aportaciones de la concepción final de la acción, que plantea una reestructuración del concepto de delito y la reubicación sistemática del dolo y la culpa, que ahora forman parte del tipo penal y no de la culpabilidad.

Las reformas introducidas en 1994, sobre todo al Código de Procedimientos Penales (federal y distrital), adoptan sin duda un criterio dogmático más moderno, como se observa de los artículos 168 y 122, respectivamente, de los mencionados Códigos, que representan mayores exigencias para poder afirmar la existencia de la tipicidad y de la culpabilidad, ahora obligan a la jurisprudencia y a la doctrina a actualizarse; actualización que es ineludible, dado que tales nuevos contenidos implican mayor seguridad pública.

F. Principio de culpabilidad y de presunción de inocencia

Conforme a este principio, “a nadie se le impondrá pena alguna si no se demuestra previamente su culpabilidad”; por otra parte, “la medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto”, esto es, el límite de la pena no deberá rebasar el límite de la culpabilidad; lo que quiere decir que la culpabilidad constituye tanto el fundamento como el límite de la pena. Estrechamente vinculado con esta máxima se encuentra, también, el “principio de presunción de inocencia”, que atribuye al órgano del Estado la carga de probar la culpabilidad del sujeto autor de la conducta antijurídica, y que mientras aquél no demuestre su culpabilidad, se le tendrá por inocente.

El *principio de culpabilidad*, que es columna vertebral del moderno derecho penal, no se encuentra establecido expresamente en la Constitución política; sí en cambio, en instrumentos internacionales que México ha suscrito como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración de San José, que, en términos del artículo 133 de la Constitución política, constituyen la ley suprema de toda la nación, por lo que podría ser alegado a favor del inculpado. En la versión original del Código Penal de 1931 tampoco se plasma de manera expresa el principio de culpabilidad, ni como fundamento ni como límite de la pena; por el contrario, se adopta el *principio de peligrosidad* o de *temibilidad*, como se desprende sobre todo del artículo 52 de dicho Código Penal, que se refiere a las reglas generales de aplicación de las sanciones.

Como en otras ocasiones, hemos afirmado con insistencia el criterio de la peligrosidad o temibilidad, cuyo contenido conceptual no ha sido hasta ahora suficientemente esclarecido por los especialistas; es más propio de un derecho penal de corte autoritario y se convierte en un instrumento muy peligroso en manos de los juzgadores, por lo que no se ajusta a la ideología constitucional. Sin embargo, rigió en nuestro sistema de justicia penal durante más de sesenta años, y sólo gracias a las observaciones críticas de los últimos tiempos, por fin fue desechado de nuestra legislación penal, regulándose en su lugar de manera expresa el principio de culpabilidad, como puede observarse sobre todo de los nuevos contenidos de los artículos 12, 13 y 52 del Código Penal a raíz de las reformas que entraron en vigor en 1994.

En el plano formal, por tanto, el principio que ahora rige es el “principio de culpabilidad”, tanto en su función fundamentadora como en su función limitadora; acota el poder penal del Estado y garantiza la observancia de los derechos del hombre. Ahora bien, la cuestión de saber qué debe entenderse por “culpabilidad” corresponde a la dogmática penal; pero en torno a esto habrá que señalar que la dogmática ha elaborado diversos conceptos de culpabilidad, a los que le ha atribuido una determinada y diferente estructura, cada una de las cuales tiene que ver también con una determinada concepción del hombre y del derecho penal y, por tanto, con los alcances que a éste se le da. Igualmente habría que ver cuál de esos distintos conceptos es el que puede garantizar una mayor limitación del poder penal del Estado y salvaguardar de mejor manera los derechos del hombre. Con relación al problema de la culpabilidad, es

particularmente exigible una muy estrecha vinculación entre dogmática penal y política criminal, estableciéndose que el criterio dogmático más adecuado para que cumpla con esa función limitadora es el elaborado por el sistema finalista, dada su vinculación filosófica y política; por lo que en ese sentido habría que entender los contenidos de la ley que hacen referencia a la culpabilidad.

Sin embargo, no puede afirmarse lo mismo con relación a la situación práctica; en la aplicación concreta de la ley por parte de los juzgadores no existe todavía claridad respecto de lo que es la culpabilidad y de cuál es su contenido conceptual, en virtud de que no se ha dado una estrecha vinculación entre la dogmática penal y la política criminal. Su manejo, salvo ciertas excepciones, no es aún adecuado y con frecuencia se piensa que con las reformas sólo se ha producido un cambio de nomenclatura y que, por ello, se le puede seguir manejando como si se tratara de la peligrosidad o temibilidad. Resulta todavía más distante un manejo adecuado de este principio por parte del Ministerio Público, que en la mayoría de los casos utiliza los mismos medios de prueba que sirven para acreditar los elementos del tipo del delito de que se trata para comprobar la responsabilidad del sujeto, y para el que sería preferible que los presupuestos de la pena fueran menores y menos exigentes, de suerte que todo inculgado terminara siendo condenado.

Por cuanto hace al *principio de presunción de inocencia*, tampoco se encuentra plasmado expresamente en la Constitución política; pero puede afirmarse que es el que se corresponde con la ideología constitucional, que alienta la existencia de un derecho penal propio de un Estado democrático de derecho; lo que se refuerza con las previsiones contenidas en instrumentos internacionales suscritos por México. La legislación secundaria, en cambio, adoptó otros criterios totalmente opuestos, como puede observarse del original contenido del artículo 9o. del Código Penal federal, seguido por todos los Códigos Penales estatales, que establecen el *principio de presunción de intencionalidad*. En efecto, dicho artículo 9o. decía expresamente que en todos los casos “la intencionalidad delictuosa se presume salvo prueba en contrario”, e inmediatamente señalaba que

la presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias: I. Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo, en general, intención de causar daño; II. Que no se propuso causar el daño que resultó [...]; III. Que creía que la ley era

injusta, o moralmente lícito violarla; IV. Que creía que era legítimo el fin que se propuso; etcétera.

Es decir, que aun cuando el sujeto demostrara no haber actuado intencionalmente, de todos modos se presumirá tal intencionalidad, como se desprende de las diversas fracciones que contenía el mencionado artículo. Según la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia en materia penal han hecho de los contenidos de los artículos 8o. y 9o. del Código Penal federal, en ellos se hace referencia a la “culpabilidad”, en virtud de que para ellos dolo y culpa eran partes integrantes de la culpabilidad; por lo que seguir dicha interpretación conducía a admitir que lo que se presumía era precisamente la culpabilidad del sujeto. Sin duda, es una interpretación equivocada del contenido de dicha disposición, en cuanto a la ubicación sistemática que se le da a esos elementos subjetivos, pero que de todos modos conduce a afirmar la contravención del principio de presunción de inocencia, además de afectar al propio principio de culpabilidad.

El reconocimiento del principio de presunción de intencionalidad, por otra parte, traía como consecuencia que se le negara toda relevancia penal a diversos tipos de error, sobre todo al llamado “error de derecho” y, consiguientemente, que se negara en muchos casos la posibilidad de demostrar la inocencia o inculpabilidad del sujeto, por partirse del dogma *ignorantia legis non excusat* y *error iuris nocet*, que es la negación de todo poderío eximente al llamado “error de derecho”. Este dogma, que parte de la idea de que, por ser las leyes comunes para todos, todo el mundo tiene la obligación de conocerlas, como miembro de la comunidad social que es, realmente choca contra los principios de equidad, como lo ha señalado ya la doctrina penal, pero también choca con la realidad social y con la policromía y desigual conciencia jurídica que priva en nuestro medio; por lo que tampoco resulta compatible con la ideología constitucional, como también lo hemos destacado en diversas ocasiones.

No obstante todo lo anterior, la negación formal del “principio de presunción de inocencia” se mantuvo durante más de cincuenta años de vigencia del Código Penal de 1931. Hasta las reformas de 1984 al artículo 9o. no se desechó el mencionado principio de presunción de intencionalidad de la legislación penal sustantiva; en su lugar, se precisó lo que debía entenderse por una conducta dolosa y por una culposa y, consiguientemente, se reguló por primera vez el *error como causa de exclusión*

de la *responsabilidad*, como podía observarse del nuevo contenido de la fracción XI del artículo 15 del Código Penal federal. Con ello, por lo tanto, se extrajo, o al menos se procuró extraer, a la legislación penal de la gran desconexión en que estaba con nuestra realidad social, y se la liberó de la aberración en que se la mantenía. Por supuesto no debe pasarse por alto, que, además de la regulación del error en el artículo 15, que en realidad era suficiente para atender todo este problema, apareció también la del artículo 59 bis, que se limitaba sólo al llamado error de derecho, pero que únicamente le reconocía efecto atenuante, no obstante ser también un error invencible; por otro lado, al establecer como condición que quien alegara dicha situación de error se encontrara en situación de “aislamiento social” o de “atraso cultural”, dicha disposición venía a acentuar diferencias sociales, al darle un trato más desventajoso a quienes se encontraban en situación de “aislamiento social” o de “atraso cultural”.

Con las reformas de 1994, además de regularse expresamente “el principio de culpabilidad”, se precisa la fórmula del error, permitiéndose la distinción entre *error de tipo* y *error de prohibición* y entre “error venible” e “invencible”, reconociéndole a este último todo el efecto excluyente que por naturaleza le corresponde y, por otra parte, se deroga el mencionado artículo 59 bis. De esta manera, la legislación penal adopta criterios político-criminales y dogmáticos adecuados a las exigencias de un Estado democrático de derecho. Habrá sólo que pugnar, así como con relación a otros principios, por que éste encuentre su realización efectiva en la aplicación concreta de la ley, y contribuya realmente en la realización de la justicia material.

Pero ¿qué sucede actualmente en el plano de la realidad?, ¿podrá afirmarse que se acata ampliamente el nuevo criterio introducido a partir de las reformas de 1984? La respuesta a estas interrogantes desafortunadamente aún no puede ser afirmativa. A los diez años de vigencia de dichas reformas se constataba que parecía que no había sucedido mayor cosa en el ámbito legislativo, pues en la actuación del Ministerio Público y de la Policía Judicial no se observaba cambio substancial alguno, toda vez que en la investigación de los delitos para los efectos del ejercicio de la acción penal se seguía partiendo de la presunción de intencionalidad. Al Ministerio Público le seguían siendo suficientes algunos datos de carácter objetivo del delito de que se tratara para presumir que el sujeto había

actuado intencionalmente; por lo que la carga de probar lo contrario seguía correspondiendo al inculpado. Las prácticas tradicionales para la obtención de la confesión en realidad no habían desaparecido, si bien disminuido relativamente; pero tal disminución era motivada más por la presencia de organismos gubernamentales y no gubernamentales, encargados de la observancia de los derechos humanos por parte de quienes tienen la función de perseguir los delitos, que por la exigencia misma de la ley penal. Esa práctica, que había sido propiciada por los propios criterios sostenidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que le habían dado mayor valor a las declaraciones vertidas primeramente ante la autoridad investigadora que las rendidas ante el juez, se había arraigado tan fuertemente que resultaba difícil desvincularse de ella, como se muestra actualmente en hechos que han calado en la conciencia de la opinión pública.

V. PALABRAS FINALES

Como lo reconocimos desde un principio, estas disquisiciones no tenían la pretensión de agotar el tema de los principios rectores del derecho penal; por ello, sólo nos hemos ocupado de algunos, que seguramente son de los más importantes. De su consideración llegamos a la no muy halagüeña convicción de que el derecho penal mexicano aún se encuentra distante de alcanzar la caracterización de un derecho penal ajustado cabalmente a las exigencias de un sistema penal de un Estado democrático de derecho. Y que esa distancia, no obstante lo oscilante que ha sido nuestra política criminal, en lugar de acortarse, se agranda cada vez; sobre todo cuando se observa que, frente a una tendencia, fomentada por cierto sector de la doctrina, hacia la mayor observancia de los postulados constitucionales y de instrumentos internacionales y, por tanto, por la consolidación de sistemas democráticos y por una mayor observancia de los derechos humanos, se erige pujante la inclinación a la adopción de medidas de corte autoritario y, por ello, que permitan una mayor arbitrariedad en el ejercicio del poder penal, sin mayor consideración de los derechos humanos. Si bien esta tendencia no constituye la opinión dominante, sino minoritaria, en el ámbito doctrinario, no debe ser soslayada, sobre todo cuando ella parece compaginarse más con la opinión oficial,

o compartirse más por quienes tienen en sus manos las decisiones políticas, como se observa de algunas de las medidas político-criminales de los últimos tiempos, que tratan de justificarse destacando como pretexto el incremento de la delincuencia, el crecimiento de la impunidad, el desarrollo de la delincuencia organizada, cada vez más violenta y con recursos que colocan en desventaja a los propios órganos de control estatal, además de su internacionalización, que obligan a adoptar acciones y estrategias más eficaces, que permitan al órgano investigador y acusador ser más eficiente, aun cuando ello traiga aparejada la negación de ciertos principios garantistas.

Por todo esto, hemos planteado el interrogante de si es mejor el derecho penal democrático o derecho penal autoritario. Y, ante esa disyuntiva, igualmente seguirá teniendo razón de ser la lucha por una u otra posibilidad. Pero, como hemos afirmado, mientras el hombre, sobre todo el hombre común, no desee ser reducido a un mero instrumento del Estado, sino quiera seguir siendo considerado como a una persona humana, como un fin en sí mismo, que es precisamente la concepción que orienta el espíritu de nuestra Constitución política, seguirá viva su aspiración por que cada día se reafirme su condición humana y, por tanto, su aspiración por la vigencia de sistemas democráticos, que son los que pueden garantizar de mejor manera la observancia de sus derechos humanos y que se le atenderá adecuada y oportunamente, sin despotismo, sin prepotencia y sin discriminación. Esas aspiraciones mayoritarias del hombre difícilmente pueden ser satisfechas por sistemas autoritarios o dictatoriales, que no reconocen derechos del hombre ni permite el desarrollo de libertades, o sólo los reconoce y permite en una mínima medida. Por tanto, el sistema de justicia penal por el que el hombre opte mayoritariamente será el sistema propio de un Estado democrático de derecho, que es un sistema ampliamente respetuoso de sus derechos humanos y, por ello, establece límites precisos al ejercicio del poder penal estatal; se trata de un sistema que no instrumentaliza o mediatiza al hombre, sino que lo considera como persona, como “fin en sí mismo”. En una concepción así, tanto el Estado como el sistema de justicia penal y, por tanto, el derecho penal, deben estar al servicio del hombre y no para servirse del hombre.

Es necesario, por ello, que el hombre esté consciente de su condición humana y de los derechos que le son inherentes, para que los haga valer. Pero también se requiere que el Estado los reconozca y garantice a través

de cauces formales, que se derivan de los principios anteriormente mencionados; pero, además, que tales derechos y libertades se manifiesten también y sobre todo en el plano material, es decir, en el de la realidad social, de suerte que no se quede en pura utopía, aun cuando ésta la necesite el pueblo para alimentar sus aspiraciones.