

POLÍTICA CRIMINAL

LOS AVATARES DE LA POLÍTICA CRIMINAL MEXICANA EN LOS ÚLTIMOS 20 AÑOS

Moisés MORENO HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Aciertos y desaciertos de la política criminal frente a la delincuencia organizada.* III. *El expansionismo penal y el limitado rol de la dogmática penal.*

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes temas que ha ocupado la atención de las Jornadas sobre Justicia Penal, organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, desde sus inicios en 1999 hasta ahora, ha sido el de la *política criminal en materia de delincuencia organizada*, motivado tanto por los cambios que el fenómeno delictivo ha experimentado en los últimos tiempos como por la transformación de las propias medidas de reacción que el Estado ha ido adoptando para hacerle frente. Esas medidas de política criminal adoptadas por el Estado mexicano para enfrentar a la delincuencia organizada se han manifestado ya sea en reformas constitucionales, en la generación de una ley especial en materia de delincuencia organizada, o bien en reformas a la legislación penal material, procesal penal y de ejecución de sanciones, o incluso en el reforzamiento de la estructura orgánica y funcional de la institución encargada de su investigación y persecución, entre otras.

En ese desarrollo de la política criminal en sus diversas manifestaciones, las Jornadas han destacado, desde la perspectiva del Estado democrático de derecho, sus aciertos y desaciertos, su eficacia y falta de funcionalidad, sus limitaciones y sus excesos, su observancia o inobservancia de los derechos humanos, entre otros puntos de referencia. Es decir, los temas se han abordado desde una perspectiva crítica, buscando siempre que tanto la política

* Director general del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

criminal como el sistema de justicia penal y de seguridad pública respondan a las expectativas de la sociedad y a las exigencias del Estado democrático de derecho, incluyendo los que aplica el actual gobierno federal.

Es evidente que a la fecha ni la política criminal ni el sistema de justicia penal y de seguridad pública han podido responder a las exigencias y expectativas antes mencionadas, como podrá verse a continuación, por lo que se sigue pugnando por su transformación.

II. ACIERTOS Y DESACIERTOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

1. *Las primeras manifestaciones de la política criminal contra la delincuencia organizada*

A) Cuando las Jornadas sobre Justicia Penal iniciaron hace 20 años, habían pasado apenas tres años de que México estrenó su Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (1996), por lo que aún era objeto de discusión sobre sus fundamentos y alcances. Esta discusión se hizo desde diversos enfoques o visiones de construir la realidad sobre el problema de la delincuencia organizada y de la forma para enfrentarla, destacando los enfoques oficiales y los académicos, así como los de diversos grupos políticos y sociales. Cada uno planteaba su realidad en torno al problema, sobre todo del narcotráfico y delitos conexos, que han sido una de sus principales manifestaciones en nuestro país. Había opiniones a favor y en contra del problema y de la solución; algunos resaltaban la suma gravedad del problema, porque afectaba no sólo intereses individuales o colectivos (como la salud), sino que también ponía en riesgo la propia seguridad de la nación y, por tanto, la vigencia del Estado de derecho, que hace que los tradicionales medios de control estatales se encuentren en desventaja; por ello, era justificable adoptar medidas político-criminales más drásticas, tendencia que con el tiempo fue subiendo de tono, por la creencia de que así serían más eficaces; ésta era la posición gubernamental, que procuraba legitimar o justificar las medidas político-criminales frente al problema del tráfico de drogas y de toda la delincuencia organizada. Por otro lado, en el plano teórico, que no ha observado uniformidad de criterios, hay quienes han considerado incluso que la conceptualización de la delincuencia organizada resulta imposible, y que la intervención punitiva en base a un concepto falso e ilimitado implica un retroceso muy grave del derecho penal liberal y el consiguiente restablecimiento del derecho penal autoritario

e inquisitorial, lesionando las garantías constitucionales e internacionales y potenciando la corrupción de las agencias del sistema penal; pero la opinión mayoritaria se ha pronunciado por reconocer ciertos rasgos comunes en el fenómeno caracterizado como *delincuencia organizada* y, por tanto, que se le puede conceptualizar para su análisis y para determinar los mecanismos de reacción y, en su caso, para determinar si las medidas político-criminales que hasta ahora se vienen adoptando son las más adecuadas o no.

B) Debe destacarse que desde que los delitos relacionados con estupefacientes y psicotrópicos se regularon en el Código Penal Federal (CPF), la principal razón que se ha hecho valer para la prohibición de las conductas que tienen que ver con ellos ha sido la necesidad de proteger la salud pública, como el bien jurídico que concretamente se ve afectado por ellas, sobre todo por el consumo de drogas. Por ello, durante mucho tiempo —hasta 1988— la legislación penal federal prohibió y sancionó una gran diversidad de conductas que tienen que ver con los estupefacientes y psicotrópicos, es decir, con los *narcóticos*, que van desde la siembra y cultivo hasta el comercio o tráfico de drogas (artículo 197 del CPF), teniendo para ello en consideración el mismo bien jurídico, dándoles el mismo tratamiento, no obstante su diverso impacto en relación con dicho bien jurídico, y dejando el consumo como una conducta no punible. Más adelante se harían valer otros bienes jurídicos, como la vida, la libertad y la propia seguridad del Estado de derecho, entre otros, según su forma de manifestación.

A partir de 1989 la legislación penal federal empezó a experimentar cambios, que se tradujeron en agravación de las penas o limitación de beneficios penitenciarios, pero también en dar un tratamiento diferenciado a las conductas, privilegiando la de quienes se dedicaban primordialmente a las labores del campo. En 1993 se reformó la Constitución Política (CP), para posibilitar a los órganos del Estado una actuación más eficaz frente a la delincuencia, cada vez más organizada y violenta, que se observaba en México, haciéndose mención, por primera vez, de la *delincuencia organizada* en la propia Constitución (artículo 16), para permitir la duplicación del término para retener a una persona en casos de delitos flagrantes o urgentes. Paralelamente a ello se introdujeron en la Constitución criterios que responden a exigencias más democráticas, por ofrecer mayor seguridad jurídica en relación con los *requisitos materiales* para la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, que luego en 1994 fueron llevados a los códigos de procedimientos penales (CPP). En 1992 se dio a conocer la versión preliminar de un anteproyecto de Ley Federal para el Control de Drogas, que establecía estrategias y medidas político-criminales para hacerle frente al

narcotráfico, como respuesta a exigencias de instrumentos internacionales adoptados por el gobierno mexicano, como la Convención de Viena de 1988; el anteproyecto no prosperó, pues fue fuertemente cuestionado por sus criterios claramente opuestos a la Constitución; esos cuestionamientos fueron manifestados en un foro organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Pero esa idea motivó que a finales de 1995 el Ejecutivo Federal enviara al Congreso de la Unión una iniciativa de reformas que planteaba una distinta regulación del *lavado de dinero*, que salía del Código Fiscal de la Federación y pasaba al CPF, y suprimía la exigencia de la querrela previa por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para posibilitar al Ministerio Público investigar este tipo de casos en tanto estuviesen relacionados con otros delitos, como el narcotráfico, el tráfico de armas, entre otros.

2. *La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*

A) Asimismo, ante el innegable desarrollo de un tipo de delincuencia con características más complejas, como ser organizada y más violenta, con mejores técnicas y avanzados métodos, que ya no sólo era un problema de carácter local o nacional, sino que se convirtió en uno de índole internacional, con mayor eficacia que los propios órganos estatales encargados de enfrentarla, entre otras, México dio origen, en 1996, a su Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO), que estableció estrategias político-criminales de carácter *procesal penal* para actuar en contra de esta forma de delinquir. Previamente a ella, se aprobó una iniciativa de reformas a la Constitución Política (CP), para establecer las bases de algunas de las medidas contenidas en la Ley. Ambas iniciativas fueron analizadas críticamente en un evento académico organizado en mayo de 1996 por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, por lo que hace a sus razones, su orientación político-criminal y los alcances de las estrategias procesales que introdujeron al sistema de justicia penal, las cuales también fueron consideradas en la primera Jornada sobre Justicia Penal organizada por el propio Instituto de Investigaciones Jurídicas.

En la Jornada de 2005, sobre *Temas actuales de justicia penal*, cuando ya se discutía la idea de transitar hacia un sistema procesal penal predominantemente acusatorio y oral, nuevamente la LFDO fue sometida a un análisis más detenido, ahora desde la perspectiva del procedimiento penal que se pretendía establecer y las diversas manifestaciones de la delincuencia orga-

nizada, así como de las diversas medidas político-criminales adoptadas de la Convención de Viena de 1988.

B) Con el tiempo, el problema delictivo se fue agravando y convirtiendo en un fenómeno que se internacionalizó o transnacionalizó, sobre todo por efectos de la *globalización*; esa internacionalización de la delincuencia organizada hizo que la política criminal y el derecho penal igualmente se internacionalizaran, como se desprende de la Convención de Palermo (2000), que se refiere concretamente a la *delincuencia organizada transnacional*. Con ello, la política criminal represiva se fue endureciendo cada vez más, a pesar de que en la citada Convención —que sin duda compromete al gobierno mexicano— se hacían recomendaciones de otras alternativas.

Entre las estrategias contenidas en la Ley, que revelan ese endurecimiento, destacan: la intervención de comunicaciones privadas; aumento del plazo del arraigo; aseguramiento y decomiso de bienes respecto de los cuales un miembro de la delincuencia organizada se ostente como su dueño y no pueda acreditar la legítima procedencia de los mismos, y utilización de agentes infiltrados; pero también, protección a testigos, jueces, fiscales, peritos y víctimas, que tienen que ver con casos relacionados con la delincuencia organizada; reserva de identidad de testigos; reducción o remisión parcial de la pena, que son beneficios para colaboradores de la justicia, entre otras. Es evidente que esas nuevas estrategias fueron cuestionadas en la Jornada de 2005, sobre si ellas aún se mantenían dentro de los márgenes del Estado democrático de derecho o si vulneraban derechos humanos y, por ende, contravenían el Estado de derecho, cayendo en los terrenos propios de los sistemas penales autoritarios, con independencia de su eficacia. Como en todo, hubo opiniones diversas en relación con su constitucionalidad, sobre todo por lo que hace a las intervenciones a medios de comunicación privada y al aseguramiento y decomiso de bienes, de los que la propia Suprema Corte de Justicia se pronunció.

3. *Política criminal y reforma procesal penal*

A) Si bien la LFDO contiene disposiciones especiales en materia *procesal penal*, aplicables sólo para casos de delincuencia organizada, a principios del siglo XXI empezó a manifestarse la tendencia de transformar el sistema procesal penal, primero con la iniciativa presidencial de 2004 y luego con las que se presentaron durante 2006 y 2007 al Congreso de la Unión, de las que finalmente resultaron las reformas constitucionales de 2008, que precisaron las bases para fortalecer el sistema procesal penal acusatorio y oral.

Con ello se pretendió que el nuevo modelo procesal fuese más acorde al Estado democrático de derecho, desterrando los rasgos inquisitivos del sistema anterior, adoptando una serie de principios propios de sistemas penales de corte democrático, como el de *presunción de inocencia*, y que los juicios fuesen rápidos y equilibrados, orales, transparentes y públicos; se generó, más adelante, en 2014, el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), que se encargaría de desarrollar el sistema procesal penal diseñado en la Constitución, atendiendo a las realidades nacionales.

La cuestión que se planteó desde que surgió esta tendencia procesal era si la transformación estructural del procedimiento penal, que simplificaría la investigación de los delitos y fortalecería el proceso penal acusatorio, oral y público, así como establecería mecanismos jurídicos para garantizar no sólo los derechos de los imputados, sino también de las víctimas u ofendidos del delito, e instrumentaría medidas alternativas de solución de los conflictos, entre otros, estaría en condiciones de hacerle frente a los problemas de delincuencia organizada. Lo anterior con independencia de que también se pretendía reformar la LFDO, a efecto de hacer más eficaz el combate a los delitos de esta naturaleza, ya que en las primeras propuestas —como las del presidente Fox en 2004— existía la idea de mantener la *averiguación previa* en el sentido tradicional, e incluso se preveía la existencia de *juces federales especializados* en materia de delincuencia organizada, entre otras diferencias. Esta idea diferenciadora no prosperó, ya que, como lo hicimos valer en diversas Jornadas sobre Justicia Penal, el sistema procesal penal debía revestir las características de un sistema acusatorio, ya fuese para atender problemas de delincuencia tradicional o para atender los de delincuencia organizada, nacional o transnacional. Finalmente, esta fue la opinión que prevaleció en la reforma constitucional de 2008.

B) Para la gran mayoría de los teóricos del derecho penal y procesal penal, la idea de introducir nuevas bases en la Constitución Política para el fortalecimiento del sistema procesal acusatorio era bienvenida; existía la convicción de que por más que se transformara la legislación penal sustantiva, ésta no podría lograr por sí misma su objetivo, ni el sistema de justicia penal funcionaría mejor si el sistema procesal penal se mantenía arraigado a criterios que hasta entonces habían demostrado su poca funcionalidad. Es decir, la reforma más importante que debía emprenderse en el ámbito legislativo, para que el sistema penal pudiera realmente ser más funcional y garantizar una respuesta más adecuada a los reclamos de la sociedad, tenía que ver con el sistema procesal, ya que de él se derivaría la función que corresponde desarrollar tanto al Ministerio Público como al órgano judicial y,

sobre todo, la forma en que cada uno debía desarrollar dicha función. El haber optado por un *modelo procesal predominantemente acusatorio* respondía a la idea de garantizar de mejor manera la observancia de los derechos humanos de quienes se ven involucrados en un proceso, ya sea como victimarios o como víctimas, así como garantizar un mayor equilibrio entre las partes procesales. El problema ahora era cómo hacerlo, cómo expresarlo en la Constitución y en la legislación procesal penal, para que la reforma pudiese efectivamente alcanzar sus objetivos y no reducirse a una mera simulación, o para que los efectos no fuesen más negativos que los que se querían combatir.

Por ello era necesario precisar previamente los criterios que la debían orientar; además, se planteaba que la reforma debía partir de una visión integral y de fondo, para evitar su fracaso. Es cierto que gran parte de lo previsto se hizo; así surgió la reforma constitucional de 2008 y se logró incluso la unificación de la legislación procesal penal con el CNPP de 2014. Pero aún queda pendiente la unificación de la legislación penal sustantiva, así como la reforma de otros sectores del sistema penal, para que también se transformen bajo criterios coherentes, como lo exige toda política criminal integral.

C) El nuevo sistema procesal penal que desarrolló el CNPP despertó muchas expectativas, sobre todo porque con la unificación de la legislación procesal penal se uniformarían los criterios de interpretación legislativa de los contenidos constitucionales relacionados con los diversos aspectos del procedimiento penal, pues ello permitiría que tanto la procuración como la administración de justicia penal fuesen igualitarias en todo el país; además, porque se esperaba que con los *juicios orales* se superarían muchos de los problemas del sistema anterior y se respondería a las exigencias del Estado democrático de derecho. Sin embargo, el CNPP no se ajustó cabalmente a los lineamientos constitucionales de 2008, y la falta de criterios de racionalidad en su implementación pusieron incluso en riesgo los objetivos de la reforma constitucional, o que ellos se pudiesen distorsionar, como se puso de manifiesto en la Jornada 15 de 2016 y en la Jornada 17 de 2018. De ahí que el CNPP pronto fue objeto de dos amplias reformas (la primera publicada en el *DOF* el 29 de diciembre de 2014, y la segunda, el 17 de junio de 2016), tratando de subsanar yerros legislativos de origen, y a las cuales han seguido otras de menor entidad hasta llegar a 2020, en el que ya no sólo se habla de algunas reformas parciales, sino incluso de un nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, como se desprende del paquete de iniciativas de reformas que se dio a conocer —no oficialmente— en enero de 2020 y del que se sigue insistiendo en concretar. Esto indica que los propios

operadores del sistema penal desconfían del actual CNPP, o simplemente quieren volver a modelos procesales que les implique una actuación menos exigente, aunque igualmente infuncionales, dejando al sistema procesal penal acusatorio totalmente desdibujado.

4. *La política criminal en materia de delincuencia organizada aún sigue sin rumbo, por lo que se insiste en alternativas más funcionales*

A) No obstante que desde la primera Jornada sobre Justicia Penal (1999) se señaló la necesidad de que el Estado mexicano debe contar con una política criminal más funcional, integral y coherente, eso no ha ocurrido hasta ahora, e incluso podría afirmar que la política expresada en la LFDO se ha ido deteriorando y alejando de sus objetivos. En efecto, las medidas político-criminales que hasta ahora se han adoptado, no sólo frente a la delincuencia organizada, sino incluso frente a la delincuencia tradicional o común, no han dado respuestas adecuadas para garantizar una mejor protección a los bienes jurídicos que se ven afectados por sus diversas manifestaciones. Además, el fenómeno delictivo sigue evolucionando y adquiriendo características más complejas, como es el crimen organizado transnacional y el que se deriva de los avances de la ciencia y la tecnología y de los avances propios de las sociedades modernas, que cada vez ponen en mayores dificultades a los medios estatales de control, al punto de que éstos parecen no existir. De ahí que, como hace 20 años —y luego se insistió hace 10 años y ahora—, sigue existiendo la necesidad de buscar mejores alternativas, no sólo más eficaces, sino que también se ajusten a las exigencias de Estados democráticos de derecho.

Por ello, desde entonces y ahora, se postula la necesidad de observar, en relación con toda reforma a la política criminal en materia de delincuencia organizada, los principios propios de los sistemas penales de Estados democráticos de derecho. No es aceptable que para la delincuencia organizada se adopten criterios que se aparten de esas exigencias y se parta de la idea de que el delincuente organizado es un *enemigo* a vencer, además de negarle todo derecho; ello implicaría hablar de dos sistemas penales totalmente contrapuestos: uno para la delincuencia menos violenta (tradicional o común), que se sustenta en criterios propios de Estados democráticos de derecho y mantiene la concepción de que el delincuente también es una *persona*, cuya dignidad humana y demás derechos no se pierden aun cuando haya transgredido la norma penal, y otro para la delincuencia organizada, con rasgos

propios de Estados autoritarios o totalitarios, en donde el hombre se convierte en un mero instrumento o *cosa* que puede ser utilizado por el Estado para sus propios fines, sin que se le reconozca derecho alguno, con más razón si es un delincuente violento. Una concepción como esta última confirmaría que el Estado no tiene la capacidad para enfrentar a la delincuencia a través de sus instituciones y los mecanismos de corte democrático, como parece revelarnos la realidad de nuestro sistema.

En otros términos, la concepción que debe orientar la política criminal mexicana, ya sea frente a la delincuencia tradicional o la organizada, violenta o no, es la que se rige por los principios propios de sistemas penales de Estados democráticos de derecho, que es el criterio adoptado por la reforma constitucional de 2008, lo que no excluye que el Estado pueda adoptar algunas estrategias procesales diferenciadas, según las necesidades derivadas de las propias manifestaciones de la delincuencia organizada, pero observando siempre las exigencias del debido proceso legal.

B) Lo cierto es que la actual política criminal no responde ni material ni formalmente a tales exigencias democráticas de derecho; de ahí el constante señalamiento crítico de su actual situación y la necesidad de diseñar y poner en práctica una más funcional a esas exigencias. Por ello, en las diversas participaciones que tuve en las Jornadas sobre Justicia Penal me permití formular diversas propuestas generales y concretas, que aparecen en las respectivas memorias de dichas actividades académicas.

C) En la penúltima Jornada sobre Justicia Penal (2018) se abordaron los *desafíos en el panorama de la justicia penal en México*, cuando ya se conocía el *programa de política criminal* del nuevo gobierno de la República, por lo que también fue objeto de análisis y se cuestionó si realmente se trataba —como se había anunciado— de una *nueva tendencia de la política criminal* en nuestro país, o si se trataba de otra simulación. Para ello, primero se resaltó su opinión negativa sobre la política criminal que aún prevalece en el país, la cual fue caracterizada como una política predominantemente represiva y persecutoria, que ha utilizado la violencia para combatir la violencia, que ha hecho uso de las fuerzas más letales, como el de las fuerzas armadas, sin que por ello haya resultado más eficaz frente a la delincuencia organizada; en cambio, ha traído como consecuencia la pérdida de muchas vidas humanas, además de estar plagada de corrupción e impunidad. Críticas con las que coincido, así como con la necesidad de buscar otras alternativas político-criminales que puedan resultar más funcionales, con efectos más positivos que negativos, que satisfagan realmente las expectativas de la sociedad y las exigencias del Estado democrático de derecho. La diferencia central es

que la administración del actual gobierno federal, desde sus inicios y hasta ahora, no cuenta todavía con un proyecto acabado, claro y coherente que muestre un efectivo cambio de rumbo; lo único que parecía creíble, al menos en el discurso, es que su política anticrimen transitaría de la meramente represiva y persecutoria hacia una política de *pacificación y reconciliación*, que no acudiría a la fuerza y a la violencia estatal para combatir la violencia producida por el crimen; discurso que aún prevalece, aunque con menor intensidad ante la realidad de las cosas.

Es decir, ante los actuales problemas de delincuencia, inseguridad pública, impunidad y corrupción, y ante las carencias mostradas por la política criminal, en general, y el sistema de seguridad pública y justicia penal, en particular, el gobierno federal también ha visto la necesidad de una nueva *propuesta en materia de política criminal*, cuyos fundamentos y alcances aún no están claramente precisados. Pero todo indica que la original pretensión de distanciarse de la política meramente persecutoria y de represión penal para transitar hacia una de *pacificación*, en la que se propicie el perdón, la amnistía, la reducción de penas, entre otras medidas, para lograr la *reconciliación de la sociedad mexicana*, en gran medida ha sido abandonada, sin que en su lugar haya una estrategia que contribuya a garantizar la protección de los bienes jurídicos frente al delito y, por ende, que contribuya a vivir en paz. Por el contrario, lo que se observa en la práctica es una reproducción de la misma estrategia político-criminal cuestionada, según las medidas hasta ahora adoptadas, como: *a)* el cambio de nombre de la Procuraduría General de la República por la de Fiscalía General de la República, cuya estructura orgánica la hace totalmente infuncional frente a la delincuencia organizada, pero muy represiva frente a sus propios operadores; *b)* la creación de la Guardia Nacional, con la suficiente fuerza letal que implica la presencia predominante de miembros de las fuerzas armadas; *c)* la reforma al artículo 19 constitucional que aumenta los delitos que merecen *prisión preventiva oficiosa*, cuya exposición de motivos, bastante contradictoria, justifica la necesidad de aplicar un derecho penal más restrictivo, apoyándose en el llamado *derecho penal del enemigo*, es decir, de corte autoritario. Esto ha propiciado mayor incremento de la violencia, tanto la que proviene de la delincuencia como la generada por los propios medios de control, así como el haber superado todo dato estadístico en cuanto al número de personas muertas, entre otros efectos.

Por ello, ante la falta de capacidad para construir estrategias más funcionales, se siguen justificando los cuestionamientos y la necesidad de buscar nuevas alternativas político-criminales que efectivamente satisfagan las

expectativas sociales y que no se traduzcan en simulaciones o en meras *ocurrencias* o simples *caprichos*, que ponen en entredicho el Estado de derecho.

III. EL EXPANSIONISMO PENAL Y EL LIMITADO ROL DE LA DOGMÁTICA PENAL

1. *La expansión del derecho penal como expresión de la política criminal autoritaria*

A) En el *plano internacional*, con motivo del desarrollo que ha experimentado el fenómeno delictivo, sobre todo el de la delincuencia organizada transnacional, pero también por razón de los avances de la ciencia y la tecnología, la tendencia de la política criminal se ha encaminado hacia una mayor *expansión* y *endurecimiento* de sus medidas, como se observa en los instrumentos internacionales que al respecto se han generado. Además, por el hecho de que vivimos en una *sociedad de riesgos*, se permite que el derecho policial preventivo se rearme anticipando la defensa policial del peligro en el ámbito de los *peligros potenciales* y de los *riesgos abstractos*, justificándose todos los medios de intervención estatal, desde los medios de investigación encubierta hasta las escuchas en viviendas. Ante esta situación, “el Estado se arroga en el Derecho penal posibilidades de intervención ilimitadas de forma que, para los ciudadanos, la moderna legislación penal resulta absolutamente misteriosa”, pudiéndose caracterizar a la política criminal como una especie de *contrailustración*, por la erosión de sus principios (Meter-Alexis). Pero igualmente puede ser considerada propia de la tendencia *expansionista* del derecho penal, que se manifiesta precisamente en la expansión de los tipos penales y de las punibilidades, como la idea de elevar a rango de delito autónomo, figuras como la *tentativa*, la *instigación* o la *complicidad*, que hasta ahora eran consideradas *figuras accesorias*, pues ello puede conducir a que más adelante se sigan ampliando ilimitadamente los ámbitos de intervención del derecho penal en detrimento de los principios fundamentales.

Si bien un sistema penal con tendencias altamente expansionistas no puede merecer el calificativo de *sistema penal democrático*, sino más correctamente *sistema penal de corte autoritario*, en él los integrantes de la sociedad viven constantemente bajo el *terror penal* como única forma de imponer una convivencia social, en el que los *derechos humanos* no constituyen un factor determinante para *limitar* el poder penal del Estado, aun cuando el pretexto sea el de garantizar la *seguridad de los ciudadanos* frente a la delincuencia, porque la *seguridad* se convierte en un concepto *simbólico*, y la *inseguridad* en un pretexto

para el endurecimiento constante de las medidas penales. Lo cierto es que esta tendencia sigue avanzando; por ello, con mayor razón se impone pugnar por la vigencia de los principios característicos del sistema penal de corte *democrático*, que *no* conciben al derecho penal como el *primero* y único recurso estatal para la protección de bienes jurídicos frente al delito y para mantener la vida ordenada en comunidad; para este tipo de sistema penal y de política criminal, el derecho penal constituye sólo uno de los tantos recursos que el Estado puede utilizar para el logro de ese fin, de ahí que se pugne porque sea la *última ratio*, atendiendo a sus drásticas consecuencias. Además, acorde con la concepción democrática, el derecho penal no puede ser concebido como un instrumento de sujeción del hombre, sino como un instrumento al servicio de la persona humana, individual y grupalmente considerada.

B) Lo propio se observa en el *plano nacional*; no obstante que varios discursos políticos han pregonado por la observancia del principio de *ultima ratio* del derecho penal, esta tendencia no se corresponde con la realidad. Así, por ejemplo, en la exposición de motivos de la “Iniciativa de reformas al sistema de justicia y de seguridad *pública*”, que el Ejecutivo Federal envió en marzo de 2004 al Congreso de la Unión, se afirmaba que la tendencia es hacer cada vez menos uso del derecho penal, es decir, *reducir* la intervención del derecho penal, y hacer uso de otras alternativas; idea que se reitera en la exposición de motivos de la reforma al CPF, de que “la respuesta penal debe ser siempre la *última ratio*, es decir, que siempre será preferible acudir a otras instancias menos lesivas de bienes jurídicos, pues sólo así existirá legitimación y racionalidad en la creación y aplicación de las normas jurídico penales”, lo que, sin duda, es propio de la política criminal de Estados democráticos de derecho, que nadie podría cuestionar, pues el uso de la *justicia alternativa*, que permitiría utilizar el derecho penal como último recurso, debería merecer el total apoyo para que se implemente en México. Sin embargo, lo expresado en el discurso oficial no logró plasmarse en el texto de la ley que se proponía, e incluso ciertos contenidos lo contradecían. Lo mismo puede decirse en relación con la reforma constitucional de 2008 y al CNPP de 2014, que previeron el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias, de criterios de oportunidad, entre otras medidas, que dieron la sensación de que se quería aplicar el principio de *ultima ratio*, pero en realidad se trata de mecanismos que tienen la función de evitar que se inicie un proceso penal ordinario o que se llegue a la audiencia de juicio oral y, con ello, evitar que se dicte una sentencia, para que el sistema penal no se siga sobreesaturando. Lo único que se ha logrado con todo ello es que se haga un uso

irrational de los mismos, que la justicia penal sea cada vez *más selectiva*, que no se cumplan los grandes *objetivos* del proceso penal y que el proceso penal acusatorio y oral se haya *desvirtuado* totalmente.

Ahora bien, si algo es rescatable de la política criminal del actual gobierno, al menos en el discurso, es decir, en el plano teórico, es el hecho de querer *prescindir de la pena*, o de no imponerla a quien transgrede la norma penal y comete un delito. En una sociedad moderna eso podría ser lo deseable, si en lugar de ello se contara con mejores alternativas; si bien lo más deseable sería que no se transgrediera la norma, que no se cometieran delitos y, por ende, que no hubiese víctimas. Pero lo cierto es que lo contrario es lo que por ahora resulta incontrovertible; el alto índice delictivo, sobre todo del delito violento, que tiene un crecimiento exponencial, ha puesto en serias dificultades esta idea, pues es evidente que frente a dicho fenómeno las víctimas de ninguna manera quisieran *perdonar* al delincuente violento, sino que haya justicia. Además, la realidad de la nueva política nos muestra que no cuenta con otras opciones y que las decisiones y medidas adoptadas no mantienen coherencia, pues mientras algunas van en sentido contrario, como lo corrobora la regulación de la *extinción de dominio* y el incremento de la *prisión preventiva oficiosa*, o el hecho de convertir en *delincuencia organizada*, conductas que definitivamente no lo son, como sucede con la *defraudación fiscal*, que no son sino expresiones de un *expansionismo penal* carente de sustento, otras, en cambio, dan la sensación de que lo que efectivamente se quiere es no perseguir y sancionar ciertas conductas relacionadas con la delincuencia organizada, cuando inexplicablemente se permite la liberación o la no detención de sus autores o partícipes, y, por lo tanto, además de propiciar la *impunidad*, se ahonda en la *selectividad y negociación* de la justicia, al punto de que ésta —la justicia— deja de tener sentido. Esto se corrobora por la constante resistencia de quien detenta el poder a ajustarse a las reglas del *debido proceso legal* y a permitir que las instituciones del sistema de justicia, características del Estado de derecho, cumplan su función de aplicar la ley, y en lugar de eso se arroga las funciones de acusar, juzgar y condenar a quienes son considerados *adversarios políticos*, sin cumplir con las mínimas exigencias procesales, sometiéndolos —sin el menor rubor— al linchamiento y estigmatización mediáticos, pero, al mismo tiempo, se atribuye la potestad de *perdonar*, no obstante carecer de legitimación para ello.

C) Por supuesto, es el Estado el que tiene el monopolio de procurar y administrar justicia; sin embargo, no se quiere que el Estado mexicano cuente sólo con una *política criminal eminentemente represiva* para garantizar el combate

eficaz de la delincuencia y establecer la paz y la seguridad públicas, ni que 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) sea el único instrumento para ello, ya que una concepción así podría igualmente caracterizarse como expansionista, pues en ella cabrían múltiples posibilidades político-criminales: creación desmesurada de tipos penales; incremento desmedido e irracional de las penas; aumento de las causas de agravación de las penas; disminución de las posibilidades de defensa; reducción de beneficios para cierto tipo de delitos; aplicación irracional de criterios de oportunidad por el Ministerio Público, aun en detrimento de derechos y garantías procesales; incremento del número de policías, ministerios públicos, jueces, entre otros, sin importar la calidad; mayores obstáculos para obtener la libertad; abuso de la prisión preventiva y la pena de prisión; aumento de centros de reclusión de máxima seguridad (que parecen obedecer a la idea de una crueldad extrema, sin mayor consideración de los derechos humanos), entre otras. Eso implicaría una simple expansión y un mero endurecimiento desmedido de las medidas penales que, aparte de no garantizar su eficacia, limitan la observancia de los principios fundamentales, de derechos y garantías procesales que la Constitución prevé para todos.

Por el contrario, se requiere que el Estado cuente con una política criminal que ofrezca diversas alternativas, pero vinculadas bajo criterios y principios uniformes para que sean coherentes. La política criminal mexicana, frente a la delincuencia organizada o frente a cualquiera otra, debe proporcionar a la prevención general del delito, mayor espacio y atención, particularmente a las medidas preventivas no penales, debiendo prevalecer la idea de que el derecho penal es sólo el último recurso. En otros términos, en contraposición a la concepción expansionista, en México —como Estado de derecho y democrático que es, según la Constitución Política— debe prevalecer la idea reduccionista del derecho penal. Además, la política criminal debe estar acorde con la política general y debe ser integral y coherente en todos sus aspectos y niveles: prevención general del delito, procuración y administración de justicia, así como prevención especial y la respectiva legislación que le sirve de base; deben ser concebidas como partes de un todo, ya que ambas están encaminadas hacia objetivos comunes, por lo que deben estar orientadas por criterios uniformes, así se trate de delincuencia organizada. En la medida en que la prevención general resulte más funcional, se irá prescindiendo de las medidas represivas que conforman el sistema penal.

2. *El limitado rol de la dogmática penal para contener el poder penal*

A) Acorde con la concepción democrática que debe prevalecer en la política criminal, se reitera que el derecho penal no debe ser concebido como un *instrumento de sujeción del hombre*, sino como un instrumento *al servicio del hombre*. Pero esta idea que se plantea en el plano teórico está muy distante de darse en el plano material, porque la política criminal y el derecho penal se han desarrollado —sobre todo en realidades como la nuestra— sin contar con el debido sustento teórico necesario para estar en condiciones de responder a exigencias democráticas y, además, ser funcionales en relación con las exigencias del ser humano.

Existen diversas disciplinas que se han cultivado en el plano teórico, que se ocupan de manera directa del problema delictivo y de la cuestión penal, como la criminología y la dogmática penal, ambas tradicionalmente englobadas en la expresión más amplia de ciencias penales. Por ello, existe una Academia Mexicana de Ciencias Penales y un Instituto Nacional de Ciencias Penales. Cada una de esas disciplinas, desde su propia perspectiva, ha estado vinculada con la política criminal y el derecho penal, teniéndolos como objeto de estudio, o como simple punto de referencia para sus elaboraciones y proposiciones. Para los efectos de este trabajo, me ocuparé solamente de la dogmática penal y su rol frente a la política criminal y el derecho penal, únicamente para destacar si, en el desarrollo de estas manifestaciones del ejercicio del poder estatal, la dogmática jurídico-penal ha aportado criterios teóricos para que el derecho penal responda a exigencias democráticas, o no.

Lo anterior porque entre la dogmática penal y la política criminal debe existir una estrecha relación y retroalimentación; por ello, una primera cuestión es resaltar la función que se le asigna a la dogmática penal en contextos político-criminales como el nuestro y, por otra, la forma en que debe darse esa relación para que la retroalimentación sea realmente fructífera. Por lo que hace a la primera cuestión, a la dogmática penal le corresponde la importante función de proporcionar a la política criminal y al derecho penal, bases teóricas adecuadas para ser efectivamente funcionales, según las exigencias de una determinada realidad. Pero el ser *funcional* y *desde qué perspectiva* nos vincula también con la *función* o los *objetivos* de la política criminal y cómo los quiere alcanzar, lo que, a su vez, nos plantea considerar diferentes tipos de política criminal y de derecho penal, como, por ejemplo, los de corte democrático y los de corte autoritario. Si lo que se busca —en realidades como la nuestra— es fortalecer la política criminal y el derecho

penal para que respondan a las exigencias de los Estados democráticos de derecho, que respeten derechos humanos y reconozcan límites a las potestades gubernamentales, así como que sus poderes judiciales se democratizen, entonces habrá que reconocer que no toda construcción dogmática está en condiciones de cumplir con ese objetivo. Por lo que la pregunta ahora es determinar cuál de esas elaboraciones teóricas está en mejores condiciones de proporcionar bases adecuadas a la política criminal y al derecho penal, para que éstos resulten funcionales en Estados democráticos de derecho; cuestión que, por el momento, no puedo abordar.

B) Por ahora sólo quiero destacar la necesidad de que entre política criminal y dogmática penal debe existir una estrecha relación, para que la primera cuente con un sustento teórico adecuado que le permita alcanzar sus objetivos, y que la segunda justifique su razón de ser y no se la cultive simplemente como *el arte por el arte*, y que entre ellas exista una amplia retroalimentación. Pero también es importante precisar el tipo de política criminal y de derecho penal que se tomará como punto de referencia, porque ello servirá para saber el tipo de construcción teórica que puede responder a exigencias democráticas de la política criminal y del derecho penal. Asimismo, sólo destacaré algunos de los ámbitos en que se da —o debe darse— esa relación, como la legislación penal y la jurisprudencia en materia penal; esto significa que la dogmática penal puede incidir tanto en el proceso de creación de las leyes penales como en el proceso de aplicación de esas leyes a los casos concretos.

Toda vez que las legislaciones penales son expresiones de la política criminal penal de cada país, se pueden encontrar importantes semejanzas y diferencias en ellas que pueden obedecer a los rasgos característicos de cada Estado y de cada política criminal. Es decir, no todos los Estados ni todas las políticas criminales tienen las mismas características, porque no todos se sustentan en los mismos criterios y principios fundamentales; así, mientras algunos reconocen y respetan en gran medida los derechos humanos, y establecen amplios límites en el ejercicio del poder penal, otros sólo lo hacen en menor medida o simplemente no los reconocen. Por ello, se siguen distinguiendo políticas criminales y derechos penales de corte democrático, y aquellos que responden a exigencias autoritarias o totalitarias. Eso hace que la actitud o el papel de la dogmática penal sea, o pueda ser, igualmente diferente frente a su objeto de estudio; por ello, así como hay un derecho penal de corte liberal o democrático, también hay una dogmática penal que responde a esas exigencias; y lo mismo se puede decir del derecho penal de corte autoritario o totalitario, que igualmente puede encontrar apoyo

en una dogmática penal que se sustenta en ideología semejante. Lo propio puede afirmarse en relación con las decisiones y resoluciones judiciales, que también responden —o pueden responder— a exigencias democráticas o autoritarias, según el tipo de sustento teórico que los jueces le den y según la consideración que tengan de los derechos humanos.

C) Por lo que respecta al rol de la dogmática penal en México, podría decir que, a diferencia de lo que ha sucedido en otros países europeos o latinoamericanos, ha tenido un desarrollo menos intenso, pasando incluso por momentos de plena tranquilidad o en que ella ha sido cultivada sólo como *el arte por el arte*, sin mayor consideración de las cuestiones político-criminales, como si en este campo poco o nada sucediera. Por ello, en términos generales, la dogmática penal muy poco ha influido en los cambios del sistema de justicia penal, como es la legislación penal y la jurisprudencia en materia penal. Esto muestra que entre teoría y práctica ha prevalecido un gran abismo, salvo ciertas excepciones en el ámbito legislativo, en donde algunas aportaciones teóricas aisladas sí tuvieron sus impactos en ciertas decisiones político-criminales, como se destacó en las Jornadas. Como ejemplos de ello están el proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana (1963); el anteproyecto de Código Penal Federal de 1983, que tuvo la pretensión de sustituir al Código Penal (CP) de 1931, así como los anteproyectos de CP de 1988 y de 1990/91, y los proyectos de distintas reformas legislativas en materia penal, como las reformas de 1983/84 y de 1994 al CP Federal, incluyendo las del Código Federal de Procedimientos Penales, y el Código Penal para el Distrito Federal de 2002 (CPDF), entre otros. Muchas de estas reformas obedecieron a la idea de impulsar el proceso de democratización del derecho penal en México y de modernizar el aspecto técnico de la legislación penal, al haber introducido criterios más actuales de la dogmática penal que tienen que ver con la estructura y los elementos del delito o presupuestos de la pena, entre otras cuestiones. También hubo aportaciones importantes de algunos teóricos del derecho penal en las reformas constitucionales de 2008 y en los contenidos de carácter material introducidos —aunque incorrectamente— en el CNPP de 2014. Finalmente, es también observable cierta influencia en la jurisprudencia en materia penal, por lo que hace a la estructura del delito y los contenidos de cada uno de sus elementos.

Por razón de lo anterior, se puede afirmar que, al pugnar por ciertos principios fundamentales, propios del derecho penal de corte democrático, como los plasmados en el CPDF o en la reforma constitucional de 2008 y el CNPP, la dogmática penal mexicana también ha asumido un rol impor-

tante —aunque limitado— para contener el abuso del poder penal estatal, el cual, con frecuencia, se ve desbordado o se ejerce de manera arbitraria en el ámbito de la justicia penal, y, por ello, son siempre necesarios los mecanismos de control.

Esos mecanismos de control también se hacen necesarios cuando la política criminal, el derecho penal y todo el sistema de justicia penal no encuentran el rumbo que impone el Estado democrático de derecho, de que los conflictos penales deben resolverse de acuerdo con los lineamientos constitucionales que dan sustento al debido proceso penal y que, según ciertos principios fundamentales —como el de división de poderes, el de reserva y el de legalidad—, existen instituciones encargadas de procurar y administrar la justicia penal, es decir, que tienen precisados sus importantes roles dentro del sistema penal y que no pueden ser despojados, desvirtuados o desnaturalizados, por decisión de alguno de los poderes. Por ello, la dogmática penal, como una de las disciplinas diseñadas para tener injerencia en las cuestiones penales, debe asumir un rol más decisivo para contener el abuso del poder y reorientar su ejercicio para que se mantenga dentro de los cauces del Estado de derecho. Esta función de ponerle frenos a los desenfrenos del poder penal se hace altamente necesaria en los tiempos actuales, en que, por la carencia de brújula, se corre el riesgo de que las decisiones político-criminales conduzcan a todo el sistema de justicia penal a los extremos autoritarios, o que tanto el sistema penal como la idea de justicia queden totalmente desdibujados.

D) Es, por ello, una gran exigencia que los teóricos del derecho penal —pero igualmente los criminólogos y los teóricos de disciplinas afines— le den mayor sentido a sus elaboraciones y proposiciones y dejen de encerrarse en discusiones poco fructíferas, que la mayoría de las veces no inciden en la solución de los problemas que plantea la legislación penal y todo el sistema de justicia penal en nuestra realidad. Habrá que buscar conectarse más con la realidad e incidir en la solución de los problemas concretos a través de sus aportaciones sistemáticas, y procurar que la función de la dogmática penal no se distorsione ni se la cultive como una “disciplina pretenciosa y abstracta, de menor substancia de la que se le atribuye, apta para ser recorrida solamente por iniciados que poseen sus claves lingüísticas y que creen, debido a su propio aislamiento, formar parte de una supuesta élite científica” (Novoa Monreal). Por el contrario, si el derecho penal cumple una función muy modesta, no obstante su importancia, la función de la dogmática penal no puede ser más pretenciosa que su propio objeto de estudio. El teórico del derecho penal debe darle mayor sentido a sus elaboraciones sistemáticas;

ser menos acrítico ante los cambios del derecho penal y ante los influjos de la dogmática penal comparada, y jugar un rol más activo en las decisiones político-criminales, para que el ejercicio del poder penal se mantenga dentro de los límites que impone el Estado democrático de derecho, y evitar ejercer en el vacío o *sumergirse en progresivas complicaciones de elaboraciones abstractas, encerrándose en discusiones tan extravagantes como inútiles, para no desconectarse con la realidad, pues ello trae deplorables consecuencias por lo que se refiere a alcanzar el verdadero y único fin del derecho penal.*