

EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y SU INFLUENCIA EN MÉXICO

Miguel ONTIVEROS ALONSO

SUMARIO: I. *La influencia del derecho penal internacional en México.* II. *Los tipos de justificación y “la influencia internacional que no queremos”.* III. *La armonización del derecho penal europeo y la unificación de la legislación penal mexicana: “la influencia que sí queremos”.*

Que el Instituto de Investigaciones Jurídicas organice un Congreso Internacional de estas características es una muestra del rol vanguardista que la Universidad Nacional Autónoma de México juega a escala nacional e internacional. Un papel como éste sólo lo puede representar una institución con más de 450 años de historia, es decir, la historia de nuestra Universidad.

Divido este ensayo en tres dimensiones que considero fundamentales:

- 1) La influencia del derecho penal internacional en México.
- 2) Los tipos de justificación y la influencia internacional que *no queremos*.
- 3) La armonización del derecho penal europeo y la “unificación de la legislación penal mexicana”, es decir, la influencia que *sí queremos*.

I. LA INFLUENCIA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL EN MÉXICO

Hablar de un derecho penal internacional ha pasado de ser “*derecho en los libros*”, para transformarse en “*derecho en acción*”.¹ Muestra de ello son los debates de corte político-criminal, científicos, pero también

¹ Véase, sobre esto, Pound, Roscoe, “Law in Books and Law in Action”, *American Legal Realism*, Nueva York, Oxford University Press, 1993, pp. 39 y ss.

prácticos, que giran en torno a la justicia penal internacional. Éste es un camino cuyo recorrido ya se ha iniciado y que ya nadie puede detener.

Que México y su legislación deben permearse de los avances legislativos en materia de justicia penal internacional es una visión plausible. Ahí están los instrumentos internacionales que hemos signado y el debate académico acerca de la viabilidad de su aplicación. Pero queda mucho por hacer. Reflexiónese acerca de lo siguiente: la temática de esta mesa es “*justicia penal internacional y sistemas nacionales*”: ¿hasta dónde nuestra legislación penal ha retomado los principios rectores de la imparcición de justicia a escala internacional? Me refiero, sobre todo, a dos directrices básicas:

- a) El criterio rector de todo ordenamiento digno de un Estado democrático: la dignidad humana y, con ésta, el libre desarrollo de la personalidad.
- b) El principio de proporcionalidad en materia penal.

Es cierto que nuestra Constitución ha recogido, en su artículo 1o., el principio de dignidad humana como el espíritu que debiera regir la toma de decisiones del Estado mexicano. Este criterio fundamental debió plasmarse en la política criminal de nuestro país desde hace tiempo. Creo que, por el momento, su aplicación es escasa. Pero algo todavía más grave es que últimamente transitamos en sentido contrario. Nuestra legislación penal muestra un marcado retraso en lo que a este punto se refiere: creación de nuevos tipos penales, aumento en la punibilidad, restricción de garantías en materia procesal y retribución —que no prevención— son algunas características que distinguen a nuestros códigos penales y procesales.² Que esto no es un mero discurso lo muestra, nada más pero nada menos, el código penal que rige a la ciudad más grande del territorio

² Léanse, sobre esto, las destacadas observaciones de Sergio García Ramírez: “Hoy, como hace tiempo, entran en conflicto las tendencias liberales y democráticas y las corrientes autoritarias. Ese choque se muestra en los órdenes sustantivo y procesal. En este último se plantea, creciente, un conflicto entre el proceso penal garantista y un enjuiciamiento que prescinde de libertades y garantías en aras —se dice— de la seguridad pública y del control del delito”: “Principios del proceso penal: legalidad y oportunidad”, en Ontiveros Alonso, Miguel y Peláez Ferrusca, Mercedes (coords.), *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro en homenaje a Claus Roxin*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, t. I, p. 541.

rio nacional y del cual se dice que es algo así como el código más moderno de Latinoamérica: el nuevo Código Penal del Distrito Federal.

Me explico, y para tales efectos utilizo el segundo de los principios rectores de un derecho penal democrático (el principio de proporcionalidad), al cual hice referencia al principio de este ensayo. Nuestra Constitución y nuestros códigos penales están llenos de contradicciones. Por un lado, la carta magna exige el respeto a la dignidad humana en el artículo 10., mientras que en el 22 contempla la imposición de la pena de muerte, pero eso sí, en el 18 exige que al interno se le readapte.

Después vienen los códigos penales. Algunos, se dice, son muy modernos porque ya contemplan la manipulación genética, cuando en el artículo anterior sancionan la vagancia y malvivencia. Otros, se afirma, son garantistas, modernos y hasta con figuras finalistas y/o funcionalistas, pero imponen hasta setenta años de prisión en algunos delitos (el secuestro con resultado de muerte, por ejemplo).

Acerca de uno de los más recientes, el del Distrito Federal, se dice que es actual y se le compara con el Código Penal alemán, pero eso sí, semanas después de haber visto la luz sufre sus primeras reformas “con el fin de actualizarlo”. Todo esto es una verdadera contradicción, fundamentada —claro está— en el desconocimiento del legislador acerca de los principios rectores de un derecho penal democrático.

Quien quiera confirmar o refutar estas afirmaciones puede efectuar un ejercicio muy rápido y leer el artículo 29 del Código Penal del Distrito Federal. Incluso bastaría, ya a escala federal, con reflexionar en torno a la reciente iniciativa de reforma penal presentada por el titular del Ejecutivo. El Código señalado y la iniciativa de reforma tienen algo en común: una visión muy técnica del derecho penal, ausencia de racionalidad y, por si fuera poco, escasez de conocimiento.

Y esto es así porque la ciencia penal mexicana, siguiendo los pasos de nuestra tradición jurídica europea —que no estadounidense—, se ha empeñado en señalar cuáles debieran ser las directrices de un derecho penal moderno, entendido en su calidad de *ultima ratio*, al tenor del principio de subsidiariedad. Por otro lado, existe basta literatura jurídica en México como para generar una legislación penal vanguardista. Pero esto es mucho pedir al Estado mexicano, desinteresado por la ciencia y cuyo propósito fundamental es ganar, cada vez más, cuotas de poder. Y esto, a pesar de tener un sistema penal injusto.

Señalé hace unos momentos que el artículo 29 del Código Penal del Distrito Federal es una horrible muestra de la visión pragmática del legislador, en este caso, del capitalino. Esto es así porque —incluso mediante mentiras y falsedades dignas de un niño— señala en la exposición de motivos que en el marco de las causas de justificación se ha plasmado el criterio rector de éstas, la racionalidad, así como en el marco del estado de necesidad se fortalece la validez jurídica de la ponderación de intereses. Esta afirmación es evidentemente falsa, o sea una mentira, pues al revisar el artículo 29 se observa exactamente lo contrario: se eliminó la racionalidad en la legítima defensa y, lo que es peor, lo mismo se hizo con la ponderación de intereses en el estado de necesidad. En torno a esto no es necesario insistir más.³

De otro lado, la reciente iniciativa de reforma penal presentada por el Ejecutivo me parece plausible. Pero en lo referente a las propuestas que impactarán al Código Penal Federal, no queda sino oponerse. Esto salta a la vista a partir de que el lector se acerca a la exposición de motivos y observa —francamente con sorpresa y desesperación— la definición de derecho penal elaborada por aquellos encargados de redactar la iniciativa: “*El derecho penal es el conjunto de normas penales*”. Así de fácil.

Pero lo más grave está en el articulado. La reforma ya contempla, en calidad de pena, la cadena perpetua. Nada más que, con disimulo, quienes elaboraron la reforma le llaman de otro modo: setenta años de prisión.

Los criterios rectores del nuevo derecho penal internacional, que ha sido creado precisamente para evitar la impunidad, pero también para servir como una especie de “guía” —por supuesto opcional— con la finalidad de que los Estados comprometidos generen un ordenamiento punitivo de corte moderno y garantista, no tiene, en México, influencia alguna. Aquí, transitamos en sentido contrario y nos acercamos, cada vez más, al modelo punitivo que identifica a los Estados totalitarios: *un derecho penal del enemigo*.⁴

³ Una exposición más detallada sobre este problema la he formulado en otro lugar: “*Regreso al pasado mediante el nuevo Código Penal*”, en Moreno Hernández, Moisés y Cárdenas, Rodolfo Félix (coords.), *Comentarios en torno al nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, México, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, México, 2003, pp. 219 y ss.

⁴ Sobre las características de este modelo de derecho penal véase Muñoz Conde, F., “*El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado «derecho penal del enemigo»*”, *La influencia de la ciencia penal alemana...*, cit., nota 2, pp. 117 y ss.

II. LOS TIPOS DE JUSTIFICACIÓN Y “LA INFLUENCIA INTERNACIONAL QUE *NO* QUEREMOS”

En la parte tercera del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se establecen los principios generales de derecho penal, y en su artículo 31 las denominadas “circunstancias eximentes de responsabilidad penal”. En el inciso *b* de dicho artículo se contempla la causa de justificación denominada legítima defensa, tal y como se señala a continuación:

B) Actuar razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado.

Una lectura cuidadosa del texto aquí reproducido genera un par de dudas que merecen algunas reflexiones: la reacción defensiva desplegada por el agredido, ¿debe ser racional tal y como se sostiene primero, o proporcional como se dice después? Y esto es importante, pues me parece correcto que la reacción defensiva encuentre su fundamento en la agresión que se sufre en contra de un bien que fuese esencial para la supervivencia. Pero sostener que también se puede reaccionar en legítima defensa cuando otro bien fuese esencial para realizar una misión militar me parece contradictorio: de un lado se restringe la defensa legítima a bienes indispensables para sobrevivir, y después se abren las puertas a reacciones de cualquier tipo cuando se contempla la defensa de la misión militar.

Y aquí empiezan los problemas. Éstos, me parece, se desprenden de una redacción típica que no es plausible. No lo es porque confunde dos elementos de diferente naturaleza y que atienden a dos causas de justificación con diverso fundamento científico. Por un lado, se contempla el requisito de la racionalidad que, todo sea dicho, es correcto en el marco de la defensa necesaria. Pero después se contradice lo dicho y se introduce el elemento “proporcionalidad”, que está muy lejos de pertenecer a esta causa de justificación.

No debiera olvidarse que el estado de necesidad tiene un fundamento único, consistente en la necesidad de protección de un bien jurídico. Esa necesidad no surge con base en una agresión ilegítima, lo que sí sucede en la defensa necesaria. De ahí que el agente autoprotector únicamente pueda reaccionar de forma restringida, es decir, con base en el principio de ponderación de intereses. Esto no sucede en la legítima defensa, pues debido a que el agresor se enfrenta al derecho, poniendo en peligro un bien jurídico, es que el defensor tiene facultades más amplias en el marco de su despliegue defensivo. Estas facultades las concede el principio de racionalidad en su respuesta defensiva (por supuesto, más amplio que el de ponderación de intereses). Esta circunstancia muestra que la defensa necesaria tiene, a diferencia del estado de necesidad, un fundamento dual: la autoprotección particular (fundamento individual) y el predominio del orden jurídico (fundamento supraindividual).⁵

Con un poco de atención que se ponga en el asunto podrá observarse que quienes participaron en la elaboración del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, específicamente en el marco de los principios generales de derecho penal, han incurrido en la misma contradicción —aunque todo sea dicho, menos grave— que el legislador del Distrito Federal y los creadores de la reforma penal recientemente presentada en nuestro país: debido a que se desconoce el fundamento científico de las causas de justificación, se tiene la creencia de que proporcionalidad y racionalidad son lo mismo en materia penal. De otro lado, se pretenden restringir, en la primera parte del artículo reproducido, los alcances lesivos de la reacción defensiva, pero después se le brindan pautas amplias al defensor para “hacer cualquier cosa” con tal de alcanzar el objetivo militar propuesto. Esto es algo que no se debería permitir. Pero el Estatuto, incluso, lo justifica.

⁵ Sobre el doble fundamento de la legítima defensa véase Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2a. ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña et al., Madrid, Civitas, 1997, p. 608.

temple un Código Penal para ejercer la defensa necesaria, mayor grado no sólo de democracia sino también de efectividad por parte de las autoridades para prevenir el delito.

Es cierto que nuestra legislación penal requiere una buena reforma en el ámbito de las causas de justificación. Pero también el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Y mientras esto sucede, lo referente a las causas de exclusión del delito contempladas en este último ordenamiento es una influencia “que *no* queremos”. En suma: hay que debatir, ahora más que nunca, la parte general de ese derecho penal internacional.

III. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PENAL EUROPEO Y LA UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA: “LA INFLUENCIA QUE SÍ QUEREMOS”

1. *Hacia la unificación de la legislación penal en México*

Mientras que en la Unión Europea se debate acerca de crear un solo Código Penal para la Unión,⁶ en México tenemos tantos códigos penales como estados de la República —además del Código Penal Federal—. Mientras que en Alemania o España todo el debate académico y científico, así como las decisiones de los tribunales, encuentran su génesis en un solo código penal y de procedimientos penales, en México discutimos en materia penal dependiendo de las coordenadas geográficas en las que nos ubiquemos: nuestra legislación penal es antigua, ocasionalmente retrógrada y, en muchos casos, decepcionante.⁷

El problema de la diversidad de códigos penales y procesales incumbe directamente a todos los abogados, pero también a nuestros jueces y magistrados, pasando por los agentes de la policía y, por supuesto, a nuestros fiscales. Cada uno de estos actores del área penal tiene una forma-

⁶ Sobre el proceso de unificación del derecho penal europeo véase el análisis y desarrollo efectuado por Vogel, Hans Joachim, “Por un Código Penal europeo”, trad. de Miguel Ontiveros Alonso, *Iter Criminis*, núm. 9, 2004, pp. 313 y ss.

⁷ Con palabras de Gerardo Laveaga: “En algunos estados hay delitos que no existen en otros; aquí se persiguen de oficio y allá por querella; en una ciudad se castiga una conducta con diez años y en otra con tres, y los términos para la apelación, el arraigo o la reposición cambian de un lado a otro...”: “Unifiquemos nuestros códigos penales”, *La influencia de la ciencia penal alemana...*, cit., nota 2, p. 342.

ción académica y profesional diferente, dependiendo del estado de la República donde estudiaron y una concepción muy singular del derecho penal. Éste es un problema muy grave, pues, por ejemplo, el fiscal formado en Guanajuato no conoce el Código Penal de Tamaulipas, y el juez estudiado en Guerrero desconoce las penas y procedimientos aplicables en Durango.

Es cierto que existe una importante semejanza en los ordenamientos jurídico-penales de los diversos estados, pero las diferencias en la parte general y especial de los códigos, así como en los procedimientos, son también marcadas. En todo caso, si existen aquellas semejanzas, éstas podrían ser armonizadas en un sólo sentido y dirección hasta generar un solo ordenamiento punitivo.

Que esto es posible lo demuestra el hecho de que países pertenecientes a nuestra tradición jurídica —España, por ejemplo— se rigen por un solo ordenamiento penal y procesal, con todo y las diferencias culturales y hasta lingüísticas entre las comunidades de Madrid, Cataluña y el País Vasco. ¿Sería muy complicado instaurar este modelo en nuestro país? La respuesta está en Wittgenstein: “Lo que es pensable, es también posible”.⁸

2. Formación unificada con un código unificado

El fiscal, el juez, el penalista que todos queremos, debe tener los mismos conocimientos, independientemente del punto geográfico donde se haya formado y ejerza su destacada función. Eso requiere que la génesis de la procuración e impartición de justicia —la ley— sea la misma en cualquier punto de nuestro país. De ser así —por ejemplo—, todas las procuradurías de justicia podrían generar un mismo modelo de formación, con las mismas líneas directrices y criterios, para que los fiscales egresados de sus centros de capacitación posean una formación unificada y no se tengan que enfrentar a los graves problemas que hoy representa ejercer en un estado o en otro.

Pero la formación unificada con un código unificado tiene alcances en todos los ámbitos, no sólo en el de procuración sino también en el de impartición de justicia. También los jueces y magistrados se formarían bajo un solo ordenamiento; conocerían los criterios de los tribunales de todo

⁸ Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logico-Philosophicus*, trad. e introducción de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

el país —sin necesidad de ir a estudiar aquí o allá— y el debate académico, científico y la generación de ideas dejaría de ser local para pasar a ser nacional.

Cierto es que un proceso de unificación legislativa en México sería bastante complejo, pues la política —no la criminal sino la partidista— es uno de los obstáculos más grandes para la evolución del derecho. Además, hoy en día no se vive, precisamente, en un ambiente de cordialidad democrática en nuestro país. No obstante, la concepción partidista de lo que debe ser un Estado de derecho está muy distante de la académica. O sea: que esto debe ser una cuestión científica, en el ánimo de alcanzar un derecho penal de corte humanista en nuestro país, y para eso no se necesita pertenecer a partido político alguno. Se requiere actitud.

La delincuencia —dice Joachim Vogel⁹ se ha globalizado. La prevención del delito debe ser, también, globalizada. Debemos reconocer que el inicio de este camino está en la unificación de la legislación penal mexicana, y con ésta, la influencia del derecho penal internacional, es decir, *la influencia —afortunadamente europea— que sí queremos*.

⁹ “Por un Código Penal europeo”, *op. cit.*, nota 6, pp. 313 y ss.