

LA EXPANSIÓN PENAL COMO POLÍTICA CRIMINAL DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Rubén Martín OLVERA Y AGUILAR*

“A un Estado se le puede pedir: muéstrame tus
leyes penales, porque te quiero conocer a fondo”

Sebastián SOLER

SUMARIO: I. *Consideraciones previas.* II. *El tipo penal como límite a la actuación arbitraria en el Estado social de derecho.* III. *Política criminal y principios político-criminales limitadores de la intervención punitiva del Estado.* IV. *La expansión punitiva, una constante en la evolución del Código Penal para el Distrito Federal.* V. *Ejemplos normativos de violación a los principios de lesividad del bien jurídico y proporcionalidad de la pena.* VI. *Otro ejemplo de expansión penal y de violación a los principios político-criminales de legalidad, reserva de ley y taxatividad.* VII. *A manera de conclusión.*

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Distinguidos integrantes del presidium, compañeras y compañeros universitarios, por favor, permítanme ustedes iniciar las reflexiones que el día de hoy habré de compartirles en el marco de estas XIII Jornadas sobre Justicia Penal, parafraseando a Hegel, quien fue el primero en formular (en su obra *La fenomenología del Espíritu*) la popular y conocida frase: “Dios ha muerto”, frase que cobró vital importancia en la obra de Nietzsche, pues la idea que intentó expresar el filósofo alemán con esa frase no es aquella de que Dios, como realidad óntica, hubiera dejado de existir, pues eso sería un evidente

* Especialista en Derecho Penal, maestro en Ciencias Penales y doctor en Política Criminal por el Inacipe; actualmente es fiscal de averiguaciones previas desconcentradas de la PGJDF.

contrasentido; lo que en realidad se quiso significar con esa frase es que el concepto de Dios, como sustentador del orden ontológico y ético del mundo se había desmoronado. De manera que en mi paráfrasis de esta tarde, yo sostengo que el “derecho penal liberal ha muerto” y, matizando, diría que si no está muerto, pareciera estar irremediablemente condenado a muerte.

A fin de probar, o al menos intentar demostrar los fundamentos de mi atrevido aserto y al mismo tiempo entrar en materia (ya que la invitación que amablemente me fue formulada es para realizar algunos trazos sobre el impacto que a diez años de su promulgación y posterior entrada en vigor ha tenido el Código Penal del Distrito Federal en la Procuración de Justicia), empezaré por señalar que parto de la hipótesis de que la política criminal legislativa seguida durante estos años de vigencia del Código Penal para el Distrito Federal, ha tenido como eje rector una tendencia de expansión punitiva, en términos cualitativos y cuantitativos, poniendo en entredicho la función que le corresponde en un Estado social y democrático de derecho. Esta situación, desde luego, provoca una maximización de la función persecutoria del delito, que incumbe al Ministerio Público.

Por ello, a continuación ocuparé los minutos de mi intervención haciendo un repaso, en la forma más breve posible, de los principios y fundamentos que dieron origen al derecho penal liberal (entendido como potestad punitiva del Estado, pero sujeta a ciertos límites, que fueron traducidos en garantías del gobernado); para luego ocuparme de evidenciar ante ustedes, a través del análisis concreto de algunos delitos y de las reformas introducidas a los mismos, cómo la legislación penal del Distrito Federal ha venido mostrando un sensible alejamiento de los principios político-criminales de legalidad y reserva de ley, de bien jurídico y lesividad, de subsidiariedad y fragmentariedad, así como de utilidad y merecimiento de pena, que son propios de un derecho penal liberal y que se erigen en el bastión de legitimidad del Estado social y democrático de derecho que proclama nuestra Constitución, básicamente en sus artículos 14, 16 y 22.

II. EL TIPO PENAL COMO LÍMITE A LA ACTUACIÓN ARBITRARIA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Ante el inmenso poder del Estado para intervenir en la vida de los gobernados, so pretexto de buscar la pacificación de conflictos sociales, el tipo penal se constituye en un límite significativamente útil para moderar y limitar las imposiciones de ese omnímodo poder del Estado que es el *ius puniendi*, considerando que la tipicidad realiza una función prejurídica de suma importancia, pues constituye la garantía jurídico-política y social de la propia libertad.

Además, se trata de una garantía fundamental establecida claramente en el artículo 16 de nuestra carta magna, precepto que señala: “nadie puede ser molestado en su persona, familia, papeles o posesiones, sino en virtud de mandato escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”, y correlativamente con ese principio de legalidad que recoge la tipicidad penal, el artículo 14 de la propia Constitución federal agrega: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.¹

Del contenido de estos dos artículos se desprende todo un sistema de política criminal que permite garantizar la libertad y seguridad individuales; allí se establecen los principios y se imponen los diques que han de servir de defensa al individuo contra los ímpetus de la autoridad, para no dejar al individuo a merced del juzgador.

En estas condiciones, la tipicidad protege la seguridad jurídica de los gobernados, entendiendo que dicha seguridad se refiere al “conjunto de condiciones que atañen a la esencia misma del derecho, y por medio de las cuales los integrantes de un grupo social determinado conocen los carriles en que deben encausar sus conductas y las consecuencias que el apartamiento de ellos puede acarrearles”.² Ya Radbruch³ había dicho que la seguridad jurídica es uno de los elementos de la idea del derecho, junto con la justicia y la adecuación a un fin.

El principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*, conquista liberal que adquirió carta de naturaleza jurídica con la Revolución francesa, encuentra su necesaria concreción en la doctrina de la tipicidad donde impera el principio *nulla poena sine lege*. El principio citado no pasa de ser un mero enunciado, que solo a través de la tipicidad se hace realidad tangible. Los códigos penales, con su catálogo de tipos, desarrollan, actualizan y concretan el apotegma tantas veces citado, garantizado así el postulado democrático en virtud del cual es lícito todo comportamiento humano que no esté legalmente prohibido.⁴

Así pues, dice acertadamente Folchi que la tipicidad es

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, última reforma D.O.F. 29-07-2010.

² Reyes, Alfonso, *Tipicidad penal*, S.N.E. Colombia, Temis, 1997, p. 27.

³ Radbruch, Gustavo, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, FCE, 1951, p. 40.

⁴ Cfr. Reyes, Alfonso, *op. cit.*, p. 38.

...una función por la cual se adecuan los hechos de la vida real a los preceptos penales, teniendo estos últimos los caracteres impostergables de taxatividad en su formulación, proporcionalidad en la relación daño-castigo y rigidez en cuanto a la apreciación judicial, no permitiéndose el libre arbitrio del intérprete, fácil resulta colegir que por intermedio de aquella se practican los fines de seguridad jurídica que toda colectividad requiere de manera impostergable.⁵

Autores más cercanos a nuestro tiempo, como Hassemer, afirman que la función de garantía del tipo cumple una misión específica al caracterizar el relieve de la protección penal; en otras palabras, “la tipicidad tiene una función seleccionadora de los comportamientos prohibidos”.⁶

Una forma sintética de explicar la función garantizadora que el tipo penal supone, se traduce en materializar el principio de legalidad dando cumplimiento a la garantía de taxatividad en la conformación de los tipos penales, exigencia que por cierto claramente es desatendida por nuestra legislación punitiva del Distrito Federal, según habrá de verse adelante, cuando analicemos el ejemplo de los delitos ambientales.

Sin embargo, la versión iluminista del principio de legalidad carece de capacidad para evitar los excesos legislativos relativos a la “superproducción” de nuevos tipos y leyes penales, así como al aumento de penas de los delitos considerados tradicionales, puesto que el límite al ejercicio de la actividad legislativa es la propia voluntad de quien crea la ley, y en este sentido, si lo legítimo está determinado por la legalidad (positivizada) y el legislador es, a fin de cuentas, voluntarismo idealista, nada entonces nos garantiza que en el trabajo del legislador secundario esté presente lo atinente a los criterios que limitan *a priori* el derecho penal, a través de rectos postulados, respetuosos de la dignidad y la naturaleza humanas, de tal forma que verdaderamente el tipo penal se constituya en un límite al poder (frecuentemente arbitrario) del Estado.⁷

El legislador, al seleccionar las conductas humanas que reciben protección del derecho penal, debe limitarse al mínimo indispensable para garantizar los derechos de los ciudadanos sobre la base del principio general: “...las libertades de los ciudadanos terminan allí donde se afecta la libertad de todos los demás ciudadanos...”,⁸ por lo que la potes-

⁵ Folchi, Mario, *La importancia de la tipicidad en derecho penal*, Argentina, Roque Depalma, 1960, p. 178.

⁶ Cfr. Hassemer, Winfried, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, trad. de Elena Larrauri, Alemania, Revista Penal y Estado, 1991, p. 265.

⁷ Cfr. Quintero Olivares, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, Marcial Pons, p. 313.

⁸ *Ibidem*, p. 315.

tad punitiva del Estado queda limitada a proteger solo a aquellos bienes jurídicos que teniendo relevancia constitucional afectan a las libertades de los demás, y los que no alcancen esa connotación, deben ser considerados como intrascendentes para dichas libertades.

En este orden de ideas, cabe preguntarse si a poco más de diez años de su entrada en vigor, el Código Penal para el Distrito Federal (CPDF) en sus múltiples reformas ha sido consecuente con los límites de un derecho penal justo, que pese aquello que por naturaleza deba ser penado, deslegitimando aquella intervención estatal que por necesidades político-criminales, configure un arbitrario ejercicio del *ius puniendi*. La respuesta a esta interrogante aparecerá implícita en el desarrollo de esta exposición.

III. POLÍTICA CRIMINAL Y PRINCIPIOS POLÍTICO-CRIMINALES LIMITADORES DE LA INTERVENCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO

Nos parece oportuno abordar estas reflexiones a partir de la definición propuesta por Jescheck sobre política criminal, la cual es englobante y desde nuestro punto de vista muy completa, al afirmar que como disciplina:

...se ocupa de cómo deba conformarse el Derecho penal para cumplir mejor su misión de proteger a la Sociedad. La Política criminal conecta con las causas del delito, se ocupa de cómo hayan de recogerse correctamente los elementos de los tipos penales para responder a la realidad de aquel, intenta determinar los efectos de las sanciones empleadas en el Derecho penal, considera hasta qué límite puede extender el legislador el Derecho penal para no restringir la esfera de libertad del ciudadano más allá de lo absolutamente indispensable, y examina si el Derecho penal material se encuentra configurado de manera que pueda realizarse en el proceso penal. Aunque la Política criminal sea también, como toda ciencia, libre en su investigación, y se halle sometida tan sólo a la verdad, hay que contar con ciertos límites para el logro de las metas legislativas que propone. No todo lo que parece conveniente es asimismo justo. Como criterios de la Justicia en la Política Criminal destacan sobre todo el principio de culpabilidad, el principio del Estado de Derecho, y el principio de humanidad.⁹

Afirma después que para asegurar la vigencia del Estado de derecho, deben limitarse las intervenciones del aparato sancionador a las que sean

⁹ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Comares, p. 18.

estrictamente necesarias, y particularmente con respeto al principio de proporcionalidad.

Hablemos ahora de las limitaciones al poder punitivo del Estado, a través de los principios de política criminal que abordan en sus monografías y tratados de derecho penal la gran mayoría de autores y que generalmente tienen una base constitucional, conformando así un sistema penal garantista¹⁰ que otorga seguridad jurídica a cada uno de los miembros de la sociedad. En apretada síntesis podemos enumerar los siguientes:

A) *Principio de necesidad* y utilidad de la intervención penal. La concepción moderna de Estado juega un rol intervencionista, ya que debe crear y asegurar las condiciones de una existencia que satisfaga las necesidades vitales del individuo, salvaguardando totalmente su libertad para conformar su propia vida. Para la consecución de tal fin debe proteger los bienes jurídicos que hagan eso posible y, al mismo tiempo, asegurar el cumplimiento de las prestaciones públicas necesarias mediante la creación de normas o conminaciones penales y buscando incidir en la generalidad de los individuos. Con ello cumple una clara función preventiva general, que sin embargo no es única.

B) *Principio de intervención mínima o ultima ratio*. También conocido como de *extrema ratio*, este principio reviste una gran importancia, debido a que el Estado, al ejercer su potestad punitiva, puede lesionar gravemente bienes jurídicos fundamentales de la persona a la que se le aplica la pena, de ahí la importancia de recurrir en última instancia “al ámbito de regulación penal”,¹¹ pues como sabemos el derecho penal es la expresión más gravosa con la que cuenta el Estado. En la actualidad este principio es constantemente violado, pues el derecho penal aparece como la solución por excelencia a la que recurren los políticos de todos los signos partidarios, y por ende el mecanismo de expansión penal (aumento de penalidades e incorporación de nuevos ámbitos de protección) es la medida legislativa más frecuentemente implementada en contra de la criminalidad, como ha ocurrido en el caso del Distrito Federal, según habrá de ilustrarse más adelante.

La tensión habida entre Estado democrático (que aspira a la reducción paulatina de la intervención punitiva) y Estado social (que sugiere la intervención penal ante las nuevas realidades dañinas para la convivencia), no debería implicar contradicción alguna, dado que la admisión de un Estado social, que interviene procurando el bienestar de los ciudadanos, no obliga a postular como deseable un intervencionismo penal que restrinja la libertad del ciudadano más allá de lo imprescindible para su propia protección.

¹⁰ Cfr. Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ariel, 1984, p. 65.

¹¹ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, 6a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 100.

Más allá de nuestra actividad profesional, como operadores del sistema penal, nosotros somos de la idea que debemos operar en todo momento con la lógica de la descriminalización, o al menos con una lógica reticente a la maximización penal ante las continuas iniciativas que demandan nuevas intervenciones punitivas en la búsqueda de proteger bienes jurídicos de reciente cuño; sin embargo, tenemos claro que se trata, en definitiva, de garantizar la legitimidad y eficacia de la intervención punitiva. O lo que es lo mismo, que esta se lleve a cabo cuando sea absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos.¹²

El principio de intervención mínima no solo contribuye a limitar al *ius puniendi*, sino que, además, sitúa al derecho penal en el lugar que le corresponde dentro de todo el andamiaje jurídico con que cuenta el Estado; esto es, la última instancia a la que se puede acudir para la solución de los conflictos entre los ciudadanos.¹³ Así pues, hay dos perspectivas del principio de intervención mínima que se corresponden con los dos principios en que se subdivide: el de fragmentariedad y el de subsidiariedad. Uno configurado a partir del principio de protección, y el otro inspirado —en palabras de Polaino Navarrete— “en la significación del principio de oportunidad que configura el Derecho penal como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico”.¹⁴

a) *Carácter fragmentario del derecho penal*. Las continuas modificaciones habidas en la justicia criminal en cada momento histórico nos impiden hablar de un *carácter absoluto* del derecho penal; o lo que es lo mismo, de que su acción protectora se amplíe a todos los ámbitos de la vida social donde se quebrante el ordenamiento. En realidad, dentro de todo el elenco que suponen las acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos, el derecho penal solo se ocupa de una parte, de unos fragmentos, si bien esos fragmentos verdaderamente deben ser los de mayor importancia para la vida en libertad de las personas.¹⁵

El ordenamiento jurídico penal debe limitarse a castigar los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes para la sociedad, seleccionando rigurosamente las conductas que deben ser prohibidas y tipificadas, por lo que ello significa restricción de libertad.¹⁶ Esta es la caracterís-

¹² Martos Núñez, J. A., “El principio de intervención mínima”, *ADPCP*, núm. 40, enero-abril de 1987, p. 101.

¹³ Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 103 y ss.

¹⁴ Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Temis, 1975, p. 89.

¹⁵ Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch Alternativa, 1996, p. 197.

¹⁶ *Ibidem*.

tica propia de un Estado de derecho respetuoso de la libertad del ciudadano y uno de los fundamentos político-criminales más importantes de un Estado social y democrático, cuyo olvido genera una perniciosa inflación punitiva que degrada la verdadera función de la pena.

Por otro lado, este principio encuentra su esencia en que el Estado solo puede reaccionar en contra de aquellas conductas consideradas como delitos y no por simple analogía o mayoría de razón. Al respecto, encontramos su fundamento constitucional en el artículo 14 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, el cual prohíbe 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 trate.

b) *Naturaleza subsidiaria y de ultima ratio del derecho penal*. De igual modo, el derecho penal, como parte del ordenamiento jurídico, con una relación de interdependencia con las otras ramas jurídicas, y en base a la gravosidad de sus consecuencias, debe utilizarse solo cuando la tutela buscada no se alcance de modo suficiente con la utilización de medidas organizativas, también jurídicas pero no represivas, tales como las laborales, las civiles, las administrativas o las tributarias.¹⁷ Como ya lo afirmaba Binding (en cuya teoría de las normas se sitúa el origen de este principio), sería completamente desproporcionado e inadecuado para promover una protección eficaz comenzar con el derecho penal. En definitiva y de acuerdo con lo señalado por García Pablos,¹⁸ el derecho penal es la *ultima ratio*, no la solución al problema criminal. La intervención punitiva debe ser, por tanto, el último de los recursos utilizados por el Estado en su función protectora de bienes, de tal modo que cuando sea verdaderamente indispensable acudir a ella, se haga de la forma menos gravosa posible para los derechos individuales afectados por ella.¹⁹

Consideramos que la subsidiariedad debe jugar también un papel preponderante en la dosimetría de las penas, para que el legislador prevea no imponer las más graves, si es suficiente con otras más leves.²⁰ Es este un principio que conecta directamente con la propia justificación en su dramática necesidad²¹ y jamás debería ser menospreciado, anteponiendo razones

¹⁷ García Pablos de Molina, A., “Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal como límite del *Ius Puniendi*”, en varios autores, *Homenaje al Prof. Dr. E. Casas Barquero*, Córdoba, Estudios Penales y Jurídicos, 1996, p. 250.

¹⁸ *Ibidem*, p. 251.

¹⁹ Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general I*, Madrid, Universitas, 1999, p. 97.

²⁰ Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I., *El Proyecto de Código Penal de 1992. Cuestiones de parte general*, Barcelona, Revista del Foro Canario-Las Palmas de Gran Canaria, 1993, p. 63.

²¹ Cfr. Mendoza Buergo, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001, p. 116, quien afirma: “...frente a la situación dibujada por la corriente crítica con la actual

de inseguridad pública, defensa social o necesidades de proteger bienes jurídicos supraindividuales de difícil asidero, como ha sucedido en el caso de algunas reformas introducidas al Código penal que nos ocupa (véase por ejemplo, el caso de los delitos ambientales).

C) *Principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos.* Propone que la potestad punitiva del Estado únicamente debe alcanzar aquellas conductas lesivas que dañen exclusivamente bienes jurídicos, ya que si no hay lesión a dicho bien, por no existir la descripción de la conducta como delito, no se podrá ejercer el *ius puniendi*. Al respecto, la expresión *Nullum crimen sine injuria* expresa el contenido de este principio limitador, pues nos determina que no hay delito sin lesión.

Conforme al espíritu del Estado social y democrático de derecho, la protección penal de los bienes jurídico-penales es solo fragmentaria (carácter fragmentario del derecho penal), puesto que no se castigan todos los ataques que producen una determinada lesión en dichos bienes jurídicos, sino solo las modalidades más peligrosas para los mismos. Así, por ejemplo, la falta de pago de una deuda civil, por muy importante que resulte la afectación al patrimonio de una persona, no debe constituir delito alguno (aunque habrá que tener cuidado con algunas pretensiones expansionistas de legisladores poco escrupulosos de los principios de una política criminal garantista).

D) *Principio de la dignidad de la persona.* La dignidad humana toma especial relevancia para el derecho penal, en la medida que se constituye como un límite a la intervención penal del Estado, pues las decisiones que tome en materia de política criminal para resolver conflictos sociales, siempre debe considerar que al hombre se le debe dar el trato de “persona”, como “un fin en sí mismo”, como un “ser capaz”, como un “ser libre”, al cual le son inherentes una serie de derechos, una serie de libertades, y no como una cosa o instrumento. El Estado, por lo tanto, debe reconocer y respetar esos derechos o criterios que debe tener presentes a la hora de formular los criterios orientadores de la política criminal.

Este principio significa que toda aplicación de una pena debe hacerse respetando la dignidad humana, es decir, “no se debe aplicar una pena sino

evolución merece destacar especialmente los siguientes aspectos: por un lado, el de resaltar los problemas que conlleva la utilización de ciertos instrumentos que diluyen la entidad del injusto y la claridad en su percepción, así como todo lo que suponga flexibilización o difuminación de criterios o categorías claras de atribución de responsabilidad... En este sentido, y salvo alguna posición aislada más extrema, realmente esta corriente crítica no rechaza de plano ni la protección de bienes jurídicos supraindividuales ni la posibilidad de recurrir en algunos casos y con moderación a la tipificación de delitos de peligro abstracto. Se trata más, por tanto, de una crítica a la ampliación excesiva de la criminalización a través de estos instrumentos que de su rechazo frontal”.

es con el cabal respeto a los derechos humanos”.²² En esta tesitura, en la concepción de un Estado democrático de derecho, la dignidad de la persona no se pierde por la simple comisión de un delito, por consiguiente, la reacción el derecho penal debe partir de esta premisa.²³

Así tenemos que Morillas Cuevas, en su obra,²⁴ afirma que el principio de humanidad obliga a que todas las relaciones humanas que el derecho penal tipifica se regulen sobre la base de una vinculación recíproca, de una responsabilidad social hacia el ciudadano que delinque. Actúa, por tanto, sobre la base de una comprensión humanitaria y social de la persona del delincuente, a partir de la cual la potestad punitiva humanitaria deja de entenderse como simple caridad o benevolencia, para manifestarse como lo que realmente es: manifestación del respeto a la persona humana y a la necesidad social del castigo, por encima de cualquier otra consideración científico-teórica.²⁵

Respecto del principio de dignidad de la persona, Luigi Ferrajoli considera que se debe preservar a toda costa no solo la autonomía ética del ser humano (lo cual impide la tutela del Estado sobre el ciudadano), sino la indemnidad personal, con miras a que los medios utilizados por el legislador no atenten contra la dignidad concreta del hombre. Así las cosas, el ejercicio del *ius puniendi* ha de estar sometido a unos controles tales, que está absolutamente prohibido cualquier atentado contra la persona en todos los órdenes. Por ello, están prohibidas las sanciones penales que impliquen tratos crueles, inhumanos y degradantes, la desaparición forzada, los apremios y la tortura. El valor de la persona humana, entonces, se erige en un límite fundamental al poder punitivo gracias al cual se busca impedir que el Estado pisotee al ciudadano, perdiendo su legitimidad y poniéndose al mismo nivel de las delincuencias que busca erradicar.²⁶

Efectivamente, el sentido de la ejecución de la pena, en un Estado social y democrático de derecho, no solo puede basarse en la imposición de un mal al delincuente, pues no puede reducir su función a ser un simple carcelero del delincuente sin importarle cual es su destino. En esta tesitura, la ejecución de la pena debe coincidir con el principio de humanidad, pues

²² Bacigalupo, Enrique, *Estudios de derecho penal y política criminal*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989, pp. 67 y ss.

²³ *Ibidem*, p. 103.

²⁴ Morillas Cuevas, L., *Curso de derecho penal español*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 89.

²⁵ Quintero Olivares, Gonzalo, *A donde va el derecho penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Madrid, Bosch, 2004, p. 87.

²⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 396.

debe responder al deseo de adaptar las penas privativas de libertad a las exigencias actuales de las ciencias criminológica y penal; esto es, a las exigencias de prevención especial positiva o resocializadora.²⁷

En nuestro derecho positivo encuentra su fundamento en el artículo 22 de nuestra Constitución, el cual establece que se prohíben las penas de mutilación, la infamia, las marcas, los azotes, los palos y el tormento de cualquier especie.

E) *Principio de legalidad*. Al referirse a este principio en su *Manual de derecho penal*, Juan Bustos afirma: “para que pueda existir un delito o para que pueda ser impuesta una pena, es indispensable la existencia de la ley penal previa...”.²⁸ Consiste en limitar y establecer con precisión los alcances de la facultad punitiva del Estado, ya que no puede exceder lo que está taxativamente señalado en la ley. Resulta esencial que a través del Poder Legislativo y con base en la voluntad de la sociedad, se describa con exactitud las facultades y límites que tiene el Estado para llevar a cabo la función encomendada por el sentir social, lo que cumple no solo con el principio de legalidad, sino con el de división de poderes cuya conjunción es vital.

Para comprender mejor este principio político-criminal, es necesario referirnos al origen y sentido político. Así podemos decir que el principio de legalidad se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que vino a reflejarse como una de las conquistas centrales de la Revolución francesa (artículo 8o. de la Declaración de Derechos del Hombre del 26 de agosto de 1789).

Ya Beccaria, quien de manera impoluta trasladó el espíritu de la Ilustración al derecho penal, escribía: “...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esa autoridad debe residir en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad”. Los jueces no pueden consiguientemente “aumentar la pena establecida” por las leyes, ni siquiera “bajo pretexto de celo o de bien público”.²⁹

En su sentido actual, Mezger³⁰ afirma que el *principio de legalidad* se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y presupone una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley

²⁷ Cfr. García Arán, Mercedes, *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Barcelona, Ediciones de la Universidad de Barcelona, 1981, p. 189.

²⁸ Cfr. Bustos Ramírez, Juan, *op. cit.*, p. 87.

²⁹ Cfr. Beccaria, César, *De los delitos y de las penas*, México, FCE, 2000, pp. 29 y ss.

³⁰ Cfr. Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, t. I, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 23 y ss.

fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano solo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto (contrato social) en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo que representa al pueblo. Solo de él puede emanar la ley que constituye la expresión de la voluntad popular.

El principio de legalidad no es entonces solo una exigencia de seguridad jurídica que permita la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo. Sin embargo, como veremos al analizar algunos casos específicos de la legislación penal del Distrito Federal, este principio de legalidad está en crisis, la tan citada “crisis del derecho penal actual”.

IV. LA EXPANSIÓN PUNITIVA, UNA CONSTANTE EN LA EVOLUCIÓN DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Hasta ahora el Código Penal para el Distrito Federal constituye la principal herramienta con que cuenta el gobierno de la ciudad de México para afrontar los conflictos sociales derivados de un modelo de delincuencia que según las exposiciones de motivos del Poder Legislativo local, cada vez se presenta con mayor complejidad en el nivel económico, tecnológico y ambiental.

Es preciso abonar a la discusión en torno a la evolución de ese catálogo punitivo, poniendo desde ahora en entredicho las políticas legislativas que se han adoptado en el último decenio en el Distrito Federal, pues dichas políticas se han caracterizado por la creación de tipos penales cuyo objeto de protección es de naturaleza supraindividual y cuyo contenido material es difuso, por recurrir indiscriminadamente a tipos penales de peligro abstracto, y por la tendencia a flexibilizar las reglas de imputación de la responsabilidad penal y las de naturaleza procesal.

Como habrá de verse un poco más adelante (en el ejemplo de algunos delitos ambientales de reciente cuño), la realidad normativa descrita en el párrafo que precede entra en tensión con las garantías penales derivadas de los principios de legalidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, de lesividad, de proporcionalidad, de defensa, y de presunción de inocencia, entre otros, que tradicionalmente se han reconocido como límites al *ius puniendi*.

Por lo pronto, en este apartado ofrecemos un resumen³¹ de los resultados encontrados al contrastar y analizar, mediante un programa de Excel y metodología precisa, el catálogo de delitos del Código Penal para el Distrito Federal en el lapso de los diez años que han transcurrido desde su entrada en vigor en 2002 al mes de octubre de 2012, experimento que arrojó entre otros datos relevantes los de la siguiente tabla:

<i>Estudio comparativo</i>	<i>Código Penal para el DF de 2002</i>	<i>Código Penal para el DF a octubre de 2012</i>
Conductas delictivas	523	644
Delitos graves	219	298
Delitos no graves	336	391
Delitos de oficio	408	613
Delitos de querrella	196	144
Tipos básicos	342	336
Agravantes	95	179
Atenuantes	28	45
Calificativas	2	2
Otras variantes del tipo penal	11	42

La primera conclusión a que puede arribarse es que el Código Penal vigente en el Distrito Federal al mes de octubre de 2012, es notoriamente un Código más “endurecido” en cuanto a que disminuyeron los delitos perseguibles por querrella de parte agraviada y aumentaron exponencialmente los delitos considerados graves con la consecuente amenaza de restricción de la libertad, sin derecho a caución; los intervalos punitivos se elevaron sensiblemente y se amplió el abanico de la respuesta penal para conductas que antes no eran reprochables en esta vía.

Tal como lo reflejan los datos de la tabla, el Código Penal para el Distrito Federal incluía, al momento de su expedición en 2002, un total de 523 conductas delictivas. Durante estos diez años esta cifra creció hasta conformar un total de 644 supuestos penales, lo que representa un aumento del 23.13% respecto del total previsto en el texto original del citado ordenamiento.

Concomitante al aumento de conductas delictivas experimentado en el Código, diversos rubros reflejaron una expansión. Siguiendo el orden

³¹ Los datos de este resumen forman parte de un trabajo de investigación más profundo, en el que se detalla el valor científico de la metodología empleada y forman parte de la investigación doctoral que el autor de esta presentación desarrolló en el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

de la tabla, el rubro de los delitos graves registró un aumento considerable, contabilizándose actualmente un total de 298 ilícitos de esta naturaleza, lo que representa un aumento de 36.07% respecto de los delitos considerados como graves en 2002, que únicamente eran 219. Por otro lado, el rubro de los delitos considerados no graves, de igual manera, registró una expansión significativa, pues de 336 que había a la entrada en vigor del nuevo Código Penal del Distrito Federal aumentaron a 391 hipótesis, a octubre de 2012.

El número de los delitos de procedencia oficiosa, por su parte, contempló una expansión del 50.2% en relación con el número de conductas delictivas perseguibles de oficio en 2002, en tanto que un proceso inverso se fue registrando merced a la actividad del legislativo local, pues en este lapso de tiempo hubo una reducción de las conductas cuya persecución se realiza mediante querrela de parte ofendida o agraviada, de 196 a 144.

El rubro de los tipos básicos, contenidos en el ordenamiento punitivo que hoy nos ocupa, refleja la incorporación de al menos 6 nuevos ámbitos de protección penal (es decir, hay un nuevo grupo de bienes jurídicos tutelados penalmente), mientras que el capítulo de las agravantes penales experimentó su inclusión en 84 supuestos penales que son susceptibles de tener un aumento cuantitativo de punibilidad en relación a la prevista para los tipos básicos. Cabe señalar que en este periodo solo se incluyeron 17 atenuantes.

Otro rubro en el que puede apreciarse claramente el proceso de expansión penal seguido por el Código Penal capitalino durante su vigencia, es el relativo a las calificativas para los delitos de homicidio y lesiones. A la entrada en vigor del nuevo Código solo se preveían cuatro calificativas (premeditación, ventaja, alevosía y traición), en tanto que aumentaron a ocho las calificativas para esos delitos (ventaja, traición, alevosía, retribución, por el medio empleado, saña, estado de alteración voluntaria y odio). Hubo un incremento cuantitativo de la pena, que para el delito de lesiones significó la implementación sistemática de esas nuevas calificativas.

Ahora bien, el impacto cualitativo y cuantitativo que en sus diez años de vigencia ha registrado el Código Penal para el Distrito Federal de 2002 puede ilustrarse a partir de la siguiente tabla:

<i>Impacto</i>	<i>Total</i>	<i>Supuestos modificados</i>	<i>Nuevos supuestos</i>
Cualitativo	183	54	129
<i>Impacto</i>	<i>Total</i>	<i>Agravantes</i>	<i>Atenuantes</i>
Cuantitativo	94	76	18

Los datos antes referidos sugieren un impacto cualitativo que en términos numéricos indica la ampliación de 54 supuestos penales y la introducción de 129 nuevas infracciones penales. Por otra parte, 94 conductas delictivas han sido afectadas cuantitativamente, es decir, en el *quantum* de las penas previstas para ellas, de las cuales 76 registran un aumento y 18 una disminución en la misma.

En lógica inferencia de todo lo anterior, afirmamos que la tendencia que refleja el Código Penal para el Distrito Federal de 2002, al texto vigente hasta nuestros días, apunta hacia una fuerte tendencia expansionista en una proporción al 31.52% respecto del total de las conductas delictivas que comprende.

También es de observarse cómo el Código Penal para el Distrito Federal ha venido experimentando un proceso de maximización penal que por su proximidad a la inocuización penal, pone en entredicho la función preventiva de la pena, así podemos observar los siguientes ejemplos en los que el legislador penal ha dispuesto una penalidad máxima igual o superior al medio siglo de restricción a la libertad personal, situación que evidentemente desnaturaliza cualquier propósito de reinserción social; veamos por ejemplo el caso del artículo 128, que prevé: a “quien cometa homicidio calificado se le impondrá de veinte a cincuenta años de prisión”; en tanto que el artículo 165 señala: “Al que prive de la libertad a otro con el propósito de obtener rescate, algún beneficio económico, causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a cualquiera otra, se le impondrán de cuarenta a sesenta años de prisión...”, y en su último párrafo: “En caso de que el secuestrado sea privado de la vida por su o sus secuestradores, o que fallezca durante el tiempo en que se encuentre privado de su libertad, se impondrán de cincuenta a setenta años de prisión...”.

V. EJEMPLOS NORMATIVOS DE VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LESIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO Y PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

A continuación y de manera ejemplificativa hacemos un ejercicio comparativo que nos permite mostrar de manera clara y contundente cómo derivado del proceso de expansión cuantitativa (refiriéndonos al *quantum* de la pena), propiciado por el Poder Legislativo, que de manera incesante ha venido introduciendo reformas al Código Penal para el Distrito Federal, se ha llegado de manera irracional, y violentando los principios de *ultima ratio*, merecimiento y utilidad de la pena, a conminar determinados comportamientos con penas restrictivas de la libertad, desproporcionadas con respecto al bien jurídico tutelado que se proponen proteger.

Así, obsérvese cómo la descripción típica del artículo 343 bis establece como sanción privativa *de tres a nueve años de prisión*, a “quien dolosamente haga un uso de suelo distinto al permitido...”, pena que se agrava hasta en una tercera parte cuando “la conducta se lleve a cabo en, o afecte cualquiera de los siguientes lugares...”, con lo cual la pena resultante es *de cuatro a doce años de prisión*, infiriéndose que el bien jurídico que se pretende tutelar mediante la amenaza de imponer una sanción de esta gravedad es la calidad del medio ambiente en las áreas protegidas, conservación de los suelos y la biodiversidad de esos lugares; en tanto que para el caso del homicidio en riña, que se encuentra previsto en el artículo 129 del CPDF, cuyo bien jurídico tutelado, sin duda alguna, resulta ser la vida humana, el legislador solo contempló imponer una penalidad *de cuatro a doce años de prisión*, si se trata del provocador y de tres a siete años, si se trata del provocado.

En igual sentido puede reflexionarse al revisar las disposiciones relativas al delito de lesiones, pues el artículo 130 dispone: “... fracción VI. *De tres a ocho años de prisión*, si producen la pérdida de cualquier función orgánica, de un miembro, de un órgano o de una facultad, o causen una enfermedad incurable o una deformidad incorregible; y VII. *De tres a ocho años de prisión*, cuando *pongan en peligro la vida*”. Resultando inverosímil que el legislador penal haya reaccionado con mayor rigor punitivo frente a una eventual amenaza contra el medio ambiente, que frente a la posibilidad de que una persona sufra, por ejemplo, la pérdida de uno o los dos ojos, del sentido del oído o incluso de una mano o una pierna a consecuencia de las lesiones inferidas por otra persona, pues a todas luces nos parece de mayor valía jurídica la integridad corporal y la salud que una abstracta amenaza al medio ambiente.

Similar consideración puede hacerse respecto del delito de tráfico de menores contemplado en el numeral 169, primer párrafo, del CPDF en el que se dispone: “Al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada, lo entregue ilegalmente a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le impondrán *de dos a nueve años de prisión* y de doscientos a quinientos días multa”. En razón de que sigue apareciendo más gravosa la penalidad de los delitos contra el ambiente previstos en los artículos 343 bis y 344 del ordenamiento punitivo en vigor (cuyas penalidades son *de tres a nueve años* para el tipo básico en ambos casos). Es decir, que en la práctica el legislador ha considerado de mayor dañosidad, por ejemplo, la conducta de depositar (“tirar” o “arrojar”) más de un metro cúbico de residuos sólidos de la industria de la construcción (material que comúnmente es conocido como “cascajo”), cuya pena aplicable puede ir *de tres a nueve años de prisión*, siempre que esta con-

ducta se realice en algún lugar no autorizado, que el hecho de traficar con menores de edad a cambio de un beneficio económico, pues en estos casos el intervalo punitivo va *de dos a nueve años de prisión*.

Otro claro ejemplo de expansión penal que ha sido auspiciado por el legislador penal de la capital del país y del cual se colige la violación a los principios de lesividad del bien jurídico y de proporcionalidad de la pena, es el que resulta de comparar el mismo artículo 344, segundo párrafo, del capítulo de delitos contra el ambiente, en relación con el delito de privación de la libertad personal, previsto en el artículo 161 (*que tutela la libertad personal*), ambos del CPDF. Este supuesto de comparación no deja lugar a duda sobre el abandono que el Poder Legislativo de carácter local en su actividad reformadora ha hecho de los principios político-criminales de lesividad y de proporcionalidad de la pena, pues es simplemente irracional pensar que en la jerarquía de valores fundamentales para la vida del hombre, se coloque por encima de la libertad personal la supuesta protección del medio ambiente.

Otro ejemplo de la exacerbación penal, que como expresión de inflación cuantitativa (aumento de penas), ha introducido el legislador penal en el Código de la materia para el Distrito Federal, durante el primer decenio de su vigencia, es el que se observa en la actual conformación del delito de violencia familiar, previsto en el artículo 200 y en cuyo texto se lee:

A quien por acción u omisión, ejerza cualquier tipo de violencia física, psicoemocional, sexual, económica, patrimonial o contra los derechos reproductivos, que ocurra o haya ocurrido dentro o fuera del domicilio o lugar que habite, en contra de: I. El o la cónyuge, el o la ex-cónyuge, la concubina, ex-concubina, el concubinario o ex concubinario; II. El pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin límite de grado, o el pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado; III. El adoptante o adoptado, y (*sic*); IV. El incapaz sobre el que se es tutor o curador; V. La persona con la que se haya constituido sociedad en convivencia; *se le impondrá de uno a seis años de prisión*, pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima...

Es decir, que el legislador capitalino otorgó un mayor valor a la integridad de la familia que a la propia vida humana, puesto que por citar solo un ejemplo: el delito de ayuda o inducción al suicidio, previsto en la primera parte del artículo 142 del CPDF, establece solo una penalidad *de uno a cinco años de prisión* para aquel que: “ayude a otro para que se prive de la vida”; asimismo, en el delito de negación del servicio médico, previsto en el artículo 324 fracción II del CPDF, el Poder Legislativo solo estimó pertinente contemplar la aplicación de una penalidad de uno a cuatro años de prisión

al médico que en ejercicio de su profesión “se niegue a prestar asistencia a un enfermo cuando este corre peligro de muerte...”.

Hechos tan terribles como los que con frecuencia ocurren en la vida diaria de la ciudad de México, pueden ser tipificados en el supuesto a que se refiere el artículo 180 del CPDF bajo el rubro de estupro, y cuya descripción legal se incrimina solo con una penalidad *de uno a cuatro años de prisión* para “quien tenga cópula con persona mayor de doce y menor de dieciocho años, obteniendo su consentimiento por medio de cualquier tipo de engaño”, se le impondrá *de seis meses a cuatro años de prisión*.

Otro bien jurídico de gran valía para los habitantes del Distrito Federal es el relativo a la tranquilidad, seguridad e inviolabilidad del domicilio, que se encuentra tutelado por el delito de allanamiento de morada, previsto y sancionado en el artículo 210 del CPDF, y la reacción punitiva del Estado solo comprende una penalidad *de seis meses a dos años de prisión*, la cual resulta claramente desproporcionada frente a la penalidad prevista para el tipo de violencia familiar en el que se pretende proteger un bien jurídico supra individual, de carácter difuso como en la especie lo es, la integridad familiar.

VI. OTRO EJEMPLO DE EXPANSIÓN PENAL Y DE VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS POLÍTICO-CRIMINALES DE LEGALIDAD, RESERVA DE LEY Y TAXATIVIDAD

El 27 de junio de 2011 se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* un decreto por el que se reformaron y adicionaron diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal (CPDF).³² Entre ellos el artículo 343 bis que se encuentra previsto en el capítulo I, titulado “Delitos contra el ambiente”, del título vigésimo quinto del libro segundo. De acuerdo con las reglas de taxatividad que hemos expuesto en un apartado anterior, todo indica que el bien jurídico protegido en el artículo en cita es el medio ambiente, cuyo texto después de la reforma es el siguiente:

ARTÍCULO 343 bis. Se le impondrán *de tres a nueve años de prisión* y de 1,000 a 5,000 días multa, a quien dolosamente haga un uso distinto al permitido del uso de suelo u obtenga un beneficio económico derivado de éstas conductas.

Las penas previstas en el párrafo anterior *se aumentarán en una tercera parte* (es decir que la pena aplicable para estos supuestos de agravación podría ser

³² De acuerdo con el artículo transitorio primero del decreto, las reformas y adiciones hechas al CPDF entrarían en vigor 30 días naturales después de su publicación en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*.

de cuatro a doce años de prisión), cuando la conducta se lleve a cabo en, o afecte cualquiera de los siguientes lugares:

- I. Un área natural protegida o área de valor ambiental de competencia del Distrito Federal, de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables;
- II. El suelo de conservación en términos de lo establecido en el programa o programas de ordenamiento ecológico del Distrito Federal aplicables, así como lo establecido en el Programa o Programas de Desarrollo Urbano aplicables;
- III. Una barranca; o
- IV. Un área verde en suelo urbano.

Además de la muy desafortunada redacción introducida por el legislador local a este artículo, debido a la falta de una clara antijuridicidad material de la conducta prohibida, en virtud del grado de abstracción del bien jurídico que se pretende tutelar y por la desproporción que hay entre la conducta prohibida por la norma y la elevada consecuencia jurídico-penal aplicable a quien materialice el comportamiento típico, dicha reforma transgrede los principios de reserva de ley y de taxatividad, que forman parte del principio de legalidad en materia penal previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y violenta los principios constitucionales penales de lesividad y proporcionalidad de las penas, previstos en el texto vigente del artículo 22 de la propia Constitución.

A continuación analizaremos las violaciones a los principios político-criminales del derecho penal liberal y por ende a las garantías constitucionales del debido proceso a que hemos aludido *ut supra*, derivadas de la reforma al artículo 343 bis del CPDF.

1. *Se trata de un tipo penal en blanco que viola el principio de reserva de ley*

Comencemos recordando que el artículo 14 de la CPEUM establece: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

Del texto constitucional transcrito se desprende el principio garantista conocido como reserva de ley, que consiste en que solo la ley (formal y materialmente válida) puede ser fuente del derecho penal. Solo el producto de la actividad legislativa, regida por el proceso formal que deriva de los artículos 70, 71, 72 y siguientes de la CPEUM, puede dar lugar a que el Estado, mediante normas generales, abstractas e impersonales, incremine

comportamientos humanos e imponga penas como sanción por la realización de tales conductas.

Con la explicación anterior fácilmente se deduce que el nuevo artículo 343 bis del CPDF es una norma penal en blanco que prevé un reenvío para su integración a una norma legal de jerarquía inferior, violando así el principio de reserva de ley, pues en dicho numeral se establece que: “se le impondrán *de tres a nueve años de prisión* y de 1,000 a 5,000 días multa, a quien *dolosamente haga un uso distinto al permitido del uso de suelo* u obtenga un beneficio económico derivado de éstas conductas” (el énfasis es nuestro y contiene el supuesto núcleo principal de la prohibición), pero no describe cuál o cuáles son los usos de suelo permitidos cuyo uso diferente da lugar a la comisión del delito. Así parecería que los usos de suelo permitidos son los que están previstos en los programas de ordenamiento ecológico del Distrito Federal o en el programa o programas de desarrollo urbano aplicables, porque así se infiere de la redacción del tercer párrafo del artículo en estudio.³³

En otras palabras, el supuesto penal previsto como primera hipótesis comisiva en el artículo 343 bis del CPDF constituye una norma penal en blanco, porque no contiene en su texto todos los elementos de la prohibición penal, y remite a otras normas para lograr la integración típico-normativa. Específicamente para determinar cuál o cuáles son los usos de suelo permitido a los que de forma tan imprecisa se quiso referir el legislador, tendremos que remitirnos a las normas administrativas que regulan esa materia,³⁴ siendo la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal la que se ocupa de los usos de suelo del Distrito Federal,³⁵ pero el artículo 51 de la ley citada, en su

³³ Sin embargo, en ese tercer párrafo se habla de actividades, no de tipos de uso de suelo, lo que genera confusión y ambigüedad, pues el concepto base de la tipificación es “uso de suelo”, no “actividad que se pueda realizar según el tipo de uso de suelo”. De ahí que en nuestra opinión este yerro legislativo atenta contra el principio de taxatividad penal.

³⁴ De acuerdo con el artículo 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso J, de la CPEUM, es facultad exclusiva de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal legislar en materia de uso de suelo. Tal facultad exclusiva se replica de forma exacta en el artículo 42, fracción XIV, del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal; por ende, es en una “ley” creada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en cumplimiento al procedimiento legislativo previsto en los artículos 88, 89, 90 y siguientes de la Ley Orgánica de ese órgano legislativo, donde debe buscarse y darse el reenvío para la integración del tipo de delito contenido en el artículo 343 bis del CPDF.

³⁵ El artículo 51 de la Ley citada establece: “Para la zonificación del territorio del Distrito Federal se considerarán las siguientes zonas y usos del suelo: I. En suelo urbano: Habitacional; Comercial; De Servicios; Industrial; Espacio Abierto; Áreas Verdes, y los demás que se establezcan en el reglamento, II. En suelo de conservación: Turístico; Recreación; Forestal; Piscícola; Equipamiento rural, Agrícola; Pecuaria; Agroindustrial, áreas de valor ambiental, áreas naturales protegidas y los demás que establezca el reglamento, III. En poblados

último párrafo, a su vez, establece que los usos del suelo se clasificarán en el reglamento y se reproducirán a detalle en los programas respectivos (refiriéndose a los programas delegacionales).

De este modo, nos encontramos con que la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal nos dice cuáles son los usos de suelo que se considerarán para la zonificación del Distrito Federal, pero no nos dice cuál es esa zonificación, tampoco aclara cuáles son los usos de suelo permitidos según tal zonificación y menos aún cuáles son las actividades prohibidas o permitidas según el tipo de uso de suelo. Los detalles, alcances y supuestos normativos de aplicación de las hipótesis generales, abstractas e impersonales sobre los tipos de uso de suelo permitidos en el Distrito Federal por el artículo 51 de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal son dejados, según el texto de ese y otros preceptos de la referida ley,³⁶ al reglamento de la Ley, a los programas y a las demás disposiciones administrativas que se dicten para tal efecto.

Luego, los programas delegacionales de desarrollo urbano aun cuando son emitidos mediante decreto de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal no son ley, son normas que si bien corresponden a una materia comprendida dentro de las facultades del congreso local, se ocupan de determinados lugares del territorio de la ciudad (ámbito delegacional) y no de todo el territorio de esta, creando situaciones jurídicas especiales y diferentes según cada zona del Distrito Federal, lo que los convierte en un acto legislativo particular y no general, como es la ley, es decir, no tienen las características de generalidad, abstracción e impersonalidad que debe tener una ley para ser considerada materialmente como tal.

Resulta entonces que no es la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal la norma de reenvío que complementa el tipo penal previsto en el artículo 343 bis del CPDF, por lo que para lograr tal complementación es necesario acudir a normas de jerarquía inferior, como son el reglamento de esa Ley o los programas de desarrollo urbano. Específicamente son los programas de desarrollo urbano delegacionales, las normas que establecen

rurales: Habitacional Rural de Baja Densidad; Habitacional Rural; Habitacional Rural con Comercio y Servicios; Equipamiento Rural, y los demás que establezca el reglamento, IV. Las combinaciones que surjan de los anteriores, las cuales deberán estar clasificadas en los Programas correspondientes. Las características específicas de las diferentes zonas y usos del suelo, se establecerán en el reglamento y Programas correspondientes. Las acciones sobre la zonificación quedarán determinadas en los Programas correspondientes. La zonificación determinará los usos, destinos y reservas de suelo para las diversas zonas, así como la especificación de aquellos usos sujetos a dictamen de impacto urbano. Los usos del suelo se clasificarán en el reglamento y se reproducirán a detalle en los Programas respectivos”.

³⁶ Así lo disponen, entre otros, los artículos 45, 47 y 48 de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal.

la zonificación de las delegaciones políticas del Distrito Federal y los usos de suelo permitidos en cada zona determinada en el programa correspondiente, los que finalmente terminarán complementando el injusto penal que nos ocupa.

El principio de reserva de ley del derecho penal ha sido reconocido de forma expresa por el Poder Judicial de la Federación, como se aprecia en la tesis de jurisprudencia: “NORMAS PENALES. AL ANALIZAR SU CONSTITUCIONALIDAD NO PROCEDE REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN CONFORME O INTEGRADORA”.³⁷

El supuesto típico que venimos analizando también es violatorio de garantías constitucionales porque parte de la descripción de sus elementos de prohibición se remiten a otras normas no penales y de jerarquía inferior, a fin de cerrar la materia de la incriminación primaria. Sin embargo, las normas penales en blanco para ser constitucionales deben contener el núcleo esencial de la prohibición y hacer un reenvío a normas de su misma jerarquía para lograr la integración de los elementos accidentales no previstos en el tipo penal básico, como lo ha sostenido la Corte en tesis de jurisprudencia: “NORMAS PENALES EN BLANCO. SON INCONSTITUCIONALES CUANDO REMITEN A OTRAS QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE LEYES EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL”.³⁸

2. *Se trata de un tipo penal que viola el principio de taxatividad*

El supuesto normativo contenido en la primera parte del reformado artículo 343 bis del CPDF, que establece que se le impondrán *de tres a nueve años*

³⁷ “Acción de inconstitucionalidad 157/2007. Procurador General de la República. 20 de octubre de 2008. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, José de Jesús Gudiño Pelayo y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretarios: Makawi Staines Díaz, Fabiana Estrada Tena y Marat Paredes Montiel. El Tribunal Pleno, el veintiséis de marzo en curso, aprobó, con el número 33/2009, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de marzo de dos mil nueve”.

³⁸ “Amparo en revisión 703/2004. 26 de enero de 2005. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez. Amparo en revisión 333/2007. 20 de junio de 2007. Cinco votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Arnoldo Castellanos Morfín. Amparo en revisión 361/2007. 20 de junio de 2007. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz. Amparo en revisión 391/2007. 27 de junio de 2007. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz. Amparo en revisión 999/2007. 21 de noviembre de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente y Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas; en su ausencia hizo suyo el asunto Juan N. Silva Meza. Secretaria: Mariana Mureddu Gilabert. Tesis de jurisprudencia 10/2008. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de treinta de enero de dos mil ocho”.

de prisión y de 1,000 a 5,000 días multa, “a quien dolosamente haga un uso distinto al permitido del uso de suelo...”, también constituye una violación al principio de taxatividad penal, como observaremos a continuación.

El principio de taxatividad emana del contenido del tercer párrafo del artículo 14 de la CPEUM, que obliga al legislador penal a crear normas penales claras y entendibles, en las que la conducta prohibida, el bien jurídico protegido y la sanción por la realización del injusto estén redactadas de forma inequívoca. Este principio garantista tiene como principales finalidades dar certeza jurídica al gobernado sobre cuáles son las conductas que el Estado reprime como delitos y evitar la arbitrariedad del juzgador al momento de la aplicación concreta de la norma penal sustantiva.

La garantía de taxatividad está acogida por la jurisprudencia mexicana, como se demuestra con los criterios que a continuación se transcriben:

- NORMAS PENALES. AL ANALIZAR SU CONSTITUCIONALIDAD NO PROCEDE REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN CONFORME O INTEGRADORA.³⁹
- TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL, ES APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS.⁴⁰
- PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LA TIPICIDAD CONSTITUYE SU BASE FUNDAMENTAL Y RIGE, CON LOS PRINCIPIOS DE TAXATIVIDAD Y DE PLENITUD HERMÉTICA DERIVADOS DE AQUÉL, COMO PILAR DE UN SISTEMA DE DERECHO PENAL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.⁴¹
- EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. LA GARANTÍA, CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TAMBIÉN OBLIGA AL LEGISLADOR.⁴²

³⁹ “Acción de inconstitucionalidad 157/2007. Procurador General de la República. 20 de octubre de 2008. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, José de Jesús Gudiño Pelayo y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretarios: Makawi Staines Díaz, Fabiana Estrada Tena y Marat Paredes Montiel. El Tribunal Pleno, el veintiséis de marzo en curso, aprobó, con el número 33/2009, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de marzo de dos mil nueve”.

⁴⁰ “Acción de inconstitucionalidad 4/2006. Procurador General de la República. 25 de mayo de 2006. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretarios: Makawi Staines Díaz y Marat Paredes Montiel.

El Tribunal Pleno, el quince de agosto en curso, aprobó, con el número 100/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a quince de agosto de dos mil seis”.

⁴¹ “Amparo directo 137/2005. 6 de octubre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Fernando Horacio Orendáin Carrillo”.

⁴² “Amparo directo en revisión 268/2003. 11 de junio de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz. Amparo directo en revisión 1294/2004.

Fijado el contenido y alcance de la garantía de taxatividad penal, sigue preguntarse si las hipótesis típicas previstas en el recién reformado artículo 343 bis del CPDF, son acordes o no con ese importantísimo principio constitucional.

A nuestro parecer ello no es así, al menos por cuanto hace a la primera hipótesis típica consiste en: “*dolosamente hacer un uso distinto al permitido del uso de suelo*”, puesto que la abstracción y vaguedad de esa redacción no permite entender cuál es el disvalor de la conducta prohibida por el legislador, de manera que cualquier habitante del Distrito Federal destinatario de la norma penal en estudio podrá preguntarse, ¿cuál es el uso de suelo permitido en mi zona? Podría incluso revisar la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal y no encontrará respuesta, por lo que deberá remitirse al reglamento de esa Ley para ver si ahí descubre cómo debe actuar para no cometer un delito, pero tampoco en esa normatividad obtendrá la solución a su problema.

Pongamos por ejemplo que una determinada persona que haya quedado desempleada decide aprovechar sus capacidades artísticas y monta un taller para producir artesanías en su casa, ubicada en una colonia de la Delegación Coyoacán, cuyo uso de suelo es solo habitacional, con lo cual nuestro ciudadano emprendedor podría colocarse en el supuesto de la norma convirtiéndose en un *delincuente ambiental*, aun cuando no venda o comercialice en su casa sus productos.⁴³

Otra problemática que genera violación a la garantía de taxatividad radica en que negocios como mini súper y miscelánea no están definidos ni en el Programa Delegacional aplicable, como tampoco en la gran mayoría de los programas delegacionales del Distrito Federal, dejando en total estado de incertidumbre al gobernado sobre lo que puede o no hacer, y a la autoridad con el más absoluto arbitrio para calificar de legal o ilegal la actuación de los particulares.

27 de octubre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz. Amparo en revisión 534/2005. 22 de junio de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz. Amparo en revisión 933/2005. 3 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Roberto Ávila Ornelas. Amparo directo en revisión 55/2006. 8 de febrero de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles. Tesis de jurisprudencia 10/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de primero de marzo de dos mil seis”.

⁴³ Este punto resulta medular para nosotros porque el legislador confundió los conceptos de tipo uso de suelo con actividad permitida según el tipo de uso de suelo y semejante confusión causa violación a la garantía de taxatividad por falta de claridad y precisión en la conducta materia de la incriminación.

Por cuanto hace a la segunda hipótesis del tipo básico doloso, previsto en el artículo 343 bis del CPDF, se comete cuando: “*dolosamente se obtiene un beneficio económico derivado de tales conductas*”.

La primera duda que surge es ¿cuáles son esas conductas a las que de forma inmediata se refiere la segunda hipótesis típica, si en la primera parte de la redacción del injusto no se precisan? Semejante laguna genera que el tipo penal tenga que ser integrado cualitativamente por el juzgador penal, dejando al arbitrio y discrecionalidad de este determinar en cada caso cuál o cuáles son “*esas conductas*” que dan lugar a la comisión del delito.

La segunda interrogante que se presenta versa sobre el “*beneficio económico*” que se deriva de “*las conductas*”, pues la norma penal en análisis nada dice sobre si se trata de un beneficio económico directo o indirecto. Esa ambigüedad podría llevar a la autoridad judicial a considerar autor de delito al arrendador que cobra y recibe el pago de las pensiones rentísticas de un inmueble bajo arrendamiento (aunque no sea él quien realice un uso de suelo distinto al permitido), en el que eventualmente se realice un uso de suelo distinto al permitido.

Como puede advertirse, este ejemplo de delitos ambientales evidencia la tendencia expansionista del legislativo penal del Distrito Federal, que además de ser una política criminal muy cuestionable, es violatoria del principio de taxatividad o tipicidad penal.

La tesis de jurisprudencia soporta esta conclusión: “TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL, ES APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS”.⁴⁴

La casuística que se puede proponer para demostrar la ambigüedad del tipo penal es muy amplia, porque las deficiencias de la norma dan lugar a diversos problemas tanto en la integración típica como en la determinación de la persona responsable del delito (autoría y participación).

Pensamos que el legislador del Distrito Federal advirtió la ambigüedad de la figura típica que creó y la complejidad de las disposiciones gubernativas de reenvío que complementan dicho tipo penal (que reiteramos, no son ley para los efectos del principio de reserva de ley), y para evitar que los ciudadanos argumenten haber errado en la comprensión del tipo penal, lo que daría lugar a una posible causa de exclusión del delito por error de

⁴⁴ “Acción de inconstitucionalidad 4/2006. Procurador General de la República. 25 de mayo de 2006. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretarios: Makawi Staines Díaz y Marat Paredes Montiel. El Tribunal Pleno, el quince de agosto en curso, aprobó, con el número 100/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a quince de agosto de dos mil seis”.

tipo, también reformó el artículo 76 del CPDF para dar cabida a la imputación culposa del delito previsto en el artículo 343 bis del mismo Código, no obstante que la estructura de esta última figura delictiva no presenta la del delito imprudente.⁴⁵

3. *Se trata de un tipo penal que viola el principio de bien jurídico*

El texto vigente del primer párrafo del artículo 22 de la CPEUM dispone lo siguiente: “Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. *Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado...*”.

La disposición constitucional arriba transcrita reconoce como derecho fundamental el principio de bien jurídico o de lesividad, que forma parte de los límites que todo Estado democrático de derecho tiene sobre sus facultades punitivas. Estos límites llevan a considerar al derecho penal como la herramienta de última necesidad —*extrema ratio*— que tiene el Estado para la solución de los conflictos sociales.

El principio de bien jurídico significa que todo delito debe afectar (lesionar o al menos poner en peligro) un determinado bien jurídico tutelado, entendiéndose por este un interés socialmente reconocido, de rango individual o colectivo, cuya protección resulta indispensable para el desarrollo del individuo y de la sociedad en general.

Del principio referido emana una obligación para el legislador penal de crear tipos penales que verdaderamente protejan bienes individuales y sociales que, por su importancia o fragilidad ante ataques graves, requieran del blindaje legal más agresivo que tiene el Estado: el derecho penal.

Una norma penal que no tutela un bien de tal naturaleza, que tutela un bien colectivo demasiado abstracto o difuso que puede ser protegido mediante otras ramas del derecho, por ejemplo el derecho administrativo sancionador, o que incrimina conductas de baja o mínima lesividad, deviene

⁴⁵ Llama la atención que en la exposición de motivos de la reforma legal analizada, el legislador no justificó en forma alguna, mediante una argumentación lógica, racional y respetuosa de los principios de proporcionalidad y necesidad, porqué reformó el artículo 76 del CPDF para incluir dentro del catálogo de delitos culposos el tipo penal previsto en el artículo 343 bis del mismo ordenamiento, también modificado en dicha reforma. Tal falta de motivación legislativa da lugar a una violación constitucional del debido proceso legislativo, especialmente porque la reforma en estudio afecta de forma directa derechos fundamentales de primera generación, como la libertad del ser humano.

en ilegítima por falta de fundamentación, motivación, proporcionalidad y necesidad del acto legislativo incriminatorio. Pensar lo contrario daría lugar a justificar el sacrificio de intereses de rango elemental por otros inferiores, por ejemplo el sacrificio de la libertad por la tutela de supuestos intereses sociales de baja o mínima importancia, conocidos en la doctrina como “delitos de bagatela”.

Resultan útiles para soportar estas ideas las tesis del Poder Judicial de la Federación:

- RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.⁴⁶
- PENAS Y SISTEMA PARA SU APLICACIÓN. CORRESPONDE AL PODER LEGISLATIVO JUSTIFICAR EN TODOS LOS CASOS Y EN FORMA EXPRESA, LAS RAZONES DE SU ESTABLECIMIENTO EN LA LEY.⁴⁷

Al revisar el texto del tipo penal que se estudia, de inmediato surge la duda sobre su legitimidad material, porque no se advierte cuál es el bien jurídico que el legislador del Distrito Federal quiso proteger con la creación de semejante norma, y cómo la conducta incriminada lesiona o, cuando menos, pone en peligro tal interés fundamental.

Entonces, la conducta incriminada en ese numeral, para ser legítima desde el punto de vista material, debe lesionar o poner en peligro el medio ambiente o alguno de los elementos de este. Sin embargo, el tipo penal no presenta como elemento de su configuración la causación de un resultado material producto de la conducta penada (hacer un uso de suelo distinto al permitido), por lo que la interpretación de la norma nos conduce a pensar que se trata de un tipo de peligro, es decir, de una norma penal que sanciona la puesta en peligro del medio ambiente (cuyo adelantamiento de la barrera de protección aparece demasiado amplio y, por ende, cuestionable).

En estas condiciones, la probable puesta en peligro del bien jurídico tutelado plantea diversos cuestionamientos, como los siguientes: ¿cómo el hacer un uso de suelo diferente al permitido por una disposición administrativa, puede llegar a poner en peligro el medio ambiente o alguno de los elementos que lo conforman?, ¿cómo vender embutidos o lácteos en una zona donde el uso de suelo no permite esas actividades comerciales podría

⁴⁶ “Amparo en revisión 173/2008. Yaritza Lissete Reséndiz Estrada. 30 de abril de 2008. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar”.

⁴⁷ “Amparo directo en revisión 1063/2005. 7 de septiembre de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz”.

afectar el aire, el suelo, el subsuelo, la flora o la fauna de una zona urbana? En virtud de que no es posible dar una respuesta desde la visión y nivel cultural del ciudadano promedio del Distrito Federal, a quien va dirigida la norma prohibitiva, se revisó la exposición de motivos de la reforma de 27 de junio de 2011 para ver si ahí los legisladores explicaron el peligro ambiental que pretenden evitar con la creación del tipo penal previsto en el nuevo texto del artículo 343 bis del CPDF, así como la necesidad de tal medida para la consecución del fin que persiguen y el análisis de proporcionalidad de los bienes que resultarán afectados por tal decisión político-legislativa.

La exposición de motivos, lejos de darnos la respuesta buscada, permite inferir que los legisladores del Distrito Federal lo que pretenden con las recientes reformas en materia de delitos contra el ambiente es “evitar los graves daños que las conductas incriminadas producen sobre ese bien jurídico y dar mayor claridad a los tipos penales en materia ambiental, pues como en ocasiones los castigos administrativos contra los ilícitos ambientales no son suficientes...”.⁴⁸

En otras palabras, la referida exposición de motivos sobre la modificación del artículo 343 bis no entró al análisis, ni hay argumentación legislativa sobre porqué hacer un uso de suelo diferente al permitido por un programa de desarrollo urbano local afecta, *daña o pone en peligro* el medio ambiente del Distrito Federal.

El tipo penal deviene en inconstitucional al violar el principio de bien jurídico tutelado, pues todo parece indicar que lo que en realidad se propusieron los legisladores del Distrito Federal con la reforma del artículo 343 bis del CPDF, es coaccionar aún más a los particulares al cumplimiento de las complejas y ambiguas disposiciones administrativas de desarrollo urbano local que rigen la materia de uso de suelo, siendo que las sanciones por la violación a esa normatividad administrativa debieran dejarse al derecho administrativo sancionador y no al derecho penal, por ser este la última medida que debe usar el Estado para la solución de un conflicto social.

Nótese el criterio jurisprudencial: “DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO”.⁴⁹

⁴⁸ *Gaceta Parlamentaria de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, núm. 3, 23 de marzo de 2010.

⁴⁹ “Acción de inconstitucionalidad 4/2006. Procurador General de la República. 25 de mayo de 2006. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretarios: Makawi Staines Díaz y Marat Paredes Montiel. El Tribunal Pleno,

La dudosa legitimidad material de la norma penal analizada hace patente otra probable violación al artículo 22 de la CPEUM, pues ante la falta de lesividad material de la conducta penada y de la identificación del bien jurídico tutelado, la pena prevista por el legislador para quien cometa el delito básico doloso “*de tres a nueve años de prisión*”, es desproporcionada, especialmente porque tal penalidad hace que el delito sea considerado como grave por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, lo que significa que por una conducta de nula o mínima antijuridicidad material, una persona acusada por el delito de uso de suelo diferente al permitido puede ser encarcelada mientras se le procesa, sin derecho a gozar de la libertad provisional bajo caución.

Sobre proporcionalidad de las penas existe la siguiente tesis de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación: “PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”.⁵⁰

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Es evidente que el paulatino, pero incesante proceso de sucesivas reformas a que ha estado sujeto el Código Penal del Distrito Federal durante su primeros diez años de vigencia incide de manera directa en la procuración de justicia, que ha visto magnificada su tarea persecutoria de delitos, pues como resultado del proceso de expansión penal que afecta directamente el sistema de penas y medidas de seguridad, el juego de atenuantes y agravantes, se ha ampliado el espectro de ilicitud penal y se han relegado en la práctica los principios del debido proceso, conllevado a la crisis de las garantías del Estado de derecho, así como la quiebra de los principios político-criminales y su función límite del *ius puniendi*, propios de la concepción del Estado como Estado social y democrático de derecho.

Ante la deslegitimación de la función de control social formal que ejerce el derecho penal que se cumpliría cuando su intervención es más beneficiosa que otras formas de control social formales e informales, es decir, cuando el derecho penal cumple con la función de reducir la violencia estatal y privada.⁵¹ Por consiguiente, el sistema de penas y medidas debería atender

el quince de agosto en curso, aprobó, con el número 99/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a quince de agosto de dos mil seis”.

⁵⁰ “Amparo directo en revisión 1405/2009. 7 de octubre de 2009. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz”.

⁵¹ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7a. ed., Montevideo, Buenos Aires, VdeF, Julio César Faira Editor, 2004, pp. 49 y ss.

a este aspecto esencial: la legitimación del derecho penal requiere de un autoanálisis, con el fin de responder a la regla de “mínimo daño social” o “mínima violencia” comparando el derecho penal vigente y sus instituciones con otro derecho penal, eventualmente surgido de una reforma, que pudiera ser igualmente eficaz, con menos dañosidad social, con menos violencia.⁵²

Al revisar los intervalos punitivos que actualmente contempla la legislación penal del Distrito Federal, es claro que no se respeta la orientación constitucionalmente exigible de que las penas se orienten a finalidades de reinserción, sino que se vienen utilizando con una perspectiva instrumental y utilitarista. Por ello tampoco se cumple con la exigible eficacia del derecho penal, que indiscutiblemente depende del sistema de penas. Para que el derecho penal sea eficaz, es prioritario que las penas resulten idóneas para cumplir su finalidad de prevención tanto general como especial. En esta dirección debería de analizarse si la pena prevista en cada uno de los tipos es la adecuada, tanto desde una perspectiva cualitativa (modalidad de pena que responda a las características de esa forma de criminalidad), como cuantitativa (gravedad de la pena en relación con la gravedad del hecho). Es decir, respecto del principio de proporcionalidad, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa. Sin embargo, este aspecto tan esencial es el talón de Aquiles del legislativo del Distrito Federal, como quedó demostrado al revisar algunas de las sucesivas reformas que ha promovido.

Finalmente, quisiera concluir agradeciendo su paciencia y su interés en este tema, siguiendo las palabras de Claus Roxin, quien ha señalado que un Estado de derecho debe proteger al individuo no solo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal.⁵³ Con ello queremos decir que el ordenamiento jurídico no solo debe preocuparse de establecer las consecuencias jurídicas para aquellas personas que vulneran bienes jurídicos, sino también de establecer los límites al empleo de la potestad punitiva del Estado, en busca de que el justiciable no quede desprotegido ante probables abusos estatales (policiales, judiciales, penitenciarios).

⁵² Cfr. Hassemer, Winfried, “Rasgos y crisis del derecho penal moderno”, trad. de Elena Larrauri, *ADPCP*, t. 45, núm. 1, S. N. E., 1992, pp. 235 y ss.; en este mismo sentido, Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2001.

⁵³ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, t. I., Madrid, Civitas, 1997, p. 137.