

IMPACTO EN LA JUDICATURA

José Guadalupe CARRERA DOMÍNGUEZ*

Una virtud que debe tener una persona de bien es la gratitud, para mí es un honor estar nuevamente en este auditorio y festejar a nuestro querido maestro Rafael Márquez; les comento que algunos de nosotros tuvimos la oportunidad de conocer más de cerca al maestro, fue una persona demasiado seria, extraordinariamente estudioso, rígido en su comentario como en su crítica, pero al final de que terminaba una conversación siempre tenía algo grato y agradable que decir, por esa razón nos sumamos a este muy merecido festejo para él, así como para sus familiares; agradezco a la doctora Olga Islas y al doctor Sergio García Ramírez por invitarme a participar en este evento.

Mediante decreto publicado el 22 de agosto de 1996 en el *Diario Oficial de la Federación*, se reformó el artículo 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso h, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con lo cual se transfirió a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, la facultad para legislar en las materias civil y penal. Esta potestad, de acuerdo con el artículo undécimo transitorio, entraría en vigor el primero de enero de 1999.

En este orden de ideas, tenemos que el 18 de mayo de 1999 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto que cambió la denominación del hasta entonces “Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal” para llamarle “Código Penal Federal”. Además de que se prescribió, en el artículo 1o., que el Código se aplicará en toda la República para los delitos del orden federal.

Consecuentemente, la Asamblea Legislativa se vio en la urgencia de legislar en materia penal y, en esta situación, consideró oportuno asumir el texto del Código Penal que regulaba la materia propia del fuero común,

* Doctor en Derecho por la UNAM. Magistrado adscrito a la Octava Sala en materia Penal en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

consolidándose su determinación en el decreto publicado el 17 de septiembre de 1999, en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*. Sin embargo, se consideró que la anterior decisión de la Asamblea Legislativa conllevaba muchas fallas, por ejemplo, se transportó hasta la numeración de los artículos, y como se “desferralizó” este código, nació hasta con artículos derogados, lo que indicaba que no se hizo una revisión exhaustiva.

Ante tal circunstancia, asambleístas, académicos y magistrados del Tribunal Superior de Justicia se abocaron en la elaboración de ese nuevo Código, que se publicó el 16 de julio de 2002, con la idea de aprovechar la experiencia de 80 años de vigencia del Código (1931), y adecuarlo a la realidad que imperaba en 2002, mejorándolo con una técnica legislativa más depurada. En ese sentido, advertimos que en estos 10 años de festejo, como lo acaba de señalar el Dr. Sergio García Ramírez, no solamente tenemos que ver el texto del 2002, sino su evolución hasta la fecha, para que tenga sentido este encuentro y así podremos observar cuáles son sus fortalezas y debilidades.

Dentro de las fortalezas encontramos que este Código tiene principios y garantías penales, lo que no tenía el Código del 31. El Código de 2002 contemplaba los principios de legalidad, tipicidad, retroactividad, prohibición de responsabilidad objetiva, del bien jurídico, de culpabilidad, de la no retroactividad de la ley más favorable, de territorialidad y extraterritorialidad, invoca la aplicación de un derecho penal mínimo.

Pero también señala por primera vez la edad penal: 18 años; siempre en el mundo fáctico se han cuestionado ¿por qué 18 años y no 17? Todo está sujeto precisamente a una serie de circunstancias, geográficas, políticas, sociales, culturales, etcétera.

Define con mayor precisión, por ejemplo en los delitos de omisión, la posición de garante; a la tentativa la describe con mayor exactitud; en la autoría y participación, el Código de 2002, suprime el que prepara el delito y también la autoría indeterminada, esta la ubica en otro artículo, de esta manera define con mayor acierto lo que son autores y partícipes. En el artículo 29 describe con mayor pulcritud los elementos negativos del delito y señala cuáles son las personas morales.

En términos generales, se advierte una inclinación o tendencia filosófica al finalismo, lo mismo sucede con el Código de Procedimientos Penales, aunque se ha manifestado que en los códigos no se debe tomar inclinaciones porque impiden su evolución y avance.

En la parte segunda del Código, al hablar de los delitos en sí, se da una aportación extraordinaria porque por primera vez se considera al Código Penal como un instrumento al servicio del hombre, y no como de dominio.

¿Por qué me atrevo a comentar esto? Bien, en el Código del 31 se iniciaba con delitos contra el Estado, como es la rebelión, las sediciones, sabotaje, traición a la patria, etcétera, reflejando con ello que el Estado utilizaba el derecho penal como un instrumento de dominio; en cambio, el Código de 2002 comienza con los delitos contra las personas y deja hasta el final los delitos contra el Estado, que es más propio de una política de Estado democrático y de derecho.

En relación con los delitos en particular, se describe el homicidio por razones humanitarias, cuando la persona está en una fase terminal, con la autorización y peritaje de dos médicos, se termina con la vida del sujeto; no deja de ser un avance extraordinario, ya que se disminuye considerablemente la pena, antes se consignaba como homicidio calificado.

También como nuevos tipos penales se encuentran la procreación asistida, la inseminación artificial, la manipulación genética, la delincuencia organizada, etcétera. Del mismo modo, encontramos 34 casos con disminución de penas, por ejemplo, la tentativa en el Código del 31 se sancionaba con las dos terceras partes como si fuera consumado, en este Código ya se sanciona con un tercera parte de la mínima y las dos terceras partes de la máxima, ello repercute de alguna manera con los sustitutivos y beneficios de la pena cuando se individualiza la misma. En relación con el tratamiento en libertad, en el Código del 31 era hasta de tres años, en el Código del 2002 hasta cinco años; la suspensión de la condena condicional antes era de cuatro años y en este código ya es de cinco, es decir, es un beneficio mayor para el sentenciado.

Otro ejemplo es el homicidio en relación de “parentesco”; la punibilidad era de 10 a 40 años, ahora es de 10 a 30 años; el “homicidio por causas de humanidad”, como es el que acabo de señalar, tenía una punibilidad de 20 a 40 años, se le consideraba como homicidio calificado, ahora la punibilidad es de 2 a 5 años. Con independencia de ello, considero que es una causa de exclusión del delito y que no debe ser sancionada, porque hay una intensión diferente de terminar con una vida por circunstancias muy particulares; para entenderlo ubiquémonos en el mundo fáctico, imaginemos que alguno de nosotros tuviéramos un familiar enfermo de cáncer que ya no tolera los dolores, está en fase terminal y pide a gritos cese ya su vida, tomar una decisión por el bien de otro no debe trascender penalmente.

Mencionaré un ejemplo más de disminución de la pena, es el “homicidio cometido en riña”; la punibilidad era la misma para el provocador y provocado, de 4 a 12 años, en este código se mantiene en el provocador, pero si es provocado, es de 3 a 5 años, ello repercute en la libertad provisional y en los sustitutivos de la pena. Para las “lesiones que tardan en sanar menos de

15 días” la punibilidad era de 3 a 8 meses o multa, ahora se impuso de 30 a 90 días multa, después fue derogada. El “abuso sexual” antes se perseguía de oficio y con este nuevo código es por querrela y eso es muy plausible. En “el delito de robo” cuando el valor no excedía de 20 veces el salario o no se podía determinar su cuantía, era hasta dos años de prisión, y en este código nuevo es de 20 a 60 días multa, baja la pena del fraude y del abuso de confianza.

También desaparecen algunos tipos penales que actualmente no tienen razón de tener vida jurídica, como el homicidio cometido en duelo.

Dentro de las debilidades que encontramos en el Código de 2002 a la fecha, hacía mención que el delito de robo cuando no excedía de 20 veces el salario se sancionaba con días multa, no tardaron 3 meses de que entrara en vigor el nuevo código y ya se estaba discutiendo reformarlo en 6 artículos que en particular impactan fuertemente en nuestro medio: se creó, por ejemplo, un agravante que es la violencia equiparada, cuando se utiliza un arma de juguete para implementar la violencia, por la punibilidad de esta agravante se considera como delito grave sin el derecho de obtener la libertad provisional, ¡eso sí es lamentable!

Como ejemplos más elocuentes que cualquier discurso dogmático, acabo de ver un asunto que realmente me conmovió, resulta que un “sujeto”, después de purgar 5 años 4 meses en prisión, interno en el reclusorio sur, el día que obtiene su libertad se va caminando del Reclusorio a Taxqueña, empieza a sentir hambre, no tiene familia ni a nadie, nuevamente roba \$100 pesos con violencia, y otra vez vuelve a ser recluido, que lamentable que por ser considerado un delito grave el proceso se lleva en prisión.

Otro caso más es el de un señor que va a un supermercado, toma dos botellas de vino y se las lleva al baño, sale como si nada, pasa por las cajas, le preguntan si realizó compras contestando “nada”, y se va. La persona que lo estaba observando va al baño y encuentra las dos botellas vacías, entonces le dice: “¿ya pagó?” y él contesta: “no compre nada”, y entonces lo detienen, y resulta que tenía el alcohol en bolsas de plástico, dice que es alcohólico, tiene 30 años y que lo hizo por necesidad, esa sí es una desgracia y frustración.

Esta problemática es común si reflexionamos que tenemos en promedio 62 millones de pobres y 12 millones en pobreza extrema, que sumados hablamos aproximadamente de las dos terceras partes de la población; tenemos un promedio de escolaridad de 8.5 años, con 10 millones que la primaria no la concluyeron y otros 16 millones que quisieron cursar la secundaria, pero tampoco lograron terminarla; se incrementó el desempleo y me

preguntó ¿se podrá resolver el problema de la criminalidad con esto? No, ni con las reformas procesales que es otro tema por tratar.

Bien, ¿qué podría decir? que en estos 10 años hubo aproximadamente 60 reformas en el Código del Distrito Federal, mientras que en el Código Federal en 80 años se dieron menos de la mitad; eso nos refleja una inclinación política y la deficiencia legislativa, que inciden en advertir que hubo 15 tipos penales que se crearon en el inter y 5 se eliminaron. Entre los delitos que se derogaron están la difamación y la calumnia que tuvo un cien por ciento de corte político. Dentro de los aciertos, la eliminación del aborto dentro de las doce semanas de gestación, ello fue motivo de gran crítica y reacción en algunos sectores de la sociedad mexicana, pero al final de cuentas ha salvado muchas vidas; se testificó el daño en propiedad ajena culposos; la lesión, parte primera, si no están vinculadas con otros delitos, se derogó.

Se aumentaron las penas en 13 delitos y agravantes, y se disminuyó la pena en 7. El resultado es que en el 2002 teníamos 22 mil 995 internos, y como resultado del censo nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatal 2012 se tenían 23 mil 717 internos, ese es el resultado de la política que se ha implementado en este devenir de 10 años.

Hay algunos delitos que para el legislativo son de mayor preocupación, ejemplo: la violencia familiar ha tenido cierta evolución, además de haber aumentado la punibilidad de 6 meses a 6 años, impone la pérdida de la patria potestad; se me hace muy grave y alarmante que en muchos de los casos, por el mal genio que tiene el señor o la señora por los problemas que atraviesa en ese momento llegan y agreden psicológica o físicamente al hijo o el señor a la señora si esa conducta no es frecuente, aunque no se justifica, no amerita se destruya el vínculo familiar, al imponer como pena la pérdida de la patria potestad.

Otro de los casos donde se pone de manifiesto la desatinada política del legislador, es en relación con el secuestro exprés, que es cuando se priva de la libertad a un sujeto con el tiempo estrictamente necesario para extorsionar o robar; su estructura es muy compleja, pero además se ha llegado al grado de imponer no solamente la pena por el delito de secuestro exprés, sino además, por el robo o la extorsión ¡qué locura! Peor es advertir su evolución en el Código de 2002, que por cierto, no estaba bien definido como secuestro exprés. La punibilidad era de 5 a 20 años de prisión, en 2004 de 7 a 20 años, en 2006 de 20 a 40 años, y si era calificado este secuestro, aumentaba una tercera parte; si hacemos la operación aritmética, una tercera parte de 20 y una tercera parte de 40 vamos a tener como resultados 26, 8 como mínimo y como máximo 53, 4 años, es decir, más grave que el homi-

cidio calificado; ejemplo: con frecuencia el que delinque espera a la víctima a que baje del coche y ya abajo lo vuelve a subir, lo amenaza, le dice: ¡te vamos a quitar tus cosas!, lo vuelve a subir y metros adelante lo detienen, entonces la pena que puede imponerse es de 26, 8 años como mínima, eso es algo infamante y trascendente, como se dijo no puede ser que tenga mayor pena que el homicidio calificado.

Vamos a señalar un ejemplo más: secuestro con motivo de causar un daño u obtener recompensa. En el Código de 2002 la punibilidad era de 10 a 40 años, en 2006 fue de 40 a 60 años y si privaban de la vida era de 50 a 70 años, pero si es calificado, se aumentaba una tercera parte, entonces en el caso de secuestro calificado tiene 53.4 años y como máximo 80 años, saquen ustedes sus conclusiones.

A donde voy con estos comentarios, con independencia de los principios que al inicio mencionamos, es que el que más me inquieta es el de proporcionalidad que refiere el artículo 22 y creo que tenemos mucho que reflexionar sobre el particular.

Les comento que en la Corte, la Primera Sala, en este año, resolvió el problema del secuestro exprés en el sentido de que no se viola el principio de proporcionalidad, que la política criminal la fija el legislativo, que esa incidencia criminal se da en un momento histórico y en un lugar determinado y que además se justifica esa punibilidad para prevenir el delito, es decir, habla de la prevención general o prevención especial o ambas. Lo cierto es que hubo un voto concurrente del ministro Cossío; considero que debemos seguir analizando el tema en particular ya que es infamante una pena de esa naturaleza.

Quiero hacer un último comentario en relación con el “feminicidio”; no me alcanzaría el tiempo para hacer un análisis técnico sobre lo que es este tipo penal, entendemos que México tiene y participa en tratados internacionales, que bueno que lo hace. La legislación del Distrito Federal ya contempla una parte especial que cuida y protege a la mujer que debe ser “libre de violencia”, entendemos que la mujer ha sido socavada y limitada históricamente por prejuicios y actitudes, o por lo que ustedes quieran, ya hay un avance extraordinario sobre el tema y el haber creado esa descripción típica de feminicidio, con las características que tiene el artículo 148 bis, se me hace realmente una verdadera barbaridad.

Rápidamente les voy a comentar, en la fracción II que dice: el que comete el delito de feminicidio, que haya infligido lesiones infamantes y degradantes, mutilantes previas o posteriores a la vida; las lesiones previas ya están dispuestas en el homicidio calificado, ¿verdad es muy claro y preciso?, pero ¿las lesiones posteriores? ahí ya cesó el bien jurídico tutelado. Y lo

mismo sucede en la fracción IV: cuando el cuerpo se ha expuesto, depositado o arrojado a un lugar público; pero si ya murió, ya cesó el bien jurídico tutelado, y así sucesivamente encontramos fallas en las demás fracciones, desafortunadamente el tiempo es corto para poder continuar haciendo estos comentarios.