

Revista

ISSN 2007-4700

Temal

MÉXICO

Número 24
enero - junio 2024



Abuso y límites del poder penal en la determinación de los contenidos de la legislación penal

Los abusos del legislador penal de la Ciudad de México

Alicia Azzolini

*Profesora investigadora del Departamento de Derecho de la UAM Azcapotzalco.
Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.*

RESUMEN: El sistema penal de un Estado democrático de derecho responde a varios principios producto del desarrollo y reconocimiento de los derechos humanos. En las últimas décadas se han revitalizado posturas que desprecian los límites y principios penales y pugnan por un sistema penal que atienda al reclamo popular. Ellas reclaman más derecho penal y menos garantías. El sistema penal mexicano se debate entre las corrientes garantistas y populistas. En la Ciudad de México se han impuesto en los últimos cuatro años corrientes punitivistas, que se reflejan en aumento de punibilidades, nuevas instituciones y reformas incongruentes con el sistema.

PALABRAS CLAVE: Populismo penal, Garantismo, Principio de proporcionalidad, Racionalidad legislativa, Principio de ultima ratio.

ABSTRACT: The penal system of a democratic State governed by the rule of law responds to several principles resulting from the development and recognition of human rights. In recent decades, positions that despise penal limits and principles and fight for a penal system that meets popular demands have been revitalized. They are calling for more criminal law and fewer guarantees. The Mexican penal system is torn between guaranteeist and populist currents. In Mexico City, punitive tendencies have prevailed in the last four years, which are reflected in an increase in punishments, new institutions, and reforms inconsistent with the system.

KEYWORDS: Penal populism, Guarantee, Principle of proportionality. Principle of ultima ratio Legislative rationality.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sistema Penal y Estado de derecho. 3. Sistema penal democrático y populismo penal. 4. El sistema penal mexicano entre el garantismo y el populismo. 5. Los avances del populismo en la legislación penal de la Ciudad de México. 6. Reflexiones finales. 7. Fuentes de consulta.

1. Introducción

El derecho penal occidental, incluido el mexicano, por supuesto, ha sido objeto de constantes cambios en lo que va de las últimas tres décadas. Se ha hablado de su expansión¹ y de su politización al punto de distinguir entre un núcleo duro, propio del “bueno y viejo derecho penal”, y otro flexible, representado por el derecho penal de corte “administrativo”. Mientras el antiguo derecho penal protege los bienes jurídicos tradicionales —vida, libertad, propiedad— el nuevo derecho se ocupa de nuevos intereses producto del desarrollo de una sociedad compleja y tecnologizada.

En el ámbito anglosajón, desde 1995,² se ha impuesto el concepto de *populist punitiveness*, que ha sido recibido en Latinoamérica bajo la denominación de *populismo penal*. Esta corriente se inclina por destronar y desestructurar maneras de pensar establecidas, una especie de descomposición del *establishment*, que en el ámbito de la transformación de la legislación penal se traduce en atender los sentimientos y pensamientos de la “gente” dejando en un segundo plano la intervención de los expertos.³

La combinación de expansión y populismo penal ha significado la elaboración y modificación de normas penales que no siempre armonizan con el sistema penal y los principios constitucionalmente reconocidos. Si bien es cierto que los cambios normativos no implican *per se* una transformación de la realidad, es indudable que la condicionan. Como consecuencia de ellos se afecta la vida de los seres humanos de carne y hueso.

En este artículo se analizarán las características del modelo penal del Estado de derecho, la actuación del legislador penal como catalizador de los valores sociales imperantes y los abusos y sinrazones que en ocasiones resultan en la búsqueda de construir consenso y legitimidad en el terreno político.

2. Sistema penal y Estado de derecho

El derecho penal de los países occidentales encuentra sus bases en el pensamiento ilustrado, es producto de la modernidad. Los principios en los que se fundamenta y limita: legalidad, lesividad, culpabilidad datan de siglos atrás y son reconocidos hoy día. La teoría penal contemporánea es consecuente con esos antecedentes que inspiran una visión humanista y preponderantemente garantista del derecho penal y del sistema penal en general.⁴

El reconocimiento y la positivización de los derechos humanos —fundamentales— en las constituciones occidentales con posterioridad Segunda Guerra Mundial vinieron a fortalecer la visión garantista y minimalista del sistema penal por parte de la mayoría de los pensadores y académicos en la materia. La postura del *garantismo* es la más significativa:

... propone un modelo de derecho penal de “estricta legalidad” propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.⁵

Un modelo de derecho penal con estas características descansa en principios que limitan el *ius puniendi* como los de fragmentariedad, subsidiariedad y *ultima ratio* que han sido propuestos y conceptualizados principalmente por la doctrina alemana. El principio de fragmentariedad expresa que solo son punibles algunos fragmentos, no todos, del grupo de conductas merecedoras de pena.⁶ Prittwitz señala:

El aspecto cuantitativo (sólo una pequeña parte de las acciones merecedoras de pena son hechos punibles) puede ser entendido de forma crítica o laudatoria, descriptiva o normativo-programática. Lo mismo vale para

¹ Silva Sánchez, J. M. (2003), *La expansión del derecho penal*. Madrid: Civitas, *passim*.

² Bottoms, A.E. (1995), “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, en C. Clarkson y R. Morgan (eds), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford: Clarendon.

³ Vidaurri Aréchiga, M. (Director) (2020), *Indagaciones en torno al populismo penal*, México: Tirant lo Blanch.

⁴ Ferrajoli, L. (1995), *Derecho y razón; Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, pp. 33-35 y 851-852.

⁵ *Idem*, pp 851-852.

⁶ Prittwitz, C. (2000), “El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?; Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal”, *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Instituto De Ciencias Criminales De Frankfurt (Ed.) Área De Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), pp. 427-444.

el aspecto de aquellos fragmentos amenazados con pena como fruto de una cierta arbitrariedad.⁷

Esto hace que la fragmentariedad por sí misma no sea un buen criterio limitador del sistema penal. La subsidiariedad, en cambio es una norma de competencia (excluye las competencias negativas del Estado y fundamenta las positivas). Lo que se traduce, según este autor, en que también el Estado que castiga está obligado a socorrer. El Estado debe abstenerse de utilizar el derecho penal cuando el conflicto puede atenderse con otros medios; ello implica que debe instrumentar medidas que complementen la intervención penal. Jakobs interpreta la subsidiariedad como una variante del principio de proporcionalidad conforme a la cual “no es lícita una intervención punitiva, cuando el mismo efecto puede lograrse con medidas menos graves”.⁸ Fragmentariedad y subsidiariedad si bien condicionan la actuación penal del Estado tampoco son suficientes para limitarla. Es menester recurrir al carácter de *ultima ratio* que remite de forma más clara que los anteriores principios al aspecto límite del *ius puniendi*. Según el principio de *ultima ratio* solo es legítimo el derecho penal que se ocupa de las infracciones más graves y como recurso extremo.⁹ Este límite se justifica, dice la doctrina, no solo porque el derecho penal es la reacción más enérgica del Estado hacia las personas, la sanción penal es la más grave, sino también porque la aplicación misma del sistema penal es problemática para el individuo y para la sociedad. De ahí que un sistema penal acotado, que minimice la violencia y maximice la libertad es congruente con los valores y programas que la comunidad internacional ha consagrado en los principales instrumentos de derechos humanos y los contenidos de las constituciones actuales de los países occidentales.

A los principios mencionados cabe agregar los de lesividad, culpabilidad y humanidad que, si bien no impiden un derecho penal extenso, limitan la clase de conductas que pueden ser objetos de la prohibición penal y el tipo de respuesta estatal en un sistema democrático respetuoso de los derechos humanos.

El principio de lesividad implica el reconocimiento de que siempre que se imponga una pena debe ha-

ber un bien jurídico afectado, todos los tipos penales han de proteger determinados bienes jurídicos; para que haya delito, esos bienes deben ser lesionados o puestos en peligro. Solo deben incluirse en el ámbito penal las conductas socialmente dañinas. La *dañosidad* social¹⁰ de una conducta se establece en relación con el valor del bien jurídico lesionado. Una conducta no se considera dañosa por ser en sí misma reprobable —inmoral o incorrecta—, sino por sus consecuencias sociales lesivas.¹¹ Este principio se ha matizado, en los últimos años, como se verá más adelante, con la protección de personas en situación de vulnerabilidad, quienes pasan a constituir así un bien protegible en sí mismas.

El principio de culpabilidad limita la aplicación del derecho penal al comportamiento culpable —pero no se opone por lo demás a un derecho penal sin límites—.¹² Pero el derecho penal contemporáneo es impensable sin su vigencia. El principio *no hay pena sin culpabilidad* —*nullum crimen sine culpa*— es una conquista del derecho penal moderno, que fue ignorado por la mayoría de los ordenamientos de la antigüedad. Fue aceptado definitivamente en el marco del pensamiento liberal del siglo XIX. Su incorporación a los sistemas jurídico-penales significó la *subjetivización de la responsabilidad penal centrada en la exclusión de la responsabilidad objetiva*.¹³ El principio de culpabilidad se explica en el respeto a la dignidad humana. Imputar un daño o peligro para un bien, sin que exista un vínculo subjetivo reprochable al autor, equivale a degradar a este último a la categoría de una cosa causante.¹⁴ El reconocimiento de la persona y su carácter de sujeto de derecho es constitutivo del sistema penal democrático.

¹⁰ Cfr. Roxin, C., Arzt, G. y Tiedemann, K. (1989), *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, Barcelona: Ariel, pp. 21-22.

¹¹ Azzolini, A. (1997), *Culpabilidad y punición*, México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, p. 28. Citado en Azzolini Bincaz, A. (2012), *El sistema penal constitucional; El laberinto de la política criminal del Estado mexicano*, México: Ubi-jus, Félix Cárdenas S.C., (Colección Sistema Acusatorio, 7), p. 22.

¹² Prittwitz, C. (2000), cit., p. 441.

¹³ Pérez Manzano, M. (1986), *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, p. 56.

¹⁴ Cfr. Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slocar, A., (2001) *Derecho penal; Parte general*, México: Porrúa, p. 132. Sobre el principio de culpabilidad *in extenso* ver Mir Puig, S. (2007), *Derecho penal; Parte general*, 7ª edición, Buenos Aires; Editorial B de F, pp. 134 y ss.

⁷ *Ibidem*, p. 433.

⁸ Jakobs, G. (1997), *Derecho penal, Parte general; Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid: Marcial Pons, p.61.

⁹ Prittwitz, C. (2000), cit., p. 432.

Abuso y límites del poder penal en la determinación de los contenidos de la legislación penal

En virtud del principio de humanidad se prohíbe toda pena cruel que afecte la integridad y la dignidad del ser humano. Este principio fue el punto central del programa de la Ilustración, expuesto magistralmente por Beccaria, quien condenó lapidariamente la tortura y todo trato cruel e inhumano. Hoy día es el complemento indispensable para evitar respuestas penales desproporcionadas, inusitadas e infamantes.

La comunidad internacional ha reconocido en mayor o menor medida estos principios y las constituciones de los países occidentales los han incorporado. El modelo de Constitución normativo que predomina en la mayoría de los países de derecho continental incide directamente en el lugar que tradicionalmente ocupaba el legislador y la misma ley. Unos y otra están sometidos a una relación de adecuación y por tanto de subordinación a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución.¹⁵ En este contexto la validez de una norma no descansa solamente en el proceso formal de su creación, sino en el aspecto material de sus contenidos. Las leyes deben crearse conforme al procedimiento establecido en la Constitución y su contenido debe adecuarse e los principios y reglas contenidos en la carta magna. Esta transformación de las constituciones ha dado lugar al paso del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho.¹⁶

En este contexto los principios mencionados, especialmente los de subsidiariedad y *ultima ratio*, se dirigen clarísimamente al legislador penal y a los demás operadores del sistema penal. En tanto principios han de actuar como directriz legislativa y de aplicación de las reglas. Estos principios son normas que obligan al legislador a priorizar los derechos fundamentales, a maximizar el goce de los mismos por los ciudadanos. Deben por ello servirle como medida de ponderación para el ejercicio racional de la creación legislativa en materia penal.

El sistema penal de un Estado constitucional de derecho debe estar diseñado para poder cumplir con esos mandatos de optimización en el mayor grado posible. Debe buscar la minimización a través del equilibrio entre el reconocimiento y la salvaguarda de los derechos de los imputados, de las víctimas de los diversos grupos sociales que reclaman reconocimiento y protección.

Alcanzar o aproximarse a un objetivo tal como el señalado, un sistema penal que responda a estos lineamientos y satisfaga el reclamo de, al menos, la mayoría del cuerpo social es sumamente difícil en el ámbito normativo y más aún en el plano fáctico de su instrumentación. Es así que después de la Segunda Guerra Mundial, que como se señaló ha significado un parteaguas en la materia, se fue gestando a nivel internacional un movimiento en favor del reconocimiento y respecto de los derechos humanos, dando lugar a un gran número de instrumentos internacionales que reconocen los derechos de los sectores más vulnerables de la población mundial. La preocupación por los derechos humanos generó a su vez la aparición de diversas organizaciones y movimientos sociales en favor de su positivización y de la vigencia efectiva de esos derechos. Así se fue consolidando la cultura del “derecho a tener derechos” que se recoge en las constituciones de nuestro tiempo.¹⁷ Esta nueva perspectiva se orienta a la búsqueda de la vigencia efectiva de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos jurídicos internacionales, la mayoría de ellos incorporados en las constituciones nacionales. Los textos constitucionales en la actualidad persiguen un carácter normativo, con fuerza vinculante de manera directa y no solamente como un instrumento programático que solo sirva de vía para la actuación del legislador.¹⁸ En esta nueva lógica se han ido incluyendo en las constituciones los derechos humanos de distintas clases y generaciones.

La incorporación de principios en los textos constitucionales al tiempo que limita la actuación del legislador, que se ve constreñido en la formulación de las normas secundarias, genera la necesidad de ponderarlos. Se señala que el derecho penal de los principios no admite la lógica del “todo o nada”, un principio puede realizarse en mayor o menor medida sin que por ello pueda considerarse violado. Esto da a los operadores del sistema un margen de actuación que, sin embargo, no es ilimitado. La búsqueda del equilibrio entre derechos de imputados, víctimas y reclamos sociales de justicia constituye, como se mencionó, el gran desafío del sistema penal.¹⁹

¹⁵ Aguiló, J. (2004), *La Constitución del Estado constitucional*, Colombia: Palestra Editores, pp. 9 y 10.

¹⁶ Ferrajoli, L. (2004), *Epistemología jurídica y garantismo*, México: Fontamara, p. 265 y ss.

¹⁷ Colomar Viadel, Antonio, “Tendencias del constitucionalismo en el siglo XXI: cuestionamientos e innovaciones constitucionales”, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/16086/13910> (17/03/2021)

¹⁸ Aguiló, J. (2004), *op. cit.*, pp. 9 y 10.

¹⁹ Donini, M. (2010), *El derecho penal frente a los desafíos de*

3. Sistema penal democrático y populismo penal

El movimiento en favor de los derechos humanos que adquirió un fuerte impulso en la segunda mitad del siglo xx posicionó nuevos actores sociales que reclamaron el reconocimiento de su condición de vulnerabilidad. Los jóvenes, grupos raciales y religiosos, las mujeres, las personas con preferencias sexuales no convencionales, las y los niños. El ámbito penal no quedó ajeno a la irrupción de estos nuevos actores y problemáticas. En especial la *víctima* paso a ocupar un papel principal en conflicto, papel del que había sido desplazada en los inicios de la modernidad.²⁰

Los reclamos de reconocimiento y protección hacia los grupos vulnerables se traducen en ocasiones en exigencias de priorizar sus derechos frente a los potenciales agresores. Agresores que con frecuencia son identificados *a priori* por responder a determinados estándares de riesgo. Esto dio lugar en las últimas dos décadas del siglo xx a un derecho orientado a combatir la inseguridad y proveer seguridad, un derecho que Maria Laura Böhm denomina *anti securitas*.²¹

En contrapartida con la positivización internacional de los derechos humanos y ante diversos eventos de violencia política y social, de la expansión de la criminalidad transnacional y del terrorismo, amplios sectores de la población reclaman seguridad a la vez que grupos en situación de vulnerabilidad —mujeres, víctimas de delito, personas con preferencias sexuales diversas— exigen ser atendidos en su singularidad. Incluso aquellos movimientos políticamente alternativos o antiestatales, que en sus inicios mostraban poca confianza en el Estado y en la Ley, fueron mi-

la modernidad; *Estudios de derecho penal*, Lima: Ara Editores, p. 113. El autor habla de una lógica *fuzzy* en el pensamiento jurídico contemporáneo según la cual los conceptos no tienen límites nítidos e incommunicables, sino que existen figuras intermedias como, por ejemplo, la *recklessness* angloamericana.

²⁰ La “confiscación del conflicto” (del derecho lesionado de la víctima) por parte del poder estatal se generalizó en Europa a partir del siglo xvi, al unísono con el nacimiento del Estado moderno. La víctima es vista como objeto de protección, pero el conflicto se entabla entre el acusado y el soberano. Cfr. Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slocar, A. (2001), *Derecho penal; Parte general*, México: Porrúa, p. 220 y ss.

²¹ Böhm, M. L., (2012), “El *ente insecuritas* y la inseguridad del derecho penal. Reflexiones a partir del caso alemán”. Texto originalmente publicado en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, Año II, Nº 3, abril 2012, pp. 156- 80. Disponible y consultado en <https://rii.austral.edu.ar/handle/123456789/1688>. Fecha de consulta (9/09/2022). La autora alude al enfoque anglosajón que señala al delincuente como un otro, extraño y peligroso y lo equipara al enfoque alemán del derecho penal del enemigo.

grando hasta convertirse en promotores del derecho penal e impulsores activos de leyes.²² Esto fue y sigue siendo capitalizado por grupos de distinto signo político en busca de apoyo popular y de legitimación de sus actuaciones.

Es en 1995 cuando Bottoms identifica en un famoso escrito el *Populist Punitiveness*, publicación que, según Maximo Sozzo, inicia el debate sobre la lógica punitivista en el derecho penal contemporáneo.²³ El populismo punitivo, como se ha acogido el término en español, reivindica lo que la gente quiere, piensa y siente sobre el delito. Las iniciativas legislativas se legitiman por el respaldo popular. Expresa un rechazo al *establishment*, al sistema penal institucionalizado.

Este discurso político represivo cuestiona los sistemas penales garantistas argumentando que son diseñados pensando en el delincuente, y no en el ciudadano honesto y trabajador —posible víctima—, y pone su mira en ciertos grupos sociales con perfiles peligrosistas.²⁴

Un rasgo que identifica al denominado populismo punitivo es la oposición entre la gente y el experto. Esta persona es desplazada parcialmente en su capacidad de influir a las autoridades estatales en la medida en que su opinión contrasta con la voz popular. El agente estatal, el legislador entre ellos, tiende a beneficiar al gran público. Maximo Sozzo señala que incluso “algunos políticos profesionales han politizado la cuestión del delito y encuentran en ella un escenario en el cual competir política y electoralmente y obtener ventajas, apostando a la promoción de medidas e iniciativas de tendencia política”.²⁵ Esta corriente impacta sin duda alguna en América Latina, donde se destaca la tendencia al aumento de las punibilidades. Algunos políticos latinoamericanos han buscado con-

²² Albrecht, P. A. (2000), “El derecho penal en la intervención de la política populista”, *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Instituto De Ciencias Criminales De Frankfurt (Ed.) Área De Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), p. 479. pp 471 - 486

²³ Gómez, A. y Proaño, F. (2012), “Entrevista a Máximo Sozzo: ‘¿Qué es el populismo penal?’”, *Urvió, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, No. 11, Quito, marzo 2012: 117-122

²⁴ Traversa, R. (2014). Neopunitivismo y control social. Reflexiones sobre la represión selectiva de la política populista. *Paranorama*, 8(15), p. 136, 133-143.

²⁵ Gómez, A. y Proaño, F. (2012), “Entrevista a Máximo Sozzo”, *op. cit.* p. 119. El artículo en cuestión es Bottoms, A. (1995) “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, en C. Clarkson and R. Morgan (eds), *The Politics of Sentencing Reform*, pp. 17-49, Oxford: Clarendon Press.

Abuso y límites del poder penal en la determinación de los contenidos de la legislación penal

sensu y legitimidad proponiendo un derecho penal más represivo e inflexible.²⁶ El actual presidente de El Salvador es un claro ejemplo de ello, por mencionar solo alguno.

Al tiempo que un sector importante de la población atemorizado por el incremento de la violencia generalizada y desalentado por la ineficacia de las autoridades para controlarla reclama más pena, más cárcel, más represión para esos “otros” que representen un peligro para la sociedad, la gran mayoría de los dogmáticos penales latinoamericanos han criticado el populismo penal e impulsan un sistema penal garantista que limite el *ius puniendi* estatal. Destaca la postura de Daniel Pastor, quien prefiere hablar de neopunitivismo, entendido ello como corriente político-criminal que se caracteriza por la renovada creencia mesiánica de que el poder punitivo puede y debe llegar a todos los rincones de la vida social. Señala que se ha recurrido al derecho penal como práctica para intentar solucionar los más variados conflictos en la vida social. Pastor reprocha, incluso, a organismos y activistas de derechos humanos, así como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos haber privilegiado la respuesta penal ante las violaciones de derechos humanos, incurriendo en la misma práctica que esos actores critican al Estado.²⁷

Hay entre los dogmáticos quienes sostienen posturas disidentes a las propuestas limitadoras del accionar penal, como las de Ferrajoli o Zaffaroni. Gargarella es uno de ellos. Critica a estos autores por oponerse a la democratización del derecho penal. Gargarella dice que las corrientes garantistas sospechan de la democratización del sistema porque la relacionan con el populismo punitivo, con el derecho penal *anti securitas*, en el que prevalece la reacción represiva atendiendo a los clamores de seguridad y justicia de la sociedad, especialmente de las víctimas; y esto es un error. Gargarella propone que las normas sean construidas por todos, reconocidas por todos como propias. Esto no es lo que ocurre en nuestros países, sostiene este autor, en los que las personas a las que se les aplican las leyes penales tienden a no reconocerse a sí mismas en dichas normas; los grupos desventajados de la sociedad no entienden lo que dice el derecho.²⁸ La idea de

democratizar la toma de decisiones penales sin caer por ello en posturas radicalizadas del populismo y del neopunitivismo es compartida por Díez Repollés, quien propone un modelo racional para la creación de las normas penales.

En la propuesta de racionalizar la actividad legislativa Díez Repollés señala cinco niveles de la racionalidad: la racionalidad ética que garantiza que la decisión legislativa sea coherente con los valores sociales vigentes; la racionalidad teleológica que exige que su contenido se establezca tras un debate público abierto en el que se pueden exponer y argumentar cualesquiera ideas, opiniones o intereses de acuerdo con las pautas deliberativas propias de una sociedad democrática; la racionalidad pragmática que atiende las capacidades reales de la pretendida intervención penal, a su probable eficacia; la racionalidad sistemática se enfoca en que los fines y el contenido de la nueva ley penal se inserten de modo coherente en el ordenamiento jurídico vigente, sin generar contradicciones, y la racionalidad lingüística que debe hacer constar que el mensaje contenido en la norma sea claro y accesible para todos los destinatarios.²⁹ Díez Repollés distingue tres etapas por las que atraviesa el proceso: la prelegislativa, que inicia ante una problemática social que es tratada penalmente; la fase parlamentaria que abarca la iniciativa, la discusión y, en su caso, la aprobación de la nueva norma y la fase post legislativa o de evaluación que comienza con la entrada en vigor de la ley y puede dar lugar a que actores sociales o políticos consideren que la ley ya no cumple con los requerimientos de la sociedad y se inicie un nuevo proceso legislativo.³⁰ La etapa prelegislativa es de suma importancia en el esquema propuesto por este autor. En ella, una vez que se ha identificado el problema han de tenerse en cuenta los grupos de presión que intentan incidir en el contenido de la nueva norma. Díez Repollés reconoce la sobrerrepresentación en el momento actual de grupos de presión legos, especialmente de víctimas y mediáticos. Admite el poder de las burocracias gubernamentales, más que las partidarias, a la hora de la elaboración del proyecto

dación democrática del derecho penal, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pp 17 y 25.

²⁹ Díez Repollés. J.L. (2019), “La racionalidad legislativa penal decisiones en un procedimiento socio-legislativo complejo”, Daniel Oliver-Lalana, A. (ed.), *La legislación en serio; Estudios sobre derecho y jurisprudencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 131 a 137, pp. 119-170

³⁰ *Idem*, p. 121.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Pastor, D. (2005), “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, *Nueva Doctrina Penal*, 1, 73-114, pp. 76 y ss.

²⁸ Gargarella, R. (2016), *Castigar al prójimo; Por una refun-*

que se presentará a la discusión parlamentaria.³¹ Es en este momento y con estas interacciones donde debiera neutralizarse las corrientes punitivistas, atendiendo a las racionalidades propuestas. De esta manera podría lograrse una mayor democratización del sistema respetando los principios constitutivos del mismo.

4. El sistema penal mexicano entre el garantismo y el populismo

El sistema penal mexicano no ha permanecido aislado a los avatares mencionados. El enfrentamiento entre las corrientes garantistas y las que buscan una mayor eficacia del sistema penal a través del endurecimiento de las penas y la limitación de garantías procesales ha estado presente en todo momento en México y se ha reflejado en la actuación del Poder Legislativo. A toda reforma legislativa orientada a adecuar el derecho penal en el ámbito sustantivo y procesal en el marco de los derechos humanos y de los estándares internacionales propios de un sistema garantista le ha acompañado alguna contrarreforma, que ha significado un retroceso en ese campo, en algunos casos las nuevas normas han incluido contenidos contradictorios. En las últimas dos décadas del siglo pasado se modificó la legislación penal secundaria para eliminar los resabios del derecho penal peligrorista, de corte autoritario y, en contrapartida, se dictó una ley que crea un sistema penal de excepción para la delincuencia organizada.

La incorporación de nuevos actores en el escenario penal modificó necesariamente los principios, derechos, prácticas e instituciones que componen el sistema penal. La proporcionalidad, la *ultima ratio* han de ponderarse con los de máxima protección de la víctima, acceso a la justicia. Los derechos de las víctimas de delito fueron positivizados en instrumentos internacionales, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) los incorporó en la última década del siglo XX en el mismo artículo, el 20, en el que se reconocían los derechos de los acusados de cometer un delito.

La reforma que mejor ejemplifica las contradicciones del legislador penal es la de junio de 2008 que sentó las bases del proceso penal acusatorio al mismo tiempo que mantuvo una situación de excepción para la delincuencia organizada, incorporó la extinción

de dominio y, en contra de los postulados del nuevo modelo procesal, reguló en el texto constitucional la prisión preventiva oficiosa. Por ello fue calificada por García Ramírez como una reforma ambigua, según palabras de este autor: “el conjunto de las novedades plausibles se empaña con otro conjunto: las novedades cuestionadas y deplorables, que también pueblan la ley suprema y fijan la ruta de la navegación penal”.³²

El parteaguas para el ingreso del derecho internacional de los derechos humanos al sistema jurídico mexicano fue la aceptación en 1998 de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³³ Diversas sentencias de la Corte Interamericana de Justicia en las que se condena al Estado mexicano por violación de derechos humanos en temas relacionados directamente con el sistema penal han obligado a las distintas instancias estatales (ejecutivo, judicial y legislativo) a adecuar, en primer lugar, las normas vigentes a lo establecido en marco internacional de referencia. Este proceso ha alcanzado su máximo desarrollo con la reforma al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el que se establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección. La incorporación expresa en el texto constitucional de los derechos humanos y del principio de interpretación *pro persona* determinó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación iniciara una Nueva Época, la Décima, en la que ha emitido múltiples resoluciones en materia de aplicación e interpretación de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales.³⁴ Significó también el reconocimiento de un Estado de derecho constitucional, en el que la validez de las leyes no depende solamente de su forma de creación sino de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales.³⁵ Esta

³² García Ramírez, S. (2013) “La reforma procesal penal en la constitución mexicana: ‘transacción y transición’”, pp. 518 y 519. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/23.pdf>. Fecha de consulta 11/09/2022). En el mismo sentido ver Azzolini Bincez, A. (2012), *op. cit., passim*.

³³ Aceptación de México: 16 de diciembre de 1998; Decreto Promulgatorio DOF 24 de febrero de 1999; Fe de erratas DOF 25 de febrero de 1999.

³⁴ La resolución Varios 912/2010 en la que se analiza el alcance del caso Radilla ha dado pie al control difuso de constitucionalidad.

³⁵ Ferrajoli, L., (2001), “Pasado y futuro del Estado de derecho”, *rijp*, 17, p. 34. Disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/>

³¹ *Idem*, p. 125.

Abuso y límites del poder penal en la determinación de los contenidos de la legislación penal

reforma ha sido, en palabras de Luis González Placencia, la reforma constitucional de mayor trascendencia desde 1917.³⁶ Esta reforma trasciende a todos los ámbitos del sistema jurídico mexicano, y tiene implicaciones muy relevantes en el sistema penal.³⁷ Las políticas públicas y, en consecuencia, la política criminal han de estar orientadas al respeto y protección de los derechos humanos de todas las personas. El propio texto constitucional alude a que las normas de derechos humanos han de interpretarse en su acepción más amplia, favoreciendo a todas las personas; esto constituye el principio *pro persona*.

En este contexto, en un modelo de justicia penal de derechos, ha de existir un equilibrio entre los derechos del imputado y la víctima en el marco del debido proceso; el delito ha de entenderse como una conducta realizada en un determinado entorno y circunstancias y no producto de la peligrosidad de una persona, debe respetarse la dignidad del delincuente; el legislador no debe actuar guiado por su ideología, creencias morales o religiosas o el interés político

electoral, por mencionar algunas de las implicaciones que González Placencia analiza en detalle y profundidad.³⁸ Es decir que el Estado mexicano se proclama como un Estado constitucional de derecho en el que las normas han apegarse formal y materialmente al marco constitucional. Los principios tradicionales ya analizados del sistema penal se complementan con la aplicación *pro persona* que implica el reconocimiento y respeto de la dignidad humana como eje del sistema. Subsidiariedad como expresión de proporcionalidad, *ultima ratio*, minimización de la violencia y maximización de la libertad han de permear el diseño y desempeño del sistema penal.

Aunque la llamada *Ley de Hume* ha sido puesta en duda sobre su contenido y alcances, es posible afirmar que de los cambios normativos no se siguen necesariamente transformaciones en el mundo fáctico.³⁹ La realidad es compleja, así como las interpretaciones sobre la misma. Como se ha visto, el movimiento en favor de los derechos humanos, su reconocimiento y aplicación se entrecruza con aquellos que, reclamando en parte justicia y protección para las víctimas, buscan una mayor eficacia preventiva del sistema penal y en razón de ello justifican todos los medios de intervención estatal.⁴⁰

La reforma de 2011 significó un avance muy importante en el reconocimiento de los derechos humanos, pero no ha sido suficiente para que el legislador revise los contenidos autoritarios y violatorios de derechos preexistentes a la misma. Al día de hoy se mantiene la prisión preventiva oficiosa, las penas desproporcionadas, la extinción de dominio. Ella tampoco ha impedido que legislador penal siga actuando en franca violación al marco constitucional. El ideal del proceso legislativo racional propuesto por Díez Reppóllés no es representativo de lo que pasa en el país. Los actores con intereses propios, los políticos que buscan legitimación se han impuesto muchas veces frente al necesario equilibrio de todo sistema penal democrático. Como ejemplo de ello se analizarán en

eserv/bibliuned:filopoli-2001-17-0011/pdf, consultada el 7 de junio de 2016. Texto mencionado en Azzolini Bincas, A. B. (2019), "Las violaciones de derechos humanos en el sistema penal mexicano", *Alegatos*, Número 100, septiembre-diciembre 2018, pp 539-562.

³⁶ González Placencia, L. (2015), "Implicaciones de la reforma constitucional de junio de 2011", en Tenorio Tagle, F. (Coord.), *El sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestión criminal; Ensayos en honor a Massimo Pavarini*, México: INACIPE, p. 145.

³⁷ "Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas".

³⁸ González Placencia, L. (2015), *op. cit.*, *passim*.

³⁹ Widow Lira, F. (2015), "La ley de Hume en Hume: la discusión de la interpretación analítica de Treatise III, 1, i", *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, Vol. 32, Núm. 2 (2015), pp. 415-434.

⁴⁰ Albrecht, P.A. (2000), "El derecho penal en la intervención de la política populista", *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Instituto De Ciencias Criminales De Frankfurt (Ed.) Área De Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), 471-486, p. 474.

el apartado siguiente algunas disposiciones más o menos recientes incorporada en el Código Penal para el Distrito Federal. El caso de la Ciudad de México no es una excepción, es paradigmático ya que por varios años la capital del país significó una avanzada de propuestas de corte garantista.⁴¹ El tema ha sido analizado por diferentes autores haciendo mención de lo que ocurre en otras partes del país.

5. Los avances del populismo en la legislación penal de la Ciudad de México

La legislación penal de la Ciudad de México es relativamente reciente. El Código Penal para el Distrito Federal entró en vigor en noviembre de 2002.⁴² En la parte general sobre todo se percibe la intervención de académicos y expertos en el ámbito penal. La parte especial sigue el orden propio de legislaciones de corte liberal, inicia protegiendo los bienes jurídicos individuales y relega a segundo término aquellos de carácter estatal. El nuevo instrumento no refiere a la reincidencia, solamente se prohíben la aplicación de sustitutivos de la pena de prisión cuando se trate de un sujeto al que anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio y cuando no proceda en los términos de las leyes respectivas (artículo 86). Las punibilidades de la parte especial eran, en general, más bajas que las del Código Penal Federal, aunque más altas que en los estándares occidentales.

La Ciudad de México se ha caracterizado por posturas vanguardistas en el tema de derechos humanos. El código representó en su momento un avance de las posturas garantistas. Esta línea siguió vigente en la reforma de 2007 en la que despenalizó el aborto en las primeras doce semanas de gestación. Reforma

que generó en su momento mucha controversia, pero que responde a un reclamo de importantes sectores de la población. En todo caso es una reforma despenalizadora que reduce el *ius puniendi* estatal y no ha significado, en los hechos, una afectación de derechos para la población.

A partir de 2019 se llevaron a cabo un conjunto de reformas al Código Penal para el Distrito Federal (CPDF) orientadas a incorporar instituciones de corte peligrosistas, como la reincidencia y el registro de personas agresoras sexuales; a incrementar punibilidades en el feminicidio, a aumentar la edad de la persona sujeto pasivo de la violación equiparada y a penalizar cualquier supuesto de terapia de conversión:

1. *Reincidencia.* Esta figura ha sido objeto de múltiples críticas porque implica sancionar a una persona por su vida pasada al incrementar de manera importante la punibilidad por el nuevo delito. El artículo 29 ter incorporado en 2019 establece:

En caso de que el imputado por algún delito doloso calificado por la ley como grave o que amerite prisión preventiva oficiosa, según corresponda, fuese reincidente por delitos de dicha naturaleza, la sanción aplicable por el nuevo delito cometido se incrementará en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la pena máxima prevista para éste, sin que exceda del máximo señalado en el artículo 33 del presente Código.

El incremento de punibilidad no se justifica si la persona ya fue sancionada por la conducta anterior. La imposición de una sanción más grave no impedirá necesariamente la comisión de nuevos delitos una vez que la persona haya cumplido la segunda condena, que en nuestro sistema será seguramente muy prolongada. La determinación de la segunda condena excederá necesariamente el grado de culpabilidad del sujeto. La culpabilidad es uno de los principios reconocidos por el CPDF en el artículo 5. A su vez, el artículo 72 prevé que el juez “determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente”.

⁴¹ Se han publicado libros y artículos sobre el tema. Destaca el libro de Vidaurri Aréchiga, M. (2021), *Indagaciones en torno al populismo penal en México*, México: Tirant lo Blanch. En el texto se analizan casos de diversas entidades federativas en las que se identifican legislaciones orientadas por corrientes populistas.

⁴² El originalmente denominado Nuevo Código Penal para el Distrito Federal entró en vigor el 12 de noviembre de 2002. Es resultado de las reformas constitucionales de 1996 en la que se facultaba a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal a legislar en las materias civil y penal a partir del 1º de enero de 1999. La Asamblea emitió un primer ordenamiento, cuyo contenido era el del Código Penal Federal de 1931 con varios artículos derogados para efectos de “desfederalizarlo”. Este texto de naturaleza singular estuvo vigente hasta la fecha mencionada al inicio. El Código de 2002 ha sido objeto de múltiples reformas, algunas de las cuales aquí se comentan.

Abuso y límites del poder penal en la determinación de los contenidos de la legislación penal

La incorporación de esta figura era innecesaria y es incongruente con los principios reconocidos en el propio código.

2. *Registro Público de Personas Agresoras Sexuales (RPPAS)*. Este registro responde a los reiterados reclamos de grupos principalmente feministas. En algunos países este registro contiene datos de agresores sexuales de personas menores de edad y tiene por finalidad que, una vez cumplida la condena las personas registradas no puedan trabajar con niñas, niños y adolescentes. En el CPDF el artículo 69 ter obliga al juez, en el caso de personas condenadas por feminicidio cuando la víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo, violación, violación equiparada, violación equiparada contra persona menor de 12 años (181 bis), turismo sexual (art. 186) y trata de personas (art. 188bis), a ordenar invariablemente su registro en el RPPAS por un mínimo de 10 y un máximo de 30 años. Además, se establece que el registro se extenderá de 10 a 30 años contados a partir de que la persona es puesta en libertad por cualquier motivo distinto a la sustitución, suspensión o cumplimiento de esta. La duración máxima del registro es excesiva, y no queda claro en qué casos se extiende. Tal como está redactado se extendería aunque mediara indulto por reconocimiento de inocencia.

Este tipo de registros ha sido cuestionado. Dificulta en gran medida la reinserción social del sujeto, si es que esta puede tener lugar después de penas tan largas como las contempladas en nuestro sistema. En todo caso la regulación muestra inconsistencias en cuanto la extensión del registro, que no es clara, y en cuanto a la violación de menores de 12 años del artículo 181 bis, ya que como se verá a continuación este artículo hace referencia a personas menores de 18 años y no de 12.

3. *Feminicidio*. El concepto actual de feminicidio se popularizó en la década de los 70 del siglo pasado cuando los movimientos feministas reintrodujeron el término y lo politizaron para llamar la atención sobre la desigualdad de género.⁴³ La tipificación del feminicidio en Méxi-

co tuvo lugar en medio de discusiones teóricas e ideológicas de distinto signo y se desarrolló en diversos niveles. Los penalistas dogmáticos rechazaban un tipo penal que, en definitiva, proteja la vida de las mujeres, bien jurídico que goza de amplia protección ante diversas formas de ataque. Argumentaron, también, que la vida es igualmente valiosa para cualquier ser humano, se trate de hombres o mujeres, niños o ancianos. En igual sentido se expresaba la mayoría de los operadores del sistema penal, sin una reflexión fundada en los principios del sistema, pero sí en la experiencia y en el sentido común que les permitía intuir que no había diferencia entre las vidas humanas, además de que a los hombres los matan más que a las mujeres. Se argumentó que con este tipo penal se violaba el principio de igualdad ante la ley, pero la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha reiterado que la figura no vulnera el principio de igualdad, que ella “responde a una finalidad constitucional, pues busca lograr un mayor alcance y protección de los derechos de las mujeres, en especial, el derecho a vivir libres de cualquier tipo de violencia”. Estas conductas, siguió diciendo el alto tribunal:

... afectan no sólo la vida, la integridad física, psíquica y la libertad sexual, sino que también son cometidas con base en la discriminación y subordinación implícita contra las mujeres, es decir, por razones de género; de ahí que el citado precepto legal constituye una medida objetiva y racional, ya que se garantiza la equidad al establecer mecanismos de protección a la integridad de las mujeres que han sufrido violencia.⁴⁴

lence against women, its causes and consequences, Rashida Manjoo”, UN, A/HRC/20/16 (23 de mayo de 2012). Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/A.HRC.20.16_En.pdf (18/06/2020). Citado por Saccomano, C. (2017), “El feminicidio en América Latina: ¿Vacío legal o déficit del Estado de derecho?”, *Revista cidob d’Afers Internacionals*, Número 117, p. 54.

⁴⁴ FEMINICIDIO. EL ARTÍCULO 153-A DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO, QUE TIPIFICA EL DELITO DE HOMICIDIO POR CUESTIONES DE GÉNERO, NO TRANSGREDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 28, marzo de 2016; Tomo I; Pág. 979. 1a. LIV/2016 (10a.). Registro No. 2 011 230.

⁴³ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, OHCHR (2012), “Report of the Special Rapporteur on vio-

Esta decisión, a pesar de tratarse de una tesis aislada, ha impactado y ha sido aplicada por tribunales inferiores. La decisión contiene razones de peso para superar el argumento de que la tipificación del feminicidio transgrede el principio de igualdad. La figura no hace más que atender a una desigualdad que está presente en la realidad cotidiana.

La inclusión de la figura en el CPDF es entendible a la luz de la perspectiva de género que busca visibilizar la situación de violencia a la que vivimos sometidas gran parte de las mujeres, aunque los detalles de la regulación son discutibles. Es, en cambio, criticable que la punibilidad prevista para el feminicidio sea superior a la del homicidio calificado. La figura se justifica para evidenciar la vulnerabilidad de la víctima, pero ello no hace más valioso al bien jurídico “vida de una mujer” que “vida de un niño, niña adolescente, hombre o mujer que murió en circunstancias que no permiten apreciar la perspectiva de género”. La mayor punibilidad no evitará futuros feminicidios *per se* y genera una desproporción en la protección de la vida.

4. *Edad del sujeto pasivo de violación equiparada.* Esta representa la mayor inconsistencia e irracionalidad de las reformas de corte populista llevadas a cabo por el legislador de la Ciudad de México. El título quinto de la Parte Especial del CPDF “Delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual” incluye el capítulo VI que se denomina “Violación, Abuso Sexual y Acoso Sexual, Cometido a Menores de Doce Años de Edad”. Aunque el título se ha mantenido desde que fue incorporado en 2011, en el año 2021 se modificó el artículo 181 bis que en su primer párrafo ahora señala:

Al que realice cópula con persona de cualquier sexo menor de dieciocho años, se le impondrá de doce a veinte años de prisión. Es decir que al contrario de lo que sugiere el título del capítulo se considera violación tener cópula con persona menor de 18 años sin violencia.

Esta disposición no atiende a la realidad de las y los jóvenes de la Ciudad de México que en un gran número ejercen su sexualidad antes de alcanzar los 18 años. Pero, lo que es peor, es contradictoria con otros artículos del mismo código como por ejemplo el 180 que regula el estupro. En él se amenaza con seis meses a cuatro años de prisión al que tenga cópula con persona mayor de doce y menor de dieciocho años, obteniendo su consentimiento por medio de cualquier tipo de engaño. Es decir, si tiene cópula consentida con persona menor de 18 años se le podrá imponer una pena de 12 a 20 años de prisión; si tiene cópula por medio del engaño con persona entre 12 y menos de 18 años, de seis meses a cuatro años de prisión.

La disposición desconoce, además, otras regulaciones como la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes que en el artículo 55 reconoce el derecho de las y los adolescentes privados de la libertad a recibir visita íntima: “La persona adolescente emancipada privada de la libertad tendrá derecho a visita íntima sin que la autoridad del Centro de Internamiento pueda calificar la idoneidad de la pareja. El mismo derecho aplica para las personas adolescentes que acrediten concubinato...”

El texto del CPDF está inspirado en una concepción de moral privada, propia de padres y madres de familia conservadores, valoración que no es razonable para inspirar un tipo penal. Un joven de 18 años que tuviera relaciones sexuales con su novia o novio de 17 años estaría cometiendo violación, podría ser condenado a 12 años de prisión y a 10 años de RPPAS si se impusieran las condenas mínimas.

5. *Terapia de conversión.* La prohibición de imponer obligatoriamente a una persona una terapia de reconversión parece razonable. Ello atenta contra el libre desarrollo de la personalidad

El artículo 190 Quáter, incorporado en 2020 señala:

Se entiende por terapias de conversión, aquellas prácticas consistentes en sesiones psicológicas, psiquiátricas, métodos o tratamientos que tenga por objeto anular, obstaculizar, modificar o menoscabar la expresión o identidad de género, así como la orien-

Abuso y límites del poder penal en la determinación de los contenidos de la legislación penal

tación sexual de la persona, en las que se emplea violencia física, moral o psicoemocional, mediante tratos crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la dignidad humana.

La punibilidad es de dos a cinco años de prisión y de 50 a 100 horas de trabajo en favor de la comunidad.

Sin embargo, parece excesivo sancionar de igual manera a quien imparte la terapia con consentimiento de la persona que es objeto de esta. Habrá que valorar en cada caso la pertinencia de la sanción penal.

Estas mismas prácticas se utilizan, en ocasiones, para terapias de desintoxicación y no son objeto de sanción penal.

Estos cinco ejemplos ponen en evidencia que el legislador penal de la Ciudad de México no ha respetado los principios del derecho penal democrático: los textos reseñados no cumplen con la *ultima ratio* ni con la proporcionalidad. Las punibilidades previstas son excesivas (feminicidio, RPPAS), no son estrictamente necesarios (terapias de conversión voluntarias), no atienden a un derecho penal de acto (reincidencia) no afectan bien jurídico alguno (cópula consentida con persona menor de 18 años).

El legislador tampoco ha cumplido con los principios de racionalidad legislativa. En la etapa prelegislativa ha sucumbido a grupos de presión con una visión parcial de la realidad de la Ciudad de México y de los valores democráticos. Ha actuado en contra de los fines perseguidos por el derecho penal democrático que no busca moralizar a la sociedad sino procurar la convivencia pacífica de sus miembros, respetando los valores y las creencias que no afecten al conjunto social. Ha generado contradicciones penalizando conductas que están permitidas en la legislación penal y que son incongruentes con las disposiciones del mismo código, como la cópula con menor de 18 años y el estupro.

Lo que ocurre en la legislación penal de la Ciudad de México no es una excepción, algo similar puede verse en otras entidades federativas y en la legislación federal. Lo mismo se ha señalado de otros países. Pero ello no justifica al legislador de la capital de la República, que se había caracterizado por una legislación penal de corte garantista.

6. Reflexiones finales

La necesidad de limitar el *ius puniendi* es producto de la experiencia histórica. Esta limitación no obedece únicamente a que el derecho penal es la reacción más enérgica del Estado hacia las personas, a que la sanción penal es la más grave; se ha comprobado que la aplicación misma del sistema penal es problemática para el individuo y para la sociedad. De ahí que un sistema penal acotado que minimice la violencia y maximice la libertad es congruente con los valores y programas que la comunidad internacional ha consagrado en los principales instrumentos de derechos humanos y que han sido incluidos en muchas de las constituciones actuales de los países occidentales.

Los principios de fragmentariedad y subsidiariedad y, en especial, el de *ultima ratio* constituyen los límites ineludibles del sistema penal en un Estado democrático de derecho. Ellos se complementan con los de lesividad, culpabilidad y humanidad que descansan en el respeto a la dignidad humana y a la necesidad de racionalidad en la actuación estatal.

En un modelo de justicia penal de derechos, como el consagrado en la CPEUM, los principios mencionados tienen plena vigencia. El reconocimiento de nuevos actores en el sistema penal no debe ser un factor de limitación de derechos de los sujetos que tradicionalmente formaban parte del mismo. Ha de existir un equilibrio entre los derechos del imputado y la víctima en los distintos niveles de actuación estatal.

Sin embargo, la realidad del día a día se rebela constantemente contra la racionalidad jurídica. Quienes se inclinan por reivindicar lo que “la gente” quiere, piensa y siente sobre el delito consideran que las actuaciones penales del Estado se legitiman por el respaldo popular. Rechazan al sistema penal institucionalizado y menosprecian los principios en los que descansa. Esta postura no es desinteresada, quienes la defienden buscan obtener un rédito político al apoyar medidas populares, sin importar las consecuencias que estas tengan en la vida de las personas y en el conjunto social.

Las posturas de este tipo atraviesan todo el sistema, pero es en el proceso legislativo donde se visualizan nítidamente. Los pasos y los principios que han de guiar la actuación de un legislador democrático son obstruidos por la intervención de grupos de interés que propician e imponen normas que no son

congruentes con el sistema, que implican medidas desproporcionadas y que atentan contra la dignidad de las personas.

El caso del legislador de la Ciudad de México, al que se hizo referencia en este escrito, es solo un ejemplo de lo que está ocurriendo en gran parte de nuestro país. Corresponde a quienes se ocupan de estudiar y analizar el sistema penal desde una perspectiva interseccional oponerse a los embates del populismo y rechazar las arbitrariedades del legislador.

7. Fuentes consultadas

- Aguiló, J. (2004), “La Constitución del Estado constitucional”. Colombia: Palestra Editores.
- Albrecht, P. A. (2000), “El derecho penal en la intervención de la política populista”, *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Instituto De Ciencias Criminales De Frankfurt (Ed.) Área De Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), pp. 471-486.
- Azzolini, A. (1997), *Culpabilidad y punición*, México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- Azzolini Bincaz, A. (2012), *El sistema penal constitucional; El laberinto de la política criminal del Estado mexicano*, México: Ubijus, Félix Cárdenas S.C. (Colección Sistema Acusatorio, 7).
- Azzolini Bincaz, A. B. (2019), “Las violaciones de derechos humanos en el sistema penal mexicano”, *Alegatos*, Número 100, septiembre-diciembre 2018, pp. 539-562
- Böhm, M. L. (2012), “El ente inseguras y la inseguridad del derecho penal. Reflexiones a partir del caso alemán”. Texto originalmente publicado en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, Año II, N° 3, abril 2012, pp. 156-80. Disponible y consultado en <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1688>. Fecha de consulta (9/09/2022).
- Bottoms, A.E. (1995), “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, en C. Clarkson y R. Morgan (eds), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford: Clarendon.
- Colomar Viadel, A. (2015), “Tendencias del constitucionalismo en el siglo XXI: cuestionamientos e innovaciones constitucionales”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, pp. 329-351. Disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/16086/13910> (17/03/2021).
- Díez Repollés, J.L. (2019), “La racionalidad legislativa penal decisiones en un procedimiento socio-legislativo complejo”. Daniel Oliver-Lalana, A. (ed.), *La legislación en serio; Estudios sobre derecho y jurisprudencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 119-170.
- Donini, M. (2010), *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad; Estudios de derecho penal*, Lima: Ara editores.
- Ferrajoli, L. (1995), *Derecho y razón; Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L., (2001), “Pasado y futuro del estado de derecho”, *rifp*, 17, p. 34; disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:filopoli-2001-17-0011/pdf> (consultada el 7 de junio de 2016).
- Ferrajoli, L. (2004), *Epistemología jurídica y garantismo*, México: Fontamara.
- García Ramírez, S. (2013) “La reforma procesal penal en la constitución mexicana: ‘transacción y transición’”. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/23.pdf> (Fecha de consulta 11/09/2022).
- Gargarella, R. (2016), *Castigar al prójimo; Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Gómez, A. y Proaño, F. (2012), “Entrevista a Máximo Sozzo: ‘Qué es el populismo penal?’”, *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*. No. 11, Quito, marzo, pp.117-122.
- González Placencia, L. (2015), “Implicaciones de la reforma constitucional de junio de 2011”, Tenorio Tagle, F. (Coord.), *El sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestión criminal; Ensayos en honor a Massimo Pavarini*. México: INACIPE.
- Jakobs. G. (1997), *Derecho penal, Parte general; Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid: Marcial Pons.
- Mir Puig, S. (2007), *Derecho penal; Parte general*, 7ª. edición, Buenos Aires: Editorial B de F.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, OHCHR (2012), “Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Rashida Manjoo”, UN, A/HRC/20/16 (23 de mayo de 2012). Dispo-

Abuso y límites del poder penal en la determinación de los contenidos de la legislación penal

- nible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/A.HRC.20.16_En.pdf (18/06/2020). Citado por Saccomano, C. (2017), “El feminicidio en América Latina: ¿Vacío legal o déficit del Estado de derecho?”, *Revista cidob d’Afers Internacionals*, núm. 117.
- Pastor, D. (2005). “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, *Nueva Doctrina Penal*, 1, pp. 73-114.
- Pérez Manzano, M. (1986), *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.
- Prittwitz, C. (2000), “El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?; Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal”, *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Instituto De Ciencias Criminales De Frankfurt (Ed.) Área De Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), pp. 427-444.
- Roxin, C., Arzt, G. y Tiedemann, K. (1989), *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, Barcelona: Ariel.
- Silva Sánchez, J. M. (2003), *La expansión del derecho penal*, Madrid: Civitas.
- Traverssa, R. (2014), “Neopunitivismo y control social. Reflexiones sobre la represión selectiva de la política populista”, *Panorama*, 8, pp. 133-143.
- Vidaurri Aréchiga, M. (Director) (2020), *Indagaciones en torno al populismo penal*, México: Tirant lo Blanch.
- Widow Lira, F. (2015), “La ley de Hume en Hume: la discusión de la interpretación analítica de Treatise III, 1, i”, *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, Vol. 32, Núm. 2 (2015), pp. 415-434.
- Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slocar, A. (2001), *Derecho penal; Parte general*, México: Porrúa.



FGR
FISCALÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

48^{INACIPE}
AÑOS
1976 • 2024

Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal

