

ORIENTACION TECNICA DOCTRINARIA DE LA LEGISLACION PENAL EN MEXICO

POR JOSE ANGEL CENICEROS

I--CONTRA LAS LEYES DOGMATICAS Y CASUISTAS

Tradicionalmente, la estructura de nuestras leyes ha tenido dos características fundamentales en relación con la técnica al elaborarlás: las leyes mexicanas han sido dogmáticas y han sido casuistas.

Decir que nuestras leyes han sido dogmáticas significa que no sólo se ha querido establecer en ellas el precepto normativo, sino anexarle innumerables definiciones de carácter doctrinario que recuerda la Constitución española de 1812, que comenzaba por declarar que los hombres deben ser buenos. ¡Con qué afán, tradicionalmente se ha hecho de la ley un manual jurídico!

Decir que nuestras leyes han sido casuistas, es sostener que han querido prever en su articulado el mayor número posible de los casos en que la ley deberá ser aplicada.

Como consecuencia de esa tendencia dogmática y casuista, los códigos han sido de articulado copioso. El Penal de 1871 tenía 1,152 artículos, sin contar las leyes complementarias; pero el de 1929 le superó, alcanzando 1,228, porque existió el afán de injertar en la armazón del viejo ordenamiento ciertos preceptos doctrinarios, con los que se creyó dentro de un verbalismo ingenuo, que se señalaban nuevos y firmes derroteros al Derecho Penal en México.

El Código Penal de 1931 representa un intento en nuestra vida jurídica para modificar esa tradición de leyes dogmáticas y casuistas: un esfuerzo al revisar el Código anterior, de quitarle todo o gran parte de las disposiciones que hacían de él un manual imperfecto de derecho. Labor de aseo llamó a esta tarea la comisión.

Un Código Penal, se pensó, debe contener en su parte general sólo las disposiciones imprescindibles normativas de la acción del juzgador, y en su parte especial, una lista clara y neta de los hechos estimados como delictuosos con sus penas correspondientes.

Esta actitud en cuanto a la técnica general para elaborar el Código

explica la supresión de gran parte de las definiciones doctrinarias de delito o de fines de la pena, y la reducción o supresión de listas de autores, cómplices o encubridores, o de atenuantes y agravantes de primera a cuarta clase, y se robusteció con la idea de que las leyes deben ser claras, breves, sencillas, porque van a ser obligatorias para todos y no sólo para los doctos.

“Hacer un Código Penal—dice Prins en “Criminalidad y Represión”—no es crear hasta en sus más mínimos detalles una obra sistemática, sino reflejar en grandes líneas una época social. La clasificación exagerada, las subdivisiones minuciosas que quieren apoderarse de los menores matices y ocuparse de los menores detalles, forman un engranaje embrolladísimo... que hacen olvidar al magistrado el carácter social de sus funciones... y el derecho, reflejo poderoso de la realidad viva, se convierte así en una escolástica vacía y estéril. La justicia penal, buscando su línea de conducta en los textos y no en el mundo que le rodea, se debilita y pierde su prestigio.”

II--EL ARBITRIO JUDICIAL Y LA METRICA PENAL

Si observamos la evolución de los sistemas penales en México durante los últimos años, encontraremos una tendencia bien definida a restringir la función del juez, principalmente por lo que se refiere a la cuestión procesal.

Sirve de punto necesario de referencia la Constitución de 1917, porque con su artículo 21 modificó substancialmente la vida del procedimiento.

En primer lugar, hay que analizar la situación del juez en su función propiamente de juzgador, de acuerdo con el Código Penal de 1871.

El sistema seguido por dicho código descansa en el principio de que no hay delito sin ley, dogma de la escuela clásica, adoptado en la Constitución como garantía individual; la ley crea los delitos y fija las penas. Primera limitación que por ser constitucional descarta la posibilidad de un arbitrio judicial absoluto que consistiría en la facultad del juez de escoger de una lista genérica de penas ad libitum, para cada caso la que le pareciera conveniente. La ley define el delito y señala la pena, pudiendo el juez realizar la individualización dentro de un mínimo y un máximo, atendiendo a las circunstancias atenuantes y agravantes existentes. Segunda limitación al juez: el valor de esas circunstancias no depende de él, sino que la ley crea una métrica minuciosa, por medio de listas de primera a cuarta clase.

Todavía el espíritu del legislador está bajo la influencia del re-

cuerto del juez medieval, arbitrario y cruel, y con el anhelo de hacer de la ley escudo que defienda del poder público; desconfianza para el que juzga, preventivos en contra de su posible y probable arbitrariedad. Situación de resistencia a la tendencia que desde hace cien años, según Garraud, ha convertido a la historia de la penalidad en una abdicación constante y progresiva del legislador en favor de los jueces y de las autoridades administrativas.

Por lo que toca a las facultades del juez en el procedimiento, es decir, como instructor, los Códigos de Procedimientos del Distrito Federal se ajustaron hasta que entró en vigor la Constitución de 1917, a las ideas clásicas en cuanto a sistema procesal y especialmente en lo relativo a funciones del Ministerio Público y de la Policía Judicial.

Macedo, tratando esta materia, expresa: "...Ese funcionario judicial, es decir, el juez de instrucción, es quien propiamente ejerce la policía judicial y tiene la plenitud de sus poderes. Los otros funcionarios, aun el Ministerio Público, no la ejercen sino en determinados casos, con ciertos límites y en virtud de una delegación especial de la ley. El juez la ejerce por propia autoridad, en razón de su función judicial, siempre que sea competente la jurisdicción a que él pertenezca, sin otros límites que los marcados al Poder Judicial mismo."¹

"Y por lo que hace al Ministerio Público—agrega—la doctrina de los tratadistas es clara y precisa; instituido para promover la función de los tribunales y ejercitar la acción penal, es decir, desempeñar las funciones de acusador, ese carácter lo inhabilita para dirigir la instrucción y en general para formar parte de la policía judicial, porque necesariamente tiene que carecer de la imparcialidad que debe presidir a la instrucción. Al discutirse en Francia el proyecto de Código de Instrucción criminal, se consideró indispensable consignar expresamente la distinción entre ambas funciones, la de instruir y la de acusar, y un distinguido jurista observó "que es difícil que el hombre que persigue conserve su imparcialidad cuando se trate de instruir; que la diferencia que separa al Ministerio Público y los oficiales de la policía judicial, es que el primero es parte que persigue y que todos los ciudadanos deberían temblar si vieran en el mismo hombre la facultad de acusarlos y la de recoger lo que pudiese apoyar su acusación."

El Código de Procedimientos 1894 sigue ese sistema, dando a los jueces la preeminencia de excluir a cualesquiera otros funcionarios como policía judicial en sentido técnico, es decir, en la función instructora del proceso.

¹ *El Procedimiento Penal según la Constitución de 1917*, Art. 21 y párrafo 2° del 102.

Con la Constitución de 17 deja de existir esta preeminencia. Don Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, fundando el artículo 21, en síntesis expresa: a) el Ministerio Público ha sido nominal; b) los jueces han sido arbitrarios, coloniales; c) la nueva organización dará al Ministerio Público la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción, que ya no se hará por procedimientos atentatorios, y la aprehensión de los delincuentes.¹

Y la jurisprudencia uniforme de la Corte ha establecido conforme al artículo 21, que el individuo debe ser juzgado por jueces que no pertenezcan a la policía judicial, porque estando ésta subordinada al Ministerio Público, resultaría que los jueces quedarían subordinados a éste, y todo individuo debe ser juzgado por jueces independientes que no pertenezcan a la policía judicial, convirtiéndose en jueces y partes, encargados de decidir sobre la responsabilidad penal y allegar los elementos para fundar el cargo, procedimiento de oficio.²

Con esta interpretación de la Corte, el juez no sólo perdió su preeminencia como instructor, sino que se ha convertido en un mero auxiliar del Ministerio Público, que últimamente ha ido aumentando de tal manera sus atribuciones, que ya el problema no está en determinar qué es el Ministerio Público, sino qué no es.

No es el lugar ni el momento oportuno para estudiar este serio problema; sólo lo he planteado con una finalidad: señalar cómo los jueces han perdido atribuciones en el procedimiento. Han dejado de ser instructores.

Ya antes señalé las limitaciones impuestas a su acción de juzgadores, por la métrica penal del Código de 71.

Dados estos antecedentes, la comisión redactora del Código de 31 tuvo que conciliar las nuevas orientaciones de la ciencia penal que estima indispensable la existencia de un amplio arbitrio judicial como medio para realizar una eficaz individualización de las penas, con la realidad de la vida jurídica mexicana, que se caracteriza por la falta de elementos técnicos y económicos, y por la desconfianza que se tiene a los funcionarios judiciales, ya porque se dude de su capacidad, ya porque se tema que se dobleguen al poder, se rindan ante la amistad o se vendan ante el dinero.

No se pensó en un arbitrio judicial amplio, dadas las restricciones constitucionales, y porque, además, hubiera sido ir demasiado lejos

¹ *Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1917*, tomo I, Pág. 295, sesión de 1º de diciembre de 1916.

² Por ejemplo: ejecutoria de 15 de enero de 1919, Pág. 83, tomo II, del *Semanario Judicial*, Hartán Eduardo y coacusados.

después de haber vivido durante un largo lapso, un sistema minucioso de métrica penal. Si se estimó una necesidad establecer un arbitrio racional, consistente en dejar en libertad al juez para valorizar las circunstancias objetivas que concurran en la comisión del hecho delictuoso y las subjetivas del infractor.

Así se explica la desaparición de los capítulos de atenuantes y de agravantes de primera a cuarta clase, lista de veinte circunstancias atenuantes y de cincuenta y una agravantes, para sustituirlas por el artículo 51, que previene que dentro de los límites fijados por la ley los jueces aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, y por el 52, que enumera esas circunstancias en forma ilustrativa.

Textualmente el artículo 52 dice: "En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta: 1° La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido; 2° La edad, educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas; 3° Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad delincuente. El juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso."

¿Qué efectos traerá en la práctica la aplicación de estas disposiciones? Que los jueces cuyo espíritu por costumbre se había amoldado ya al sistema de la métrica casuista, sigan aprovechando las listas de atenuantes y de agravantes de primera a cuarta clase, y que los de iniciativa, los que pueden hacer de sus sentencias no un simple estudio de las condiciones objetivas en que el hecho delictuoso se realizó, y un mero enunciado de las circunstancias personales de escasa importancia que favorecen al autor del delito, sino una descripción de la personalidad psicológica, social y moral del actor en el delito; su silueta de delincuente ocasional o de hábito; un análisis de las causas mismas y móviles en que el delito se incubó y el hombre honrado se convirtió en criminal; un estudio, además de jurídico, humano, Resaltarán entonces las sentencias buenas y las malas; el público y la prensa sabrán si hay jueces a lo Magnaud en el ambiente jurídico mexicano; si la labor de los jueces es fuente para el estudio de la etiología de la delincuencia; se hará verdadera crónica del crimen.

Los artículos 51 y 52 son medulares en el Código y su valor depende del valor de los jueces que los apliquen. El margen entre el mínimo y el máximo señalado para cada delito en el Libro II, en algunos casos es amplio, pero no demasiado. Tres días a seis meses; tres días a un año o a dos; tres días a tres años; ocho a trece años, veinte a treinta en casos contados, etc.

En esa forma coonestó la comisión redactora la situación técnica y de opinión pública acerca de nuestros jueces, con la doctrina moderna penal, que tiene como uno de sus postulados fundamentales el arbitrio judicial.

Teja Zabre, en el Congreso Jurídico Nacional que aprobó unánimemente el anteproyecto de Código Penal, después de citar opiniones de distinguidos autores, para fundar el arbitrio judicial como postulado básico de una ley penal moderna, para confirmar la justificación de un arbitrio moderado en nuestro medio social y jurídico, agregó estas razones fundamentales: 1ª Dicho arbitrio ya existe de hecho. Las complicaciones del casuismo, la métrica penal y la interpretación aunque sea restrictiva de la ley, permiten a los tribunales estirar y aflojar la represión. Pero esto equivale a un arbitrio clandestino y torcido, mientras que su aplicación legal puede hacerse más racionalmente y aparejando la responsabilidad del funcionario con la aplicación de sus facultades. 2ª La división de clases y de castas por diferencias económicas y raciales ocasiona en México graves dificultades en la aplicación de las leyes penales, particularmente por la existencia de grupos indígenas no asimilados. Estas desigualdades no se pueden remediar con leyes especiales, porque ello no sería sino multiplicar los defectos del casuismo. El único recurso es simplificar las normas y los procedimientos, dictando reglas amplias y genéricas que permitan efectivamente la individualización de las sanciones.

En suma, arbitrio judicial no es arbitrariedad por granjería concedida al juzgador; es, fundamentalmente, *responsabilidad*.

III--UN CODIGO PENAL DEBE SER OBRA ESENCIALMENTE JURIDICA

Fue tendencia bien definida de la comisión redactora hacer del Código Penal un instrumento jurídico de fácil aplicación, no incluyendo en él medidas en contra del delito, que son propiamente de la política criminal. No se quiso ignorar que si el Derecho Penal en lucha ordinaria del Estado en contra del delito, hay otros medios tanto o más eficaces que completan su función, pero que no son propiamente Derecho Penal, y que conviene conservar la individualidad de ese derecho como disciplina jurídica, distinta de la función

social preventiva. Que las medidas jurídicas integran al Código Penal y las medidas sociales integran la Política criminal, entendiendo ésta como "el arte de adaptar las instituciones sociales al objeto que se tiende: disminución de la criminalidad". (Garraud).

Teja Zabre dio forma precisa a esta tendencia que expresó en esta forma: "El Derecho Penal es la fase jurídica, y la Ley Penal el límite de la Política criminal. La formación de un Código Penal debe ser esencialmente jurídica, pero al mismo tiempo dejar abierto el camino del Código, programa o ley constitucional que establezca el sistema de ejecución de las sanciones y nos lleve al régimen de medidas de seguridad legalmente aplicadas y a la organización racional de los establecimientos de represión." "...Pero es preciso convencerse de que aun cuando las leyes penales son por ahora preventivas y defensivas, sólo cubren un escaso sector económico, social, político, educativo y administrativo. El Derecho Penal no es sino el instrumento jurídico de esa enorme empresa. Si pretende alcanzar más de lo que lógicamente puede cumplir, pierde fuerza y prestigio. Puede en cambio hacer mucho, como se ha intentado en las últimas reformas, si al mismo tiempo que afianza sus propias posiciones, depura y perfecciona su técnica, se moderniza y se simplifica y señala el camino para más altas tareas de reformas legislativa y social."

Una de las bases orientadoras de los trabajos de la comisión fue inspirada por el penalista español Saldaña, cuando expresa: "Pero la política criminal—flamante, pujante—tiene que detenerse ante la fortaleza inexpugnable de las conquistas revolucionarias. La política criminal no puede dejar de ser política... La seguridad general no puede atacar a las esencias constitucionales de la seguridad individual: la libertad. El Derecho Penal—hijo de la política—los consagra. Como el Derecho Penal, la Política criminal tiene, pues, sus límites: "el Derecho Penal es la barrera intransgredible de la Política criminal." (Pág. 64, tomo II, Derecho Penal, de Liszt.)

Las reformas al sistema penal deben efectuarse, dice Teja Zabre, principalmente por medios administrativos, sociales y económicos. Es necesario repetir muchas veces que la obra heroica de la reforma penal en México, como en todo el mundo, debe comenzar por la parte material y administrativa. Con los actuales recursos destinados a cárceles, casas de corrección y tribunales, los códigos resultan principalmente trabajos de academia.

Es decir, si interesa una buena ley, más interesan funcionarios capaces y responsables al aplicarla, y más aún el que haya establecimientos penales adecuados, y por sobre todo esto, que al salir los individuos de las cárceles puedan rehabilitarse socialmente. No sólo murallas materiales que contengan al delincuente, sino murallas morales que salido éste de las cárceles, le permitan readaptarse a la vida honesta del trabajo.

IV--ENUNCIADO DE LAS BASES QUE ORIENTARAN LA REDACCIÓN DEL CÓDIGO PENAL

Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir una tendencia colectiva y pragmática, o sea práctica y realizable.

La fórmula: "no hay delitos, sino delincuentes", debe completarse así: "no hay delincuentes, sino hombres". El delito es un hecho contingente. Sus causas son múltiples: una resultante de fuerzas anti-sociales.

La pena es un mal necesario. Se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc., pero, fundamentalmente, por necesidad de conservación del orden social.

El ejercicio de la acción penal es un servicio público y de seguridad y de orden.

La escuela positiva tiene valor científico como crítico y como método. No hay tipo criminal. El Derecho Penal es la fase jurídica, y la Ley penal, el límite de la Política criminal. La sanción penal es "uno de los recursos de la lucha contra el delito". La manera de remediar el fracaso de la escuela clásica no lo proporciona la escuela positiva. Con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución, principalmente por:

- a) Ampliación de arbitrio judicial hasta los límites constitucionales;
- b) Disminución del casuismo con los mismos límites;
- c) Individualización de las sanciones. (Transición de la pena a la medida de seguridad.)
- d) Efectividad de la reparación del daño;
- e) Simplificación del procedimiento. Racionalización (organización científica) del trabajo de oficinas judiciales.

Y los recursos de una Política criminal con estas orientaciones:

1ª Organización práctica del trabajo de los presos. Reforma de prisiones y creación de establecimientos adecuados.

2ª Dejar a los niños al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa.

3ª Completar la función de las sanciones, por medio de la readaptación a la vida social, de los infractores. (Casos de libertad preparatoria, condicional, reeducación profesional, etc.)

4ª Medidas sociales y económicas de prevención.