

LA AUTONOMÍA DEL DERECHO PENAL: ¿HASTA DÓNDE LLEGA LA SEGURIDAD JURÍDICA?

Pablo HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA

SUMARIO: I. *Unidad de todo el ordenamiento jurídico.* II. *La autonomía relativa del derecho penal.* III. *Dependencia de otras ramas del derecho, no; armonía entre las ramas, sí.* IV. *¿Subsidiariedad del derecho penal?* V. *Consecuencias de la autonomía del derecho penal.*

I. UNIDAD DE TODO EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El ordenamiento jurídico es una unidad¹ y el derecho penal es una rama del derecho más de los que integran el ordenamiento jurídico.² Todas las ramas que lo integran se relacionan entre sí en mayor o menor medida;³ por lo tanto, todas las normas del derecho penal deben de convivir armónicamente con las de los otros sectores.⁴ De esta forma debe existir un todo orgánico bajo el imperio de los principios de racionalidad, sistematicidad y unidad; sin perjuicio de que cada

¹ Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, p. 26.

² Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, p. 35; Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, p. 27; Sainz Cantero, José A., *Lecciones de derecho penal. Parte general. I. Introducción*, p. 34; García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 23.

³ Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, pp. 27, 28; Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, p. 26.

⁴ Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano*, p. 18; Castellanos, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, p. 21; Orts Berenguer, Enrique, González Cussac, José L., *Compendio de derecho penal (Parte general)*, p. 39; Morillas Cueva, Lorenzo, *Manual de derecho penal (Parte general). I. Introducción y Ley penal*, p. 30.

sector tenga sus fines propios, y se sirva de conceptos y técnicas de intervención singulares.⁵

Actualmente a nadie le cabe la menor duda: el problema comienza cuando una de las ramas del derecho quiere utilizar conceptos que tienen una connotación precisa en otras ramas y le quiere dar un significado diverso al original; me explico. Cuando una de las ramas del derecho crea sus propios conceptos, esto se ve de forma clara en la interpretación auténtica, no se presenta problema alguno; pero cuando existen términos idénticos en las distintas ramas del ordenamiento jurídico, el que una de las ramas quiera darle un significado propio sin que esto se pueda obtener de una interpretación auténtica o teleológica, lo único que provoca es un grado de inseguridad jurídica enorme; es entonces cuando nos debemos preguntar, ¿qué hacer entonces? A este problema es al que dedicaré las siguientes líneas, esperando contribuir a la seguridad jurídica en este país. Este problema se conoce en la doctrina penal como la *naturaleza secundaria del derecho penal*.

Antes de entrar en materia es necesario decir que en la literatura jurídica se usan como sinónimos para plantear el tema de la naturaleza secundaria del derecho penal, los términos de naturaleza secundaria, accesoria, subsidiaria, complementaria o meramente sancionadora del derecho penal. A dichos términos se contraponen el de naturaleza autónoma del mismo.⁶

Una vez que se conoce lo que es la unidad del ordenamiento jurídico, se puede entonces hablar de un principio que diría: Un mismo hecho no puede ser a un tiempo conforme y contrario a derecho.⁷

Lo anterior significa que lo aprobado en normas de derecho civil, no puede ser desaprobado en norma penales; un hecho considerado ajustado a derecho en un sector del ordenamiento no puede ser considerado opuesto a derecho, antijurídico, en otro.⁸

⁵ Muñoz Conde, Francisco, García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, p. 76, García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 23; Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 107.

⁶ Landeche, Carlos María, *Derecho penal. Parte general*, p. 76.

⁷ Sainz Cantero, José A., *Lecciones de derecho penal. Parte general. I. Introducción*, p. 34; Orts Berenguer, Enrique, González Cussac, José L., *Compendio de derecho penal (Parte general)*, p. 39. También podría ser expresado como: "sobre un mismo sustrato no puede edificarse una valoración jurídica positiva y otra negativa".

⁸ Orts Berenguer, Enrique, González Cussac, José L., *Compendio de derecho penal (Parte general)*, p. 39. Esta regla en varias ocasiones es violada en México, como se puede

Lo mencionado en el párrafo anterior permite que se puedan realizar dos afirmaciones: primera, la contradicción del derecho ha de valorarse de forma global y, segunda, el derecho penal, en el contexto del ordenamiento jurídico, desempeña el papel de *última ratio*, de último recurso.⁹

Lo que es contrario a derecho según una rama del ordenamiento jurídico es contrario a éste en su conjunto, aunque sólo genere consecuencias directas e inmediatas en aquella rama; aunado a lo anterior, al derecho penal le corresponde intervenir en última instancia, cuando las medidas previstas en el resto de los derechos resultan insuficientes, sólo por hechos que pasan los límites tolerables y admisibles para una convivencia mínimamente ordenada, y que si no fueran reprimidos harían esta convivencia imposible.¹⁰

II. LA AUTONOMÍA RELATIVA DEL DERECHO PENAL

De lo expuesto hasta ahora se puede decir que la unidad del ordenamiento sólo admite la autonomía relativa de los distintos ordenamientos que lo integran; esto es, una autonomía relativa eso es lo que sucede, o debería de suceder, en el derecho penal.

El derecho penal es autónomo, tanto en la delimitación de sus presupuestos, como en el establecimiento de sus sanciones.¹¹ Esto

ver de forma clarísima sobre todo en los delitos sexuales o en los delitos en los que el sujeto pasivo es menor de edad. En efecto, en México la legislación civil—Código Civil para el Distrito Federal— en su artículo 148, establece que los menores de 18 años de edad podrán contraer matrimonio siempre que hayan cumplido 16 años. Pero esto no para ahí, en el mismo artículo después establece que también las personas que tengan 14 años podrán contraer matrimonio siempre que la mujer esté embarazada y siempre y cuando el padre o la madre den su aprobación. Sin embargo, en materia penal, el tener relaciones sexuales con una menor de edad, aun con su consentimiento y sin que medie ningún tipo de violencia, puede ser constitutivo del delito de corrupción de menores—artículo 184 del Código Penal para el Distrito Federal—, entre otros delitos. Esto es, un mismo hecho—tener relaciones sexuales con una menor de edad, de entre 14 y 17 años— es conforme a derecho, según la legislación civil, y el mismo hecho—tener relaciones sexuales con una menor de edad, de entre 14 y 17 años— es contrario a derecho, según la legislación penal.

⁹ Orts Berenguer, Enrique, González Cussac, José L., *Compendio de derecho penal (Parte general)*, p. 39.

¹⁰ Orts Berenguer, Enrique, González Cussac, José L., *Compendio de derecho penal (Parte general)*, p. 40.

¹¹ Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, pp. 21 y ss.; Morillas Cueva, Lorenzo, *Manual de derecho penal (Parte general)*. I.

es, sin duda se puede hablar de la autonomía del derecho penal, pero ésta será limitada por la unidad y congruencia del ordenamiento jurídico.¹² Se dice entonces que el derecho penal es independiente en sus efectos y relativamente dependiente en sus presupuestos.¹³ Es independiente en sus efectos jurídicos, porque puede aplicar las sanciones y medidas de que dispone sin tomar en cuenta otras ramas del ordenamiento. Es relativamente dependiente en sus presupuestos, porque la facultad punitiva del Estado se encuentra vinculada a todo el ordenamiento jurídico, no pudiendo valorar de forma independiente como injusto lo que en otros sectores del ordenamiento ha sido valorado como lícito.¹⁴

La discusión acerca del carácter secundario o no del derecho penal, esto es, sobre las relaciones que lo unen con las otras ramas del ordenamiento jurídico, ha sido siempre una cuestión problemática, con consecuencias sobre los criterios determinantes de la legitimidad del recurso al derecho penal y sobre el contenido concreto que ha de darse a los términos empleados por el legislador en las normas penales. La cuestión central, hace algunos años, consistía en determinar si el derecho penal era solamente un derecho sancionador de los preceptos de otras ramas del ordenamiento o si, por el contrario, creaba sus propios preceptos y sólo de éstos dependía su aplicación.¹⁵

Introducción y Ley penal, p. 30; García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 23; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, Ferré Olivé, Juan Carlos, García Rivas, Nicolás, Serrano Piedecabras, José Ramón, Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 12; Desportes, Frédéric, Le Gunehec, Francis, *Droit pénal général*, p. 19.

¹² Cobo del Rosal, Manuel, Vives Antón, Tomás S., *Derecho penal. Parte general*, p. 41. Cuando se dice lo que se dijo *ut supra*, me refiero, como lo hacen los maestros, a que no se podrá considerar penalmente antijurídica la conducta que representa el ejercicio de un derecho reconocido como tal en el orden civil, laboral, etc. Díez Ripollés, José Luis, "La categoría de la antijuricidad en derecho penal", pp. 752, 753, para quien: "La correcta afirmación de que los criterios de selección del injusto penal obedecen a pautas valorativas propias y autónomas del derecho penal, no puede hacer olvidar que éste realiza tal selección a partir de los ilícitos de los otros sectores jurídicos". Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 107.

¹³ Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, p. 33.

¹⁴ Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, pp. 33 y ss.; Sainz Cantero, José A., *Lecciones de derecho penal. Parte general. I. Introducción*, p. 34.

¹⁵ Fiandaca, Giovanni, Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, p. 35; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, Ferré Olivé, Juan Carlos, García Rivas,

Para dar una respuesta acertada al cuestionamiento anterior, lo primero que hay que decir es que la dependencia del derecho penal con otras ramas del ordenamiento es clara y frecuentísima,¹⁶ ya sea porque hay una referencia expresa al mismo o porque la utilización del derecho penal aparece expresamente condicionada a la existencia de una relación jurídica en otras ramas del ordenamiento.¹⁷ Esto es, no se puede negar que existen ciertos delitos cuya relación con otras ramas del derecho es tan estrecha que no sería posible conocer la descripción típica sin acudir previamente a ellas.¹⁸ Ejemplo de la primera—referencia expresa al mismo—son los denominados Delitos contra la salud.¹⁹ Ejemplo de la segunda—expresamente condicionado—pueden ser las relaciones reguladas por el derecho fiscal que se recogen en los delitos fiscales (artículos 108 y siguientes del Código Fiscal de la Federación), o en los contenidos en la Ley de Amparo (artículos 204 y ss.), etc. Las llamadas cuestiones prejudiciales también son un buen ejemplo de la relativa dependencia del derecho penal respecto a otros ámbitos del ordenamiento en la determinación de los presupuestos de su intervención.²⁰

Aunado a los delitos mencionados en el párrafo anterior, existe un número de supuestos relativamente elevado en los que se emplean

Nicolás, Serrano Piedecabras, José Ramón, Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 11.

¹⁶ Quintano Ripollés, Antonio, *Curso de derecho penal*, p. 13; Rodríguez Ramos, Luis, *Compendio de derecho penal. Parte general*, p. 46, para quien: "Debe en cambio achacarsele secundariedad (dependencia, heteronomía, falta de plenitud) en su parte especial, particularmente en el ámbito del llamado derecho penal económico, porque en la protección de los bienes jurídicos y en la descripción de las conductas delictivas carece de autosuficiencia, necesitando la ayuda de normas no penales sitas en otros sectores del ordenamiento jurídico".

¹⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de derecho penal mexicano. Parte general*, p. 18. En este sentido en España, Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, Ferré Olivé, Juan Carlos, García Rivas, Nicolás, Serrano Piedecabras, José Ramón, Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 13.

¹⁸ Muñoz Conde, Francisco, García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, p. 75.

¹⁹ Respecto de éstos el artículo 193, CPF, establece de forma clarísima: "Para los efectos de este Capítulo, son punibles las conductas que se relacionan con los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias, previstos en los artículos 237, 245, fracciones I, II y III y 248, de la Ley General de Salud, que constituyen un problema grave para la salud pública".

²⁰ Véase sobre este punto, en México, Hernández-Romo Valencia, Pablo, "La suspensión de los procedimientos por delitos cometidos en ellos", pp. 99 y ss. En idéntico sentido en España, Quintano Ripollés, Antonio, *Curso de derecho penal*, p. 13; Muñoz Conde, Francisco, García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, pp. 75, 76.

conceptos que poseen un significado preciso en otras ramas del ordenamiento jurídico; por lo que el problema se presenta en los términos de entender si el significado es el mismo o no que en la correspondiente rama del ordenamiento jurídico. El ejemplo clásico lo constituye la definición de robo, del artículo 367 del Código Penal Federal (CPF), en el que se castiga *el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley*. El concepto de *mueble* tiene un significado concreto en la legislación civil y a pesar de ello se puede ver en el CPF que dicho término posee un significado propio. No cabe duda, que para efectos penales el concepto de *mueble* tiene que ser una cosa susceptible de ser movilizada. También el concepto de *simulación*, que tiene una connotación precisa en el ordenamiento civil y en el penal no hay una postura sólida de qué significado debe de tener.

En México era común escuchar que para efectos de poder conocer a fondo el derecho penal era indispensable remitirse al derecho civil. Pues bien, en ese camino de librar al derecho penal de los influjos civiles, los penalistas elaboramos conceptos propios, exclusivamente penales, sobre parentesco, afinidad, posesión, etc.²¹ A lo antes mencionado, considero que es necesario recordar lo que decía Jiménez de Asúa: “Hemos olvidado en demasía los hombres de leyes la unidad de nuestra ciencia y, preocupados por la especialidad, hemos ido insensiblemente dando un sentido propio a conceptos e instituciones que deben ser comunes a todo el ordenamiento del derecho. Así acontece que el *ius-penalista* pretende tener una noción propia de la causalidad, de la ilicitud, de la culpabilidad, del dolo, del domicilio, cuando en verdad se trata de conceptos comunes a todas las ramas legales”.²² “Ciertamente que nuestro derecho, por su característica sanción reclama principios limitativos tales como el de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que tiene sus bases filosóficas y hasta científicas. Pero no es menos exacto que nos debemos esforzar en construir una teoría general para que, cuando hable un penalista de dolo, de culpa o de domicilio, coincida con las concepciones que sobre la materia tiene el privatista o el cultivador del derecho público”.²³ En pocas

²¹ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, p. 198.

²² *Ibidem*, p. 199.

²³ *Ibidem*, p. 199.

palabras, aun cuando el penalista haya creado conceptos únicos para su rama, es necesario buscar que en la medida de lo posible exista unidad jurídica, ya que de lo contrario la inseguridad jurídica será enorme.

III. DEPENDENCIA DE OTRAS RAMAS DEL DERECHO, NO; ARMONÍA ENTRE LAS RAMAS, SÍ

La autonomía del derecho penal se cuestiona argumentando que suele existir un correlato incuestionable entre los preceptos penales y otros de naturaleza no penal —civiles, administrativos, etc.—, de forma que para fijar sus presupuestos la intervención del derecho penal sería tributaria de aquellos sectores del ordenamiento jurídico, de sus conceptos, de sus valoraciones.²⁴ En opinión de un sector de la doctrina, las relaciones del derecho penal son más estrechas con aquellas ramas jurídicas que, como él, pertenecen al derecho público.²⁵ No obstante lo anterior, es un hecho probado que la ley penal estatuye a veces imperativos que no aparecen consagrados en ninguna otra rama jurídica,²⁶ como son los delitos sexuales.

Para quienes mantienen la prioridad de las normas extrapenales sobre las penales, es necesario recordar que, desde el punto de vista histórico, éstas precedieron sin duda a aquéllas;²⁷ por lo tanto, no puede depender de él.²⁸ Esto es, el derecho penal constituye la forma

²⁴ García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 25. Carrara, quien hace ya varios años criticaba la postura esgrimida por Rousseau, decía: “Erraba también en este punto Rousseau, cuando con una de sus brillantes frases decía que el derecho penal no era una ley autónoma, sino la sanción de todas las demás. Con esta fórmula se reduce la tarea del derecho criminal al mero castigo, sin tener en cuenta la prohibición, que es, con todo, parte integrante de él; con esta fórmula se entrega el derecho penal al arbitrio de lo indefinido, y se hace imposible construirlo como verdadera ciencia y unificar su principio moderador”. Véase Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte general*, p. 23; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, Ferré Olivé, Juan Carlos, García Rivas, Nicolás, Serrano Piedecabras, José Ramón, Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 11.

²⁵ Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, p. 27; Stefani, Gaston, Levasseur, Georges, Bouloc, Bernard, *Droit pénal général*, p. 30.

²⁶ Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, p. 36; Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general*, p. 59; Contento, Gaetano, *Corso di diritto penale*, p. 14; Marini, Giuliano, *Lineamenti del sistema penale*, p. 32.

²⁷ García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 26.

²⁸ Landecheo, Carlos María, *Derecho penal. Parte general*, p. 76.

históricamente más antigua de aparición del derecho, y hasta la fecha regula de manera autónoma y sin recurrir a conceptos y funciones de otras ramas jurídicas.²⁹

Aunado a lo anterior hay que decir que no es cierto que toda norma penal tenga su necesario y preciso correlato en normas de naturaleza no penal; ni que se produzca en nuestro ordenamiento jurídico sistemáticamente un fenómeno de coincidencia, superposición o interferencia de tutelas (penal y extrapenal), sea de forma total o parcial.³⁰ En estos casos, es obvio que el derecho penal cumple con plena autonomía una función valorativa y no meramente sancionadora. No se limita a sancionar o reforzar un orden jurídico lógicamente preexistente, sino que crea dicho orden.³¹ Por lo que se afirma la libertad del legislador penal a la hora de seleccionar las conductas delictivas e imponer una consecuencia; es claro que puede, y frecuentemente lo hará, el tomar conceptos que proceden de otras ramas.³² Para verificar la supuesta dependencia del derecho penal es necesario preguntarse si toda Ley penal tiene una norma extrapenal correlativa. Esto es, si suprimido mentalmente el Código Penal, las conductas que en él se castigan, seguirían encontrando sanción extrapenal. De cualquier forma, incluso cuando actúa como derecho sancionador, el derecho penal tiene carácter autónomo.³³

La intervención penal siempre es selectiva, aun cuando se proyecta en relaciones jurídicas preexistentes que cuentan ya con una valoración primaria extrapenal. Esto es, el derecho penal selecciona, valora, con criterios propios y técnicas privativas del mismo para conseguir los objetivos que persigue. No se limita a aceptar las definiciones e imperativos primarios procedentes de otras ramas del derecho ni a imponer una sanción a las conductas que los conculquen. La intervención penal es selectiva, fragmentaria, subsidiaria y se rige por

²⁹ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 46; Fiandaca, Giovanni, Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, p. 35; Luzón Peña, Diego-Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general I*, p. 73.

³⁰ Cobo del Rosal, Manuel, Vives Antón, Tomás S., *Derecho penal. Parte general*, p. 41.

³¹ Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, p. 54; García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 26.

³² Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, p. 47.

³³ Luzón Peña, Diego-Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general I*, p. 72.

principios *sui generis*.³⁴ Sin embargo, el derecho penal debe asumir también conceptos jurídicos y complejos normativos íntegros provenientes de otros ámbitos jurídicos, para de esa forma orientar su función protectora. Esto se observa de forma clara, sobre todo en el derecho penal especial, en el que los preceptos penales suelen añadirse a la regulación de una determinada materia como disposiciones en blanco.³⁵

En pocas palabras, el derecho penal responde a exigencias propias y a finalidades particulares, de las cuales depende exclusivamente la determinación de los hechos que prohíbe u ordena. De lo anterior se deduce indiscutiblemente la autonomía del derecho penal, que, en consecuencia, posee naturaleza constitutiva y primaria, y no meramente complementaria.³⁶ Desde este punto de vista, el derecho penal es todo, menos secundario.³⁷

Independientemente de lo anterior, respecto del derecho constitucional y el penal, es necesario hacer algunas menciones que considero de suma importancia y que veo que en la práctica no todos los funcionarios públicos las entienden. Primero, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), como norma suprema del ordenamiento jurídico mexicano, exige la acomodación de éste a sus dictados y, por tanto, también la del derecho penal. Esto es, en la CPEUM hay proclamaciones decisivas a las que han de amoldarse las normas penales —artículos 14, 21, entre otros—, preceptos de específica significación penal y principios limitadores del “*ius Puniendi*”, por lo que, una norma penal que contradiga abiertamente cualquiera de los principios constitucionales será una norma inconstitucional. Segundo, no puede olvidarse que las normas penales, como todas las que pertenecen al ordenamiento jurídico, deben de ser interpretadas conforme a la CPEUM.³⁸ En pocas palabras, el derecho penal se subordina a lo dispuesto en el ordenamiento constitucional; pero esto no significa

³⁴ García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 27.

³⁵ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 46.

³⁶ Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, p. 54; Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, p. 36.

³⁷ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, p. 25; Camargo Hernández, César, *Introducción al estudio del derecho penal*, p. 19.

³⁸ En este sentido en España, Orts Berenguer, Enrique, González Cussac, José L., *Compendio de derecho penal (Parte general)*, pp. 40, 41. En México, Haro Goñi, Alfredo, “Posturas contradictorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en lo tocante a la

que por esta razón el derecho penal sea accesorio y dependiente de los criterios sustantivos de los otros sectores del derecho.³⁹ Esto es, el legislador penal, dentro de la libertad que tiene para seleccionar las conductas que reputa como delitos, tiene límites, mismos que derivan de la relevancia constitucional y del respeto a las garantías.⁴⁰

IV. ¿SUBSIDIARIEDAD DEL DERECHO PENAL?

El derecho penal es, por una parte, autónomo y, por otra, subsidiario. Se decía que era subsidiario porque el contenido concreto de lo prohibido le venía dado al derecho penal por otras ramas del ordenamiento jurídico, por aquello que es injusto en otros ámbitos del mismo.

Es importante distinguir que el derecho penal sí es subsidiario, pero no entendido en la forma antes mencionada; esto es, el problema está en el lenguaje, ya que dicho término –subsidiariedad– contiene, para nuestros efectos, dos acepciones.⁴¹ Esto es, es subsidiario porque ha de presuponer la insuficiencia de otros medios para evitar las conductas por él prohibidas. Es de todos conocido que el derecho penal constituye la *última ratio* entre los instrumentos del Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad, y esto debería implicar que el derecho penal esté subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos gravosos para el individuo de que dispone el Estado, medios que son más complejos y eficaces cuanto mayor es la intervención del Estado en la sociedad.⁴²

Por lo tanto, cuando se habla del carácter secundario o subsidiario del derecho penal, actualmente se dice: que en efecto, es secundario o subsidiario, porque el recurso a la pena para proteger intereses

garantía prevista en el artículo 20 constitucional, apartado A, fracción VII –consistente en que sean facilitados todos los datos que se soliciten para la defensa–”, p. 72.

³⁹ Luzón Peña, Diego-Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general I*, p. 72.

⁴⁰ Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*, p. 47.

⁴¹ En sentido similar, Fiandaca, Giovanni, Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, p. 35; Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 110.

⁴² Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, Ferré Olivé, Juan Carlos, García Rivas, Nicolás, Serrano Piedecabras, José Ramón, Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 12. Sobre el principio de *ultima ratio*, véase Gallardo Rosado, Maydelí, Hernández-Romo Valencia, Pablo, Ochoa Romero, Roberto Andrés, *Fundamentos de derecho penal mexicano I*, pp. 105 y ss.

socialmente relevantes es uno extremo porque el derecho penal sólo interviene en última instancia; pues la privación de la libertad, de la vida incluso, supone una intervención tan profunda en la esfera individual que sólo se debe acudir a ella cuando los bienes jurídicos puestos en peligro sean de la máxima envergadura y otra consecuencia jurídica distinta de la pena no ofrezca garantía de protección.⁴³ Por lo tanto, será un error hablar de subsidiariedad desde el punto de vista dogmático penal, identificando la subsidiariedad con la “subordinación” del derecho penal respecto de las otras ramas del ordenamiento jurídico.⁴⁴

V. CONSECUENCIAS DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO PENAL

De la autonomía relativa del derecho penal se desprenden dos consecuencias. La primera, la libertad de acción del legislador para decidir los términos de la intervención penal. La segunda, la necesidad de interpretar los conceptos y elementos valorativos que procedan de otras ramas del derecho de acuerdo con las específicas exigencias penales, sin que el operador jurídico se sienta vinculado por la acepción que tuvieren en el ordenamiento de origen. Esto es, la cuestión debe de ser llevada al plano de la técnica empleada por el legislador, a las formulaciones a las que se ha recurrido para delimitar aquellos comportamientos que se desea evitar. En cualquier caso, no se puede dejar de reconocer que es difícil formular una regla general en un sentido o en otro.⁴⁵

De lo anterior se desprende que lo que procede es indagar cuál es, en cada caso, el sentido que la ley penal les otorga.⁴⁶ Esto es, allí donde la ley penal emplea términos procedentes de otras ramas del derecho, el intérprete no queda vinculado por el sentido que revistan en ellas, sino que ha de dilucidar cuál es, en cada caso, el que la propia

⁴³ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, p. 25.

⁴⁴ Fiandaca, Giovanni, Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, p. 35.

⁴⁵ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, Ferré Olivé, Juan Carlos, García Rivas, Nicolás, Serrano Piedecabras, José Ramón, Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 12.

⁴⁶ García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, p. 28.

ley penal les otorga,⁴⁷ y esto únicamente se puede hacer a través de la interpretación teleológica.

Ninguna rama jurídica le establece al derecho penal qué es lo que debe de sancionar, cómo lo debe de sancionar y cuáles conceptos debe emplear. En esto el derecho penal tiene plena independencia.⁴⁸ Un ejemplo de esto es la definición de servidor público, que no tiene nada que ver con la del derecho administrativo.⁴⁹ Maneja el concepto de cosa mueble que le parece conveniente y no el del derecho civil.

De lo anterior es posible entonces decir que la autonomía del derecho penal puede provenir de la ley o de las decisiones del poder judicial.⁵⁰ Tan es así, que respecto del poder judicial no siempre es necesario para que éste pueda aplicar una pena que exista previamente la valoración de otro juez –no penal– o autoridad administrativa, lo que hace que se vea de forma clara, que es indiferente que la sanción penal esté precedida o no de otro tipo de sanciones.⁵¹ Surge entonces la duda, si el legislador en múltiples ocasiones dice qué significado, para efectos penales, tendrá uno u otro término, o a qué o a dónde debemos remitirnos para conocer el contenido del tipo, qué sucederá si esto no se dice en un tipo penal, esto es, cómo sabrá el ciudadano qué significado darle a las palabras. Me explico. Desde mi punto de vista no cabe la menor duda de que el derecho penal es autónomo, tan es así que en varias ocasiones éste crea sus propios conceptos o le informa al ciudadano que para conocer un tipo penal es necesario que

⁴⁷ Cobo del Rosal, Manuel, Vives Antón, Tomás S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 41, 42; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, Ferré Olivé, Juan Carlos, García Rivas, Nicolás, Serrano Piedecabras, José Ramón, Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, pp. 12, 13; Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 108; Conte, Philippe, Maistre du Chambon, Patrick, *Droit pénal général*, p. 15.

⁴⁸ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, p. 26; Camargo Hernández, César, *Introducción al estudio del derecho penal*, p. 27; Landecho, Carlos María, *Derecho penal. Parte general*, p. 77.

⁴⁹ Cfr. Artículo 212, CPF. En el mismo sentido, en Francia, Desportes, Frédéric, Le Guenehec, Francis, *Droit pénal général*, p. 20.

⁵⁰ Stefani, Gaston, Levasseur, Georges, Bouloc, Bernard, *Droit pénal général*, p. 30; Sainz Cantero, José A., *Lecciones de derecho penal. Parte general. I. Introducción*, p. 35, para quien: "...por la independencia que en la interpretación desarrolla el juez penal, quien no siempre otorga a los términos recibidos de otros sectores del ordenamiento jurídico la significación que allí se les da, sino que los interpreta según su sentido usual –el que tienen en la vida real. Que es el del derecho penal".

⁵¹ Fiandaca, Giovanni, Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, p. 35.

se remita a otra ley –misma que dice el legislador–; sin embargo, en no pocas ocasiones existen términos que están perfectamente acuñados en otras ramas del ordenamiento jurídico y que el intérprete –quien sea– afirma –la mayoría de la veces sin interpretación alguna– que debido a la autonomía del derecho penal, éste le puede dar el significado que considere apropiado, ya que de esa forma se acaban las lagunas de punibilidad. Es entonces cuando surgen las cuestiones: ¿de dónde saca esto el penalista? ¿Qué poder o facultad tiene éste para decir eso? ¿Esa forma de actuar no deja a cualquier persona en estado de indefensión?

Considero que el penalista que actué así, está en muchas ocasiones creando una norma, no interpretándola. Para poder afirmar lo que el penalista afirma, primero deberá explicar, a través de la interpretación teleológica, que lo que él está afirmando era la voluntad del legislador, y como es de todos sabido, por lo menos en este país, difícilmente se sabrá cuál era la voluntad del legislador, toda vez que el poder legislativo en poquísimas ocasiones explica o dice en qué sentido utiliza uno u otro término. Considero que un ejemplo ayudará a comprender mejor lo que estoy diciendo. El Código Penal del Estado de México en su artículo 242, en la fracción III establece:

El delito de homicidio, se sancionará en los siguientes términos:

III. Al responsable de homicidio cometido en contra de su cónyuge, concubina, concubinario, ascendientes, descendientes consanguíneos en línea recta o hermanos, teniendo conocimiento el inculpaado del parentesco, se le impondrán de cuarenta a setenta años de prisión y de setecientos a cinco mil días multa.

Pues bien, cualquier persona pensaría que para conocer estas calidades específicas, toda vez que éstas están dadas por el derecho civil, lo lógico sería acudir al ordenamiento civil para saber cuál es su significado. Si así fuera, bastaría remitirnos al Código Civil del Estado de México y en éste se observa que el artículo 4.403 reza:

Se considera concubinato la relación de hecho que tienen un hombre y una mujer, que sin estar casados y sin impedimentos legales para contraer matrimonio, viven juntos, haciendo una vida en común por un periodo mínimo de un año; no se requerirá para la existencia del concubinato el periodo antes

señalado, cuando reunidos los demás requisitos, se hayan procreado hijos en común.

Sin embargo, so pretexto de la autonomía del derecho penal, el poder judicial federal en varias ocasiones, aclamando ésta, emite resoluciones que no se pueden desprender de una interpretación jurídica; a mi parecer, algunas resoluciones lo que traspiran es una violación tremenda al principio de legalidad penal. En concreto me refiero a la siguiente tesis:

Registro No. 180629. Localización: novena época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XX, septiembre de 2004, p. 1766. Tesis: II.1o.P.132 P. Tesis Aislada. Materia(s): Penal.

HOMICIDIO AGRAVADO. CONCEPTO DE CONCUBINATO EN MATERIA PENAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

El artículo 242, fracción III, del Código Penal vigente en el Estado de México establece como agravante del delito de homicidio, la circunstancia de que la ofendida sea concubina del activo del delito, es decir, en materia penal se considera que el concubinato es la unión libre de mayor o menor duración para que cohabiten dos personas, esto es, la simple decisión de ambos de vivir juntos no ligados por un vínculo matrimonial y sin formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio; conceptualización que es diversa a la contemplada por el Código Civil del Estado de México, en la que para que se actualice el concubinato se requiere su permanencia por tres años, lapso que es exigible para el efecto de adquirir derechos de alimentos y herencia de los concubinos; en esa virtud, si en autos quedó acreditado que el quejoso y la ofendida vivieron juntos, como si fueran matrimonio, es indudable que se actualiza la agravante en comento, sin que obste el tiempo que duró la cohabitación entre dichas partes, por no exigirlo la legislación penal.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 92/2004. 21 de junio de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Rogelio Sánchez Alcáuter. Secretaria: Gabriela Bravo Hernández.

Lo primero que llama la atención de la resolución transcrita es que la autoridad judicial nunca dice de dónde saca que, para efectos penales, el término “concubina” tendrá otro significado diverso del civil. Esto llama la atención porque cuando el legislador ha querido dar un significado preciso así lo ha hecho, por ejemplo, en el artículo

218 que prevé el delito de maltrato familiar, es el legislador quien define lo que debe de entenderse por “núcleo familiar”; también en el artículo 236, en donde el legislador definió lo que para él era una “lesión”; las definiciones que da premeditación, ventaja, alevosía y traición, previstas éstas en el artículo 245; todos estos preceptos del Código Penal para el Estado de México. Es necesario decir que esto mismo sucede en los diversos estados de la República Mexicana, así como en materia penal federal. Lo que quiero decir con esto, es que cuando el legislador ha querido establecer una definición distinta a la que existe en otros ordenamientos así lo ha hecho, por lo que utilizar el pretexto de la autonomía del derecho penal para agravar una conducta que no está expresamente agravada viola el principio de legalidad y deja a cualquier persona en estado de inseguridad jurídica,⁵² al no saber cuál es la definición de algunos términos; máxime que varios de éstos tienen un correlativo en otros ordenamientos.

Ahora bien, desde que se admite, como no puede ser de otra forma, un especial proceso de tipificación que corre a cargo exclusivamente de la ley penal, se está reconociendo una autónoma valoración llevada a cabo por el derecho penal que es, el que decide la aplicación de sus específicos efectos.⁵³ Sin embargo, esto no significa que cuando no existe una interpretación auténtica el intérprete puede hacer lo que le venga en gana.

Desde mi punto de vista, en caso de que no se pueda conocer por la interpretación auténtica o teleológica que una palabra tiene diverso significado en penal que en los otros ordenamientos, se debe de entender que el legislador utilizó el mismo lenguaje; toda vez que la unidad del ordenamiento jurídico tiene prevalencia. Sin embargo, toda vez que las normas penales deben de ser comprensibles para cualquier ciudadano, el que sean elementos normativos, hará que sea más difícil que el pueblo conozca el alcance y significado de las palabras. No obstante lo anterior, atendiendo a la unidad del ordenamiento jurídico, considero que habrá que darle el mismo significado a los términos que provienen de otros ordenamientos, a fin de que exista sistematicidad y racionalidad en el ordenamiento jurídico.

⁵² En sentido similar, Desportes, Frédéric, Le Gunehec, Francis, *Droit pénal général*, p. 20.

⁵³ Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, p. 36.

En resumen se puede decir, que el recurso al derecho penal debe ser subsidiario de la utilización de los restantes medios de que dispone el Estado, pero, en el contenido de los preceptos no puede formularse una regla general de dependencia o independencia del derecho penal.⁵⁴ Esto es, la dependencia del derecho penal frente a otras ramas jurídicas y su elaboración conceptual no puede ser una regla general, sino que responde a las circunstancias de cada caso. Sin embargo, en cualquier supuesto los conceptos jurídico-penales deben orientarse por los fines protectores de la respectiva proposición del derecho penal,⁵⁵ sin que lo anterior signifique que el intérprete pueda hacer lo que le venga en gana; siempre deberá de explicar cuál método de interpretación utilizó para llegar a la conclusión. De lo contrario se estará creando una norma, pero no interpretando; lo primero está prohibido en derecho penal, lo segundo es indispensable en la misma materia. Por lo que hace a la autoridad —la que sea— si no funda y motiva cómo es que llega a su conclusión —esto es si tiene o no el mismo significado— dicha resolución será carente de fundamentación y motivación y, por lo tanto, será violatoria del artículo 16 constitucional.

⁵⁴ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, Ferré Olivé, Juan Carlos, García Rivas, Nicolás, Serrano Piedecabras, José Ramón, Terradillos Basoco, Juan, *Curso de derecho penal. Parte general*, p. 13.

⁵⁵ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 46.