

El libre desarrollo de la personalidad (un bien jurídico digno del Estado constitucional)

Miguel Ontiveros Alonso | Director de Investigación del Instituto Nacional de Ciencias Penales (México)

Resumen:

Con fundamento en la dignidad humana, en su calidad de valor fundamental plasmado en toda Constitución moderna, el autor propone incorporar, en calidad de bien jurídicamente protegido, al "libre desarrollo de la personalidad", con el objeto de proteger a los grupos especialmente vulnerables ante los delitos vinculados a la explotación humana. el libre desarrollo de la personalidad, se afirma en este breve artículo, puede ser equiparado a la vida humana como valor supero del ser humano.

Palabras clave: Dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, explotación del ser humano, moral y buenas costumbres, protección victimal.

Abstract:

The author proposes to elevate, as the most important object of protection at the Constitution, the human dignity and free development of the personality of every human being. This has the object to protect the victims of human exploitation, specially the women and children.

Key-words: Human dignity, free development of the personality, human exploitation, morals and good customs, protection to the victims.

I. Introducción

Gracias a la despreocupación y alegría de los tres órdenes del gobierno mexicano lo que es ya una tradición desde hace décadas-, el Derecho penal de este país vive una de sus más profundas crisis: políticas públicas dirigidas a la represión, más penas y tipos delictivos, ausencia de una orientación jurídico-penal y político-criminal, aunque sea parcialmente definida, y aumento en la comisión de delitos. Nuestro Derecho penal no está igual que hace cincuenta años, está en una situación peor. En suma: más prisiones y más violencia. Esta es una tendencia que no se podrá detener, por lo menos, durante el resto del año que inicia y que difícilmente encontrará una

solución a mediano plazo. Faltan ideas y que éstas se concreten en avances. Es decir, que impacten en las fiscalías, los tribunales y en las prisiones.

De lo anterior se desprende una gran responsabilidad de la Academia. Es el único espacio que queda, digno, para debatir y proponer. Después habrá que trabajar en la implementación de las directrices jurídico-penales y político-criminales que de ese debate se obtengan. Finalmente, se tendrá que convencer a los legisladores, fiscales y jueces, de la necesidad de inyectar dinamismo a nuestro Derecho penal. Hacerlo un poco más moderno. Todo esto, a pesar de la visión tan limitada de quienes tienen en sus manos la procuración e impartición de justicia en nuestro país.

Hace tiempo que la situación de nuestro Derecho penal debió cambiar. Así ha sucedido ya en los países de nuestro entorno. En Europa, cuna de nuestra tradición jurídica, no se han detenido las grandes reformas. La tendencia a humanizar las políticas públicas en materia de justicia penal son una prioridad que incluso ha generado ya los primeros pasos para armonizar el Derecho penal europeo [1]. Mirar y reflexionar acerca del proceso que vive la Unión Europea es una opción plausible para orientar las políticas en Latinoamérica. Quizá pueda iniciarse debatiendo uno de los puntos centrales de nuestro Derecho penal; me refiero a uno de sus fines: la protección de bienes jurídicos, que junto con la maximización de garantías, identifican lo que el Derecho penal quiere y busca a través de su aplicación. ¿En verdad nuestros códigos protegen bienes jurídicos? Mediante una breve lectura de cualquiera de nuestros códigos penales (creo que son 34 más o menos), el lector podrá observar que, efectivamente, ahí hay bienes jurídicos dignos de protección mediante el Derecho penal. Pero también hay algunas simulaciones y, lo que es más grave, ciertos intereses de grupos que pretendieron ser investidos de bienes jurídicos y que fueron incluidos en el catálogo de delitos para proteger y salvaguardar un estado de cosas injusto, o, lo que es ya grotesco, para perseguir penalmente al enemigo [2].

El conocido discurso de crear un derecho penal mínimo es posible. Dicha labor debe iniciar por descartar lo que no es un bien jurídico y excluirlo de nuestro código penal. Después, habrá que eliminar también aquello que, si bien constituye un bien jurídico, no merece protección penal. Finalmente, tendríamos que identificar aquellas conductas tipificadas en nuestros códigos que sí merecen protección penal, pero donde se ha errado en la identificación del objeto de protección. Esta labor no se traduce en un

simple cambio en la denominación del bien jurídicamente protegido, significa una reformulación integral de los tipos penales ahí incluidos y, por supuesto, un cambio significativo en lo concerniente a la consecuencia jurídica que ahí se contemple.

Por tratarse del que considero conjuntamente con la vida- el bien jurídico más importante en un Estado Constitucional, me ocupo a continuación de un breve diseño que pudiera servir de basamento para establecer en nuestra legislación federal el libre desarrollo de la personalidad como bien jurídico máximo, derivado, nada menos pero nada más, que de la dignidad humana, plasmada categóricamente en el primer artículo de la Constitución Política mexicana.

II. La moral y las buenas costumbres en nuestros códigos penales: ¿es eso un bien jurídico penal?

O es la moral o son las buenas costumbres, y en ocasiones ambas como sucede en el código penal federal-, pero el lector podrá apreciar en cualquier código penal del país que ése es el bien jurídico establecido en los capítulos o títulos relativos a la corrupción de menores, pornografía infantil, turismo sexual, trata de personas y lenocinio. Existe toda una gama de preguntas que al respecto podríamos formular al legislador ¿Quién es Usted para decidir acerca de la moral, de las buenas costumbres y de lo que eso significa? También podríamos cuestionarnos acerca de si esos dos conceptos deben ser o no protegidos por el Derecho penal. Claro, siempre que alguien pueda brindar una definición, aunque sea mediana, acerca de lo que la moral o las buenas costumbres significan.

¿Cómo miden los jueces la lesión causada a la moral mediante la conducta delictiva? Esta es una pregunta que no puede aceptar tibiezas en su respuesta, pues el daño causado al bien jurídico es indispensable para individualizar la pena. Sin antijuridicidad material no hay injusto, y sin ésta, no hay delito.

La filosofía de los valores se ha encargado, sin éxito, de intentar delimitar los contornos de lo moral. Alemania, donde se ha generado un profundo pensamiento filosófico, fracasó dramáticamente en el intento: la moral y las costumbres del pueblo alemán constituyeron el pilar de los pretextos para eliminar a miles de seres humanos en los campos de concentración nazis.

La realidad es que nadie entiende lo que estos dos conceptos significan. Y quienes se hayan adentrado a su estudio comprenderán que el Estado no debiera, ni siquiera, intentar regular la moral y las buenas costumbres mediante su arma más contundente, represiva y violenta: su derecho penal.

Pero esto no significa que los tipos delictivos antes señalados deban desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico penal. Las conductas que tradicionalmente se ubican en los apartados relativos a la moral y las buenas costumbres tienen una injerencia insoportable en el desarrollo personal de de las víctimas, con especial referencia a las mujeres, niñas y niños. A éste grupo victimal hay que agregar a quienes no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, miembros de comunidades indígenas y personas adultas mayores.

Desafortunadamente, las condiciones actuales de desprotección de estos grupos son amplias y la configuración del ordenamiento jurídico escasa. A esto ha contribuido la consideración de la moral en calidad de bien jurídicamente protegido y el desánimo de los actores vinculados al sistema penal de evolucionar en el marco de la legislación, así como a escala de la procuración e impartición de justicia. De comentar un ejemplo, real y práctico, del estado de cosas injusto que todo esto ha generado en México, me ocupo a continuación.

III. Moral pública y *vergüenzas* judiciales

Mientras se escriben estas breves reflexiones, los medios de comunicación mexicanos abordan la absolución de un líder sindical, quien fue detenido por corromper a varias niñas, ofreciéndoles dinero por sostener relaciones sexuales con ellas. Mediante una red de complicidad captaba a sus víctimas, que laboraban en supermercados embolsando los productos de los clientes. Se trata, en todos los casos, de niñas de escasos recursos, a las que el probable responsable les pagaba entre seiscientos y dos mil pesos por permitir que se les impusiera la cópula vía vaginal y oral. Al acusado le fueron encontradas, en su domicilio, fotografías de las víctimas en diversas modalidades de desnudo y hasta recibos, firmados por las niñas, por las cuantías recibidas [3].

Más allá de intentar pronunciarnos acerca de la responsabilidad o no del hoy sentenciado, o de enjuiciar si quizás ha existido, además de un delito de corrupción de

menores, otro de corrupción de servidores públicos, este caso es de gran utilidad para el análisis científico, pues muestra los abusos que nuestros tribunales cometen cuando el asunto incluye interpretar el concepto de moral.

Para absolver al hoy sentenciado, el juez esgrimió, entre otros, los siguientes argumentos:

El ilícito de corrupción de menores que nos ocupa, se configura cuando el agente realiza los *actos de perversión* aptos y suficientes para desviar el normal desarrollo físico-psíquico, o el *natural instinto sexual*, de la menor víctima, produciendo así desviación en los *buenos principios morales y sexuales* que rigen en la sociedad, es decir, *depravando a la menor* en cuanto a su concepción que de la sexualidad de manera normal debiera tener [4].

Esta breve referencia al modelo de argumentación implementado por el juez denota la nula claridad acerca de lo que por moral puede entenderse, además de una grave confusión acerca de la ley vigente en nuestro país. Así, es importante señalar que en ningún apartado del código penal se exige, para integrar el tipo de corrupción de menores, actos de perversión, ni mucho menos que se desvíe el normal desarrollo físico-psíquico o el natural instinto sexual de las víctimas. Tampoco existe apartado alguno en el que se exija, para comprobar la existencia de este delito, algún tipo de depravación [5].

Si se observa con atención, del párrafo antes reproducido se desprende que el juez de la causa confunde el bien jurídico vigente en el código penal para el Distrito Federal (moral pública) y exige que se lesione el normal desarrollo físico-psíquico de las niñas, bien jurídico éste relativo al delito de violación, por ejemplo, pero no al de corrupción de menores. Así mismo, utilizando una terminología cercana al siglo XV, considera que para afectar el objeto jurídico se requiere que el agente ejecute actos de perversión que desvíen el natural instinto sexual de la víctima.

Si bien ambas observaciones parecen suficientes para provocar una especie de alarma académica, el juez invade la labor legislativa, y crea un nuevo bien jurídico cuando exige que la conducta delictiva produzca una desviación en los buenos principios morales y sexuales que rigen en la sociedad. Finalmente, incluye un nuevo elemento al tipo objetivo, señalando que el despliegue delictivo logre depravar a la menor.

Más adelante, y en contra de los tratados internacionales en materia de protección de la niñez vigentes en México, el juez argumenta:

No se integra el delito de corrupción de menores, debido a que la menor ofendida no aceptó tener relaciones sexuales con posterioridad a los hechos, de tal manera que *no sufrió perversión sexual* alguna, pues de haber sido así, hubiese aceptado tener más relaciones depravadas [6].

De esto se infiere que para el impartidor de justicia es necesario ser víctima de agresiones sexuales de forma reiterada, para que se compruebe la depravación sexual. De esta forma, se continúa confundiendo la moral pública con la depravación sexual, elemento éste que no está contemplado en nuestra legislación, además de exigir algo a todas luces inaceptable, como es la victimización reiterada del sujeto pasivo para comprobar que, efectivamente, sufrió una perversión sexual. Por si lo hasta ahora señalado no fuera suficiente, el juez de la causa argumenta:

No existe delito, porque la menor ofendida otorgó su *consentimiento*.

Sin duda, el juez debió saber algo que es de dominio público: en materia de este delito, el consentimiento es inoperante para excluir la responsabilidad penal. Lo anterior se deriva no sólo del contenido espiritual de la moral, sino sobre todo de que nos encontramos ante un bien jurídico supraindividual (público) y, como tal, indisponible por un individuo [7].

Pero contemplar la moral, pública o individual, como bien jurídico a escala de nuestros códigos penales, se traduce incluso en atentar en contra de la dignidad de la niñez, tal y como se desprende del siguiente argumento esgrimido por el juez de la causa, al determinar que la denunciante no podía ser víctima del delito de corrupción de menores:

porque *esa trastornada percepción de las relaciones sexuales ya existía en ella* y por esa razón en el momento mismo en que se le propuso sostener relaciones sexuales con el acusado, espontáneamente *aceptó*.

Quizás podría pensarse que el juez, simplemente, se confundió. Pero es que el desconocimiento de nuestra ley, específicamente del bien jurídico denominado moral

pública, es tan grande que, desafortunadamente en el caso que nos ocupa, el tribunal acaba por atribuir la responsabilidad de lo sucedido a las víctimas (victimodogmática radical) [8] con base en sus *antecedentes personales*:

debido a que hace tiempo había ingerido bebidas alcohólicas y que incluso ya había sostenido relaciones sexuales en el pasado. Precisamente porque sus antecedentes personales contribuyeron favorablemente para que *otorgara su consentimiento* de comportarse contra la moral social; consecuentemente, estos aspectos autorizan a inferir la *ausencia de honestidad y moralidad en la menor*.

Al respecto, es importante insistir en que el tipo penal de corrupción de personas menores de edad no pretende proteger la virginidad o el himen de las víctimas, pues de ser así, además de generarse un acto de discriminación en agravio del sexo femenino, con especial referencia a las víctimas que hayan sostenido relaciones sexuales en el pasado, se incurriría en la grave determinación de que sobre su persona se podría cometer impunemente cualquier conducta vinculada a la explotación sexual, pues debido a la ausencia de himen, ya no serían protegidas por el ordenamiento jurídico [9]. Esto es insostenible en el Estado Constitucional.

Más allá del grave desconocimiento que en torno al derecho penal tiene el juez, quien argumenta en su sentencia que las niñas no podían ser corrompidas porque ya habían sostenido relaciones sexuales en el pasado, o porque dieron su consentimiento al agresor, surge la cuestión acerca del daño producido a las víctimas. En realidad, al pagarles por sostener relaciones sexuales y tomarles fotografías desnudas, ¿se han lesionado su moral y sus buenas costumbres, o se ha incurrido en la lesión de algo más importante?

Efectivamente. Quien corrompe a un niño, explota sexual o laboralmente a un ser humano, comercia con sus imágenes pornográficas o viaja a otro país para disfrutar del turismo sexual, atenta en contra de algo mucho más importante y valioso que la moral y las buenas costumbres. Estas conductas deben ser sancionadas porque, al cometerlas, se produce una injerencia en un bien jurídico de la mayor relevancia. Es por ello que las víctimas merecen el más alto grado de protección jurídica y los agresores mayor contundencia del sistema penal.

Según se desprende de los estudios generados por especialistas en la materia [10], las

repercusiones sufridas por las víctimas de delitos como los aquí señalados no son momentáneas. Así, las niñas atendidas por delitos como el de corrupción de menores o turismo sexual, o no superan las afectaciones psicológicas generadas por el delito, o tardan varios años en estabilizarse emocionalmente. Esto, además del daño físico sufrido, por ejemplo, debido a las penetraciones sexuales de tipo vaginal o anal. A esto se suma el contagio de enfermedades venéreas o el embarazo involuntario.

Lo mismo sucede con las víctimas de trata de personas, quienes son desarraigadas de sus entornos culturales y obligadas a trabajar en condiciones similares a la esclavitud. Basta con visitar algunas zonas del Distrito Federal, para observar las pasarelas que niñas y niños hacen en calles de la merced, víctimas de las redes de la delincuencia organizada. Lo mismo sucede en la zona centro de Acapulco y Tijuana. ¿Será que después de años de ser obligados a sostener relaciones sexuales, lo que se afecta es la moral de estos niños? Lo que sucede en realidad es que se les niega el derecho a ser ellos mismos. O sea, se les priva de la posibilidad de desarrollarse libremente: se lesiona el libre desarrollo de su personalidad.

IV. El libre desarrollo de la personalidad en su calidad de bien jurídico penal

Derivado del artículo primero, párrafo tercero, de la Constitución Política mexicana, el libre desarrollo de la personalidad encuentra su basamento teórico en la dignidad humana. Ésta constituye, junto a la vida, el valor más importante en un Estado Constitucional, y se traduce en la libertad que todo ser humano tiene de ser uno mismo. Es decir, que ni el Estado, ni los órganos que lo componen, ni persona alguna, pueden tener injerencia en la espiritualidad e individualidad del la mujer y el hombre. De ahí que cualquier tipo de discriminación, generada por cualquier causa, deba ser perseguida y sancionada por el ordenamiento jurídico.

México no es ajeno a estos valores. Nuestra *ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes* recoge expresamente el libre desarrollo de la personalidad en su artículo decimoprimer, cuando establece:

Son obligaciones de madres, padres y de todas las personas que tengan a su cuidado niñas, niños y adolescentes:

A. Proporcionarles una vida digna, garantizarles la satisfacción de alimentación, así

como el pleno y armónico *desarrollo de su personalidad* en el seno de la familia, la escuela, la sociedad y las instituciones, de acuerdo con el presente artículo.

Que nuestro ordenamiento jurídico contemple este nivel de protección, es una muestra plausible de la influencia que han tenido en nuestra legislación los tratados internacionales en materia de protección de los grupos más vulnerables de nuestra sociedad. Esa influencia debiera abarcar también al Derecho penal. Desafortunadamente esto no es así. Sirva como ejemplo el Código Penal Federal, que en su Capítulo Octavo, Título Cuarto, establece;

Delitos Contra la Moral y las Buenas Costumbres

Ahí se incluyen algunos tipos delictivos, entre ellos, el lenocinio. La redacción de éstos, fiel a nuestra tradición, incumple los estándares mínimos establecidos a escala internacional. La despreocupación en materia de protección del libre desarrollo de la personalidad es tan evidente, que el legislador olvidó incluir el delito de trata de personas y éste quedó solamente en calidad de encabezado.

No debiera olvidarse que los delitos que atentan en contra del libre desarrollo de la personalidad constituyen la tercera actividad lucrativa más importante del crimen organizado transnacional, tan sólo detrás del narcotráfico y el tráfico de armas. Al mismo tiempo, México se ubica como un lugar de origen, tránsito y destino de las actividades ilícitas vinculadas a la explotación de seres humanos [11] .

Si esta tarea pretende abordarse en serio, debiera empezarse por aceptar que nuestro catálogo de bienes jurídicos está muy mal. El origen de ello es nuestra pobre cultura jurídica, el poco interés en la protección de grupos vulnerables y la ligereza de las autoridades. A esto se suma la pobre, a veces nula, influencia de los especialistas en la práctica jurídica. Por último, la escasa discusión doctrinal en México acerca de los rasgos o la entidad misma de un bien jurídico se ha traducido en sancionar la pobreza a través del derecho administrativo y del mismo derecho penal.

Si se acepta que un bien jurídico penal es un interés social, indispensable para la vida en sociedad y digno de protección mediante el Derecho penal, ya se ha dado el primer paso. Si además estamos de acuerdo en que el Derecho penal debe sancionar los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes (principio de

fragmentariedad) [12] , tenemos ya dos buenos pilares para construir el aparato crítico que justifique excluir de nuestro ordenamiento punitivo a la moral.

Sustituir la moral por el libre desarrollo de la personalidad ha dejado de ser una simple propuesta. Recientemente, el estado de Baja California se ha puesto a la vanguardia en nuestro país mediante una reforma integral a su código penal [13] . Este es el primer caso en la historia de nuestro país en que se elimina la referencia a la moral y las buenas costumbres, para fijar el libre desarrollo de la personalidad como bien jurídico protegido en el ámbito de los delitos vinculados a la explotación sexual comercial infantil. Baja California se coloca así como un ejemplo a seguir por los legisladores de todo el país, pues sin duda esa reforma que hoy día es ley vigente en ese estado crea un antecedente en el marco de la protección jurídico-penal de los grupos más vulnerables de nuestro país, quizás comparable con los estándares que rigen la política criminal que se debate hoy en la Unión Europea.

V. Perspectivas

La protección del libre desarrollo de la personalidad debe fortalecerse a escala internacional. Desafortunadamente, las redes del crimen organizado, dedicadas a la explotación de seres humanos, han alcanzado un grado importante de influencia gracias a la globalización, y sus integrantes marcan la pauta en la toma de decisiones de los órganos de procuración e impartición de justicia.

Así mismo, existen intereses que impiden la evolución de nuestro sistema penal. De hecho, las decisiones políticas siguen ubicándose por encima de las decisiones fundamentadas en la protección de los derechos humanos, con especial referencia a las niñas, niños y adolescentes. La función ético-social del derecho ha perdido terreno en nuestro país y se vislumbran tiempos más oscuros que los actuales.

Ante este panorama, el único espacio digno de debate y generación de ideas sigue siendo la Academia. En México, la cultura de la protección jurídica a los grupos más vulnerables sigue siendo una tarea pendiente; de ahí que los empeños que en ese sentido se han generado intensamente en Europa puedan ser un buen ejemplo a seguir, pues, como sostiene Isensee, el Derecho existe para crear libertad [14] , y qué mejor que ello sea para desarrollar, sin injerencia alguna, nuestra personalidad.

[1] Acerca de los avances y dificultades- en el marco de la armonización penal en Europa; Vogel, Joachim; *Por un Código Penal Europeo*; traducción de Miguel Ontiveros Alonso, *Iter Criminis*, No. 9, segunda época (enero-marzo de 2004), Instituto Nacional de Ciencias Penales, México; pp. 313 y ss.

[2] Que el derecho penal es utilizado con estos fines, es algo de dominio público, tal y como lo ha expuesto Muñoz Conde, Francisco; *El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado derecho penal del enemigo*; en *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro en Homenaje a Claus Roxin. Tomo I.* Instituto Nacional de Ciencias Penales. México; 2003; pp. 117 y ss.

[3] Véase www.reforma.com. (sección nacional) y www.reforma.com/justicia , del 21 de enero de 2006.

[4] Véase; *Análisis científico de una vergüenza judicial* (corrupción de menores); Constantino Rivera, Camilo/Quintino Zepeda, Rubén/Ontiveros Alonso, Miguel. Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México, 2006 (en prensa).

[5] Ibidem.

[6] Ibidem.

[7] La exclusión del consentimiento en los delitos vinculados a la explotación sexual comercial infantil no es sólo una cuestión teórica, también es una disposición legal vigente en nuestro país. Para tales efectos, considérese el *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena* (adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949 y en vigor general el 25 de julio de 1951, de conformidad con el artículo 24. Depósito de instrumento de adhesión de México; 21 de febrero de 1956. Publicado en el diario oficial de la Federación el 19 de mayo de 1956. En vigor en México: 21 de junio de 1956), y que establece: Art 1.- Las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1.1. Concertare la prostitución de otra persona, *aun con el consentimiento* de tal persona. 1.2. Explotare la prostitución de otra persona, *aun con el consentimiento* de tal persona.

[8] La victimodogmática radical no sólo sienta las bases para atribuir la responsabilidad del hecho a la propia víctima, sino también para excluir de responsabilidad penal al autor. Al respecto; Roxin, Claus; derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; Madrid, 1997, p. 562.

[9] *Análisis científico*; Constantino/Ontiveros/Quintino; ob.cit. p. 8.

[10] Rocha Torres, Dulcinea; *Afectaciones psicológicas en las niñas y niños víctimas de explotación sexual comercial infantil*; Iter Criminis No. 4, tercera época, México, 2006.

[11] Véanse las estadísticas referentes a la explotación de seres humanos en: www.grupoantitrata.org

[12] Al respecto, Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Praxis, Barcelona; 1996, p. 48.

[13] Reforma publicada en el Periódico Oficial del Estado de Baja California, el 18 de noviembre de 2005 (No. 51).

[14] Isensee, Josef; *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*; Tomo III *Das Handeln des Staates*. Segunda edición, C.F. Müller, Heidelberg, 1996, p. 315.