

## CAPÍTULO QUINTO

### EL MANDATO DE DETERMINACIÓN DE LAS LEYES PENALES

#### I. CONCEPTO

El mandato de determinación, como parte del derecho a la exacta aplicación de la ley penal, expresa la obligación de que las leyes de contenido sancionador sean formuladas de modo preciso, claro y unívoco; a través suyo, la Constitución propende a asegurar la racionalidad lingüística de la legislación penal, que debe permitir a los ciudadanos discernir, *ex ante* y de forma cierta, qué conductas se encuentran prohibidas y cuáles son las sanciones dispuestas para quienes incurran en ellas; de ahí que, con acierto, se afirme que se trata “del último y más refinado fruto de la evolución del principio de legalidad”.<sup>225</sup>

Aunque conceptualmente resulta factible diferenciar la exigencia de claridad y precisión en la formulación de los delitos de la garantía de reserva de ley penal, ambas consagradas en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>226</sup> tanto en una como en otra es posible atisbar confluencia de propósitos, si las avizoramos desde el objetivo general del principio de legalidad, consistente en mantener la facultad de decidir y definir lo prohibido en manos del poder que expresa directamente la voluntad popular; en el caso de la reserva de ley, el propósito se cumple evitando que se ese poder se

<sup>225</sup> Romano, Sergio, *Commentario sistematico al Codice Penale*, Milán, Giuffrè, 1995, p. 41.

<sup>226</sup> *Ibidem*, capítulo III.

transfiera al Poder Ejecutivo, a través de la proscripción de que normas de rango infralegal puedan constituir fuente del derecho punitivo; en el caso del mandato de determinación, evitando que esa facultad sea preterida al juez en el momento de la aplicación de las normas jurídicas, esto es, evitando la creación o la modificación jurisprudencial de los delitos y las penas.<sup>227</sup>

## II. EL FUNDAMENTO DEL MANDATO DE DETERMINACIÓN

El fundamento del mandato de determinación, como parte de la garantía de *lex certa*, se halla entronizado con la seguridad jurídica, entendida ésta no como fin autónomo, sino en clave de garantía como medio para la preservación de la libertad y la autodeterminación de los ciudadanos. En ese sentido, como enfatiza Rawls en una luminosa referencia al principio de *nullum crimen*:

Este precepto exige que las leyes sean conocidas y expresamente promulgadas, para que su significado sea *claramente* expuesto, que las leyes sean generales, tanto en su declaración como en su disposición, y no sean usadas para dañar a individuos particulares, quienes pueden estar expresamente señalados (muerte civil), que al menos las faltas graves sean estrictamente interpretadas, y que las leyes penales no sean retroactivas en perjuicio de aquellos a quienes se apliquen. Estas exigencias están implícitas en la idea de regular las conductas mediante normas públicas, ya que *si los estatutos no son claros en lo que ordenan y lo que prohíben, el ciudadano no sabe cómo ha de comportarse*.<sup>228</sup>

<sup>227</sup> En este sentido, para Fiandaca la determinación opera como garantía de refuerzo respecto de la reserva de ley. Véase Fiandaca, Giovanni y Di Chiara, Giuseppe, *op. cit.*, nota 124, p. 72; en similares términos se pronuncia Ferreres, al señalar que “el principio de taxatividad contribuye a reforzar desde fuera la exigencia de precisión que es inherente a la reserva de ley”. Véase Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 122, p. 28.

<sup>228</sup> Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, FCE, 1995, pp. 224-225. El destacado es nuestro.

### III. EL MANDATO DE DETERMINACIÓN Y SU VINCULACIÓN CON OTROS DERECHOS

La “exactitud” de la ley penal no solamente sirve a la preservación de la libertad y la autodeterminación de los ciudadanos por medio de la delimitación precisa de lo prohibido; indirectamente, propende a reforzar la vigencia de otros derechos y principios constitucionales.<sup>229</sup>

En primer lugar, la aplicación igualitaria de la ley depende en gran medida de que los tipos penales se encuentren redactados de manera precisa y unívoca; cuando las características que hacen penalmente relevante una conducta se hallan descritas de manera puntual y exhaustiva, se permite al ciudadano —y al mismo juez (y antes a la policía y al ministerio público)— identificar con certeza cuándo un comportamiento es una instancia del supuesto legal previsto por la norma y cuándo queda fuera de su ámbito de denotación.

Por otro lado, la nota de precisión en la redacción de los delitos es indispensable para la formulación del juicio de conformidad entre un hecho histórico y el supuesto abstracto de la norma, por medio del cual se constata que efectivamente una conducta es una instancia del comportamiento proscrito por el legislador; sólo ante tipos penales exhaustivos y determinados resulta plausible la acotación de los márgenes de la discrecionalidad judicial a la constatación empírica de que unos hechos concretos son subsumibles en una hipótesis legal específica, de forma objetiva y verificable.

“El derecho de defensa —escriben Padovani y Stortoni— presupone la contestación de una acusación determinada, que a su vez requiere una clara formulación legal”,<sup>230</sup> mientras Bricola

<sup>229</sup> Bricola, Franco, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milán, Giuffrè, 1965, vol. I, pp. 279 y ss.

<sup>230</sup> Padovani, Tullio y Stortoni, Luigi, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 88.

apunta que “El relajamiento del rigor (lingüístico) del tipo penal puede comprometer o neutralizar la refutación de la acusación, que como presupuesto imprescindible del derecho de defensa, puede considerarse como el núcleo en torno al cual gira todo el sistema de la garantías jurisdiccionales”.<sup>231</sup> El sistema acusatorio y el mismo derecho a la defensa resultarían comprometidos si la ley penal no establece hipótesis susceptibles de ser comprobadas o refutadas en juicio mediante pruebas idóneas. La Corte costituzionale italiana, por ejemplo, ha declarado la inconstitucionalidad de normas penales imprecisas por considerarlas violatorias del derecho de defensa.<sup>232</sup> En esta tesitura, cobra pleno sentido lo escrito por Ferrajoli, al afirmar que “una tesis judicial es verificable y refutable si y solo si los términos empleados en ella están provistos de extensión determinada”.<sup>233</sup>

La ley penal determinada propende igualmente a reforzar las condiciones tendentes a un ejercicio imparcial de la función jurisdiccional. Al respecto, recogiendo la opinión de Ferreres:

El juez podrá ser imparcial sólo si resuelve el caso con arreglo a un criterio preexistente, elaborado en otro lugar, en tiempo no litigioso. Si la ley es imprecisa, en cambio, se abre un espacio de poder para el juez, y existe entonces el riesgo de que el juez, al concretar la ley en una dirección en lugar de otra, lo haga para beneficiar o perjudicar a una de las partes. Cuanto más preciso sea el legislador, pues, en mayor medida garantizará que los ciudadanos serán tratados de igual manera, sin distinciones, por parte de los órganos encargados de aplicar el derecho.<sup>234</sup>

A las anteriores funciones vinculadas con el ejercicio de otros derechos constitucionales, el mandato de determinación cumple otras que son inmanentes a la racionalidad teleológica de un

<sup>231</sup> Bricola, Franco, *op. cit.*, nota 229, p. VIII.

<sup>232</sup> Sentencia 34/1995. Véase Marinucci, Giorgio y Dolcini, Emilio, *op. cit.*, nota 124, p. 122.

<sup>233</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 18, p. 120.

<sup>234</sup> Ferreres Comella, Victor, *op. cit.*, nota 122, pp. 52 y 53.

sistema penal. Ya Feuerbach al enunciar el aforismo con que se conoce universalmente al principio de legalidad penal, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, lo habría justificado con base en razones de eficacia del llamado de atención de la norma según su teoría de “coacción psicológica” de la pena; una ley penal imprecisa no resulta apta para la “prevención general” (positiva o negativa) en la medida en que no permite al individuo saber con certeza lo que se encuentra prohibido bajo amenaza de pena.<sup>235</sup>

#### IV. LOS ALCANCES DEL MANDATO DE DETERMINACIÓN

La “exactitud” de las leyes penales, según aparece preconizado el mandato de determinación por el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se halla directamente vinculada con las normas sustantivas que establecen los delitos y conminan las penas; respecto de las normas de “parte general” del Código Penal —las cuales funcionan como metanormas respecto de las primeras, en tanto se expresan a través de definiciones, conceptos y reglas atinentes a su interpretación y aplicación— la exigencia de determinación no funciona en los mismos términos de descripción exhaustiva.<sup>236</sup>

Tratándose de un principio garantista limitador del poder punitivo, el mandato de determinación resulta vinculante ahí donde la imprecisión o la vaguedad entrañan un riesgo para la libertad o los derechos de las personas; esto significa que el mandato tolera un mayor grado de indeterminación de las normas cuando éstas no tienen como objeto la incriminación directa de una conducta, así como la indeterminación *in bonam partem*.

Para autores como Moreso, el alcance de la determinación (para él, taxatividad) comprende también a las disposiciones de la parte general, específicamente a las causas de justificación, ya que, según afirma: “para determinar si un comportamiento,

<sup>235</sup> Marinucci, Giorgio y Dolcini, Emilio, *op. cit.*, nota 124, p. 121.

<sup>236</sup> Palazzo, Francesco, *op. cit.*, nota 124, pp. 199 y 257.

acción u omisión, humano está penalmente prohibido no basta con determinar que dicho comportamiento es una instancia de un caso genérico descrito por una disposición penal de los libros segundo o tercero, hace falta también que dicho comportamiento no sea una instancia de los casos genéricos descritos en las causas de justificación del artículo 20 del libro primero (del Código Penal español)".<sup>237</sup>

Para el profesor catalán, lo anterior nos colocaría en torno a un trilema: o proponer una redacción de las causas de justificación tan precisa y determinada como los tipos penales, o proponemos un derecho penal sin causas de justificación, o bien limitamos el alcance del principio de determinación para que no las incluya, o bien las incluya con una exigencia más atenuada. No obstante, al final su inclinación por la tercera opción muestra que el suyo es en realidad un parecer cercano al nuestro, si no coincidente: que en los tipos penales el umbral mínimo de la determinación debe ser más alto que en la formulación de las causas de justificación.<sup>238</sup>

Un análisis detenido de los argumentos que Moreso aporta en las conclusiones de su citado trabajo nos lleva a precavernos de que coincide con nuestro punto de vista, ya que se decanta por una solución *in favor libertatis*:

Hay razones para defender que el umbral de precisión exigido para la formulación de los tipos penales ha de ser más alto que el umbral de precisión exigido para las causas de justificación. Las razones son las siguientes: mientras en el caso de la formulación de los tipos penales, la precisión puede producir un cierto grado de infrainclusión, esto es, de casos abarcados por la razón justificante que la regla no abarca, esta infrainclusión es asumible en virtud de la importancia que otorgamos a la certeza en la delimitación de los comportamientos prohibidos penalmente; en cambio, en el caso de la formulación de las causas de justificación, el grado de infra-

<sup>237</sup> Moreso, José Juan, "Principio de legalidad y causas de justificación (sobre los alcances de la taxatividad)", *Doxa*, Alicante, núm. 24, 2001, p. 526.

<sup>238</sup> *Ibidem*, p. 538.

inclusión sería mucho más grave, comportaría que determinados comportamientos justificados serían punibles, por esta razón precisamos una formulación más amplia y flexible de las causas de justificación, que sea capaz de abarcar todos los casos en los que no existe justificación para castigar.<sup>239</sup>

Hay autores que, como Süß, postulan la observancia del mandato de determinación para el caso de normas de carácter adjetivo, y en general “en aquellas regulaciones de derecho procesal penal que concretan materialmente la pretensión penal, conformándola directamente, o la definen de nuevo”.<sup>240</sup> Similar es la posición de Moccia, para quien

el principio de determinación/taxatividad debe informar todas las partes del sistema penal, incluyendo los términos procesales; el cual, incluso, asume formas diferentes según se trate de describir hechos, figuras de la parte general o sanciones. En todo caso, el dato de la funcionalidad a la defensa de la libertad exige que sea tenido en cuenta más allá del sector de las normas incriminatorias, a las cuales, de manera frecuente, viene exclusivamente limitado.<sup>241</sup>

Existen razones plausibles, como las que aluden Süß y Moccia, para exigir la formulación precisa de todas las normas de contenido punitivo, lo que sería congruente con su fundamento garantista. Sin embargo, para ello es menester asumir que la actuación del mandato admite diferentes niveles de intensidad, dependiendo de la especie de norma con la cual se haga la confrontación.

Así, para el caso de los tipos penales el máximo rigor determinativo implica el cumplimiento de un canon de formulación

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 545.

<sup>240</sup> “El trato actual del mandato de determinación”, *La insostenible situación del derecho penal*, *cit.*, nota 3, p. 226.

<sup>241</sup> “Lo statuto della Corte Penale Internazionale. I profili della legalità”, *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (a cura di Emilio Dolcini y Carlo Enrico Paliero), Milán, Giuffrè, 2006, t. I, pp. 493 y 494.

consistente en la estricta delimitación de la acción prohibida y su sanción, mediante el empleo de un lenguaje claro, preciso y comprensible, que resulte adecuado a la satisfacción de la comunicación del mensaje normativo y a la motivación de los ciudadanos para omitir —o realizar— la conducta descrita.

En el caso de las normas de parte general, dado que se trata en forma prevalente de definiciones y conceptos (dolo, culpa, tentativa, error de prohibición, etcétera), se hallan abiertas a la captación de su sentido por medio de la elaboración doctrinal y jurisprudencial; en tal sentido, el mandato de determinación implica que el legislador debe recoger definiciones y conceptos doctrinal o jurisprudencialmente precisos y determinados.

Respecto de normas procesales, la claridad y corrección de su formulación puede reivindicarse como una exigencia intrínseca de mínima racionalidad según principios de técnica legislativa de un Estado de derecho; las exigencias del mandato de determinación operan a plenitud tratándose de normas formalmente procesales que inciden en la delimitación del ámbito material o temporal de lo punible (por ejemplo, las atinentes a la prescripción de los delitos).

#### V. EL CONTROL DE LA DETERMINACIÓN DE LAS LEYES PENALES. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA COMPARADA Y NACIONAL

El control de las leyes penales bajo el mandato de determinación parece uno de los temas donde los tribunales ejercen, así sea de manera disimulada, la facultad de *self-restraint*. En efecto, la doctrina de prácticamente todas las latitudes suele señalar la extrema cautela con la que proceden las cortes y tribunales constitucionales al analizar los contenidos del principio de legalidad penal,<sup>242</sup> aunque probablemente sea la Corte mexicana una de las

<sup>242</sup> Como acertadamente apunta Luzzati: “Es bien difundido el temor de que un excesivo rigorismo en el juicio de constitucionalidad podría llevar a la

que más destaque en ese rubro; la cautela de la Corte constitucional italiana o de la Corte Suprema de los Estados Unidos podría parecerle a nuestros jueces constitucionales un ejercicio de desmesurada audacia.<sup>243</sup>

### 1. Italia

El prestigio de la Corte costituzionale italiana deriva en gran medida de sus sentencias en cuestiones penales. Existen sin duda circunstancias y razones históricas que lo explican, como el hecho de que todavía a la fecha rija el Código Penal expedido en tiempos de Mussolini (Código Rocco), muchas de cuyas disposiciones han sido declaradas constitucionalmente ilegítimas por la Corte.

En cuanto al mandato de determinación (*determinatezza-tassatività*), sobre todo si consideramos el retraimiento que caracteriza a los tribunales en este punto, el activismo de la Corte costituzionale, al menos para nuestros usos, ha sido notable, especialmente a partir de los años ochenta, época de la cual datan algunos de los pronunciamientos de inconstitucionalidad de disposiciones penales más sobresalientes.<sup>244</sup> Anotan Marinucci y Dolcini,<sup>245</sup> que la Corte costituzionale inicia entonces una etapa relevante, que caracteriza el paso de una fase de mero obsequio formal a una fase de plena valoración del principio de precisión.

De esta época data el pronunciamiento de la Corte italiana, que afirma que el legislador “tiene la obligación de formular normas

parálisis del derecho penal, cuyas normas son mucho más vagas de cuanto no se quiere generalmente admitir”. Véase Luzzati, Claudio, *op. cit.*, nota 166, p. 379.

<sup>243</sup> Pulitano, Domenico, “Sull’interpretazione e gli interpreti della legge penale”, *Studi in onore di Giorgio Marinucci, cit.*, pp. 657-691, especialmente p. 672.

<sup>244</sup> Notables comentarios de las sentencias de dicho periodo en Luzzati, Claudio, *op. cit.*, nota 166, pp. 380-391, así como en D’Amico, Marilisa, “Il principio di determinatezza in materia penal. Fra teoria e giurisprudenza costituzionale”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, gennaio-febraio, pp. 315-376.

<sup>245</sup> Marinucci, Giorgio y Dolcini, Emilio, *op. cit.*, nota 124, p. 147.

conceptualmente precisas bajo el perfil semántico de la claridad y de la inteligibilidad de los términos empleados”;<sup>246</sup> que “en las prescripciones taxativas del código el sujeto debe poder encontrar, en todo momento, qué le es lícito y qué le está prohibido, y para esto son necesarias leyes precisas, claras, que contengan directivas de comportamiento reconocibles”.<sup>247</sup> Por otro lado, la Corte no se limita a hacer enunciaciones de principios, sino que declara que las normas imprecisas deben, sin más, expulsarse del ordenamiento.

#### A. *La sentencia 117/1980*

Esta sentencia constituye el primer pronunciamiento de inconstitucionalidad de una disposición penal de frente al principio de legalidad penal previsto en el artículo 25 de la Constitución italiana. Se trató del artículo 1, n. 3, de la Ley del 27 de diciembre de 1956, el cual incluía entre los sujetos pasivos de las “medidas de prevención” previstas en dicha ley, a quienes “per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere”. La inconstitucionalidad fue declarada en atención a que

...la disposición en examen... no describe... ni una ni más conductas, ni alguna “manifestación” a la cual referir, sin mediación, una comprobación judicial. Qué “manifestaciones” sean relevantes es dejado al juez (y, antes de él, al ministerio público y a la autoridad policiaca) en el plano de las definiciones del tipo penal, antes que sobre su comprobación. Los presupuestos del juicio de “proclividad a delinquir” no tienen aquí ninguna autonomía conceptual respecto del juicio mismo. La fórmula legal no desempeña, por lo tanto, la función de un auténtico tipo de individualización de los “casos” (como lo mandan ya sea el artículo 13 como el artículo 25, 3, de la Constitución) sino que *ofrece a los operadores un espacio de incontrolable discrecionalidad*.

<sup>246</sup> Sentencia 96/1981.

<sup>247</sup> Sentencia 364/1988.

### B. *La sentencia 96/1981*

En esta sentencia la Corte costituzionale declaró la inconstitucionalidad, por imprecisa e indeterminada, de la disposición prevista en el artículo 603 del Código Penal, la cual estimó conculcatoria del artículo 25,2 de la Constitución italiana. Dicho precepto establecía el “delito de plagio” de acuerdo con el siguiente tenor: “Cualquiera que someta a una persona al propio poder, en modo de reducirla en total estado de sujeción, es castigado con reclusión de cinco a quince años”.

Después de hacer una larga digresión histórica sobre el delito en comento, la Corte hace notar que la disposición impugnada establece el delito de “plagio” imprimiendo a este término un significado inusual y diferente al recogido en códigos y leyes precedentes, con lo cual el legislador desconoció “el valor lexical de la palabra”. Aquí la Corte estableció lo que la doctrina italiana denomina la “dimensión empírica” del mandato de determinación, esto es, la obligación del legislador de establecer tipos penales precisos y determinados no solamente desde el punto de vista de su significado lingüístico, sino en cuanto a que los comportamientos descritos resulten fácticamente posibles.<sup>248</sup> La Corte argumentó que una pretendida “supremacía psicológica” por medio de la cual una persona sujetaba a otra hasta el grado de anularla en su autonomía individual —conducta que tipificaba el delito de plagio— no resulta empíricamente verificable acudiendo a criterios médicos o científicos, por lo que ningún juez podría establecer la relación entre una conducta concreta y la prevista en el tipo penal del delito de plagio. En la parte considerativa se asentó:

Por lo tanto, al tenor del artículo 25 que impone expresamente al legislador formular normas conceptualmente precisas, bajo el perfil semántico de la claridad y la inteligibilidad de los términos empleados, debe lógicamente asumirse implícita la obligación de

<sup>248</sup> Fiandaca, Giovanni y Di Chiara, Giuseppe, *op. cit.*, nota 124, pp. 76 y 77.

formular hipótesis que expresen tipos correspondientes a la realidad... Sería, en efecto, absurdo asumir que puedan considerarse determinadas, en coherencia con el principio de taxatividad de la ley, normas que, si bien son conceptualmente inteligibles, expresan situaciones o comportamientos irreales o fantásticos o, de algún modo, irrealizables, y aún más concebir disposiciones legislativas que inhiban, ordenen o castiguen hechos que para cualquier noción y experiencia deben considerarse inexistentes o no comprobables racionalmente... La formulación de tales normas subvertiría los más obvios principios que subyacen racionalmente a todo sistema legislativo, así como las más elementales nociones y enseñanzas en torno a la creación y a la formulación de las normas jurídicas. De esta premisa, resulta por tanto que la completa descripción de un tipo penal no es suficiente a los fines de la legitimidad constitucional de una norma que, dada su estructura y su formulación abstracta, no consienta una aplicación racional concreta.

### C. La sentencia 364/1988

Esta sentencia es calificada con sobrada razón por la doctrina italiana como “histórica”.<sup>249</sup> Con ocasión de ella, la Corte costituzionale estableció la existencia, desde la Constitución, de una relación entre el derecho a la legalidad penal y el principio de culpabilidad, al sostener la inaplicabilidad en sede penal del principio *ignorantia legis non excusat*, y declarar la inconstitucionalidad parcial del artículo 5o. del Código Penal, por no acoger la posibilidad exculpatoria del error de prohibición invencible.

El principio de “reconocibilidad” de los contenidos de las normas penales implica... la necesidad de que el derecho penal constituya de verdad la *extrema ratio* de tutela de la sociedad,

<sup>249</sup> Prácticamente no existe manual que se ocupe del tema que no haga referencia a la sentencia es cuestión. Al respecto, véase además a Pegoraro, Lucio, “Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza de la Corte costituzionale”, *Quaderni di filosofia analitica del diritto*, Milán, Giuffrè, 1988, pp. 19-24.

sea constituido de normas no numerosas, excesivas respecto a los fines de tutela, claramente formuladas, dirigidas a la protección de valores al menos de “relevancia constitucional...”. En las prescripciones taxativas del código el sujeto debe poder encontrar, en todo momento, qué le es lícito y qué le está prohibido: y para esto son necesarias leyes precisas, claras, que contengan directivas de comportamiento reconocibles. El principio de culpabilidad es, por lo tanto, indispensable para garantizar al particular certeza en la libre elección de sus acciones: para garantizarle, en suma, que será llamado a responder penalmente sólo por acciones por él controladas y nunca por comportamientos que sólo fortuitamente produzcan consecuencias prohibidas penalmente... De nada valdría, en efecto, en sede penal, garantizar la reserva de ley estatal, la taxatividad de las leyes, etc., cuando el sujeto fuese llamado a responder de hechos que no puede, de manera alguna, impedir, o en relación a los cuales no está en grado, sin que medie la mínima culpa de su parte, de reconocer el deber de evitarles derivado del precepto. El principio de culpabilidad, en este sentido, más que completar, constituye el segundo aspecto del principio, garantista, de legalidad, vigente en todo Estado de derecho.

#### D. *La sentencia 247/1989*

En esta sentencia la Corte costituzionale hace una teorización completa, recogiendo los pareceres de un amplio sector de la doctrina, para distinguir dos proyecciones de la *lex certa*, que si bien siempre fueron reconocidas como partes de la legalidad punitiva, hasta entonces solían enunciarse bajo la denominación genérica de “taxatividad” (*tassatività*): la exigencia de certeza para el “momento legislativo”, esto es, el canon de claridad y precisión en la formulación de los tipos penales —la *determinatezza*— y la prohibición de aplicación analógica de la ley penal en el “momento judicial” —la *tassatività* propiamente dicha.

Para iniciar el examen de mérito de la propuesta cuestión de legitimidad constitucional, va precisado que vendrá usado el término determinación (junto al correlativo, indeterminación) y no el de taxatividad, en primer lugar porque existe una notable doctrina que considera distintos los significados de los dos términos, siguiendo la cual se trata en esta sede, precisamente de decidir sobre la determinación cual modo (de formulación y, consecuentemente) de ser de la norma... y en segundo lugar, porque teniendo el precepto “de determinación”, siempre según la mencionada doctrina, contenido más amplio e intenso que el de taxatividad, el uso del término “determinación” consiente obviar en esta sede del debate relativo a la distinción entre la especie “taxatividad” y el género, “determinación”, ya que el primero (la especie) resultaría comprendido sin agotarse en el mismo.

## 2. España

No son escasas las voces de la doctrina española que acusan una posición poco proclive del Tribunal Constitucional a la declaración de inconstitucionalidad de normas penales. Según recuerda Silva-Sánchez, esta idea se ha llegado a expresar señalándose que “el legislador es soberano en materia de política criminal”, y en el acogimiento de un principio pragmático —el principio de conservación de los preceptos— según el cual en aquellos casos en que sea posible no declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal mediante una “interpretación conforme a la Constitución” debe optarse por esta última posibilidad.<sup>250</sup>

<sup>250</sup> “Observaciones sobre la relación entre derecho constitucional y derecho penal en España”, *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?*, Buenos Aires, Fabián J. di Plácido editor, 2001, II, pp. 108-125; la referencia que hace el autor es al auto del Tribunal Constitucional 319/1996. Por su parte, Antonio Cuerda Riezu señala que: “Todo esto explica que algunas decisiones del Tribunal Constitucional sobre problemas penales sean claramente evasivas y huyan de una solución que a veces se siente como excesivamente traumática. El principio de legalidad penal ha estado en la sensibilidad constitucional bajo mínimos, muy por debajo del sentir general entre los penalistas, especialmente entre los teóricos”. Véase “Innovaciones de la más reciente doctrina constitu-

En realidad, con sus matices, como hemos afirmado anteriormente, esta actitud parece concernir a la mayor parte de los tribunales constitucionales a la hora de ejercer el control constitucional de las leyes penales.

En un meduloso análisis —al cual acudimos por su exhaustividad— Susana Huerta Tocildo sintetiza la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional español en torno al mandato de determinación (según su nomenclatura, taxatividad):<sup>251</sup>

1. El mandato de taxatividad, como parte integrante del derecho fundamental a la legalidad penal consagrado en el artículo 25.1 C.E., obliga al legislador a configurar los tipos penales con la mayor claridad posible y a evitar la creación de tipos penales tan abiertos que su aplicación o no aplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria de los tribunales, lo que no sólo iría en contra del principio de seguridad jurídica, sino de la exigencia de reserva absoluta de ley en sentido formal.

2. No obstante, “los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad o precisión absolutas, por lo que es necesario en ocasiones un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad en tanto no aboque a una inseguridad jurídica” (STC 69/1989/1).

3. Tampoco está obligado el legislador a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción típica. Tal labor definitoria únicamente resulta inexcusable cuando utilice términos que, por su falta de arraigo en la cultura jurídica, carecen de toda virtualidad signifiicante y cuyo contenido semántico no puede ser concretado con ayuda de criterios lógicos, técnicos o de experiencia.

4. En cualquier caso, no puede formular tipos tan abiertos que conviertan a los jueces en legisladores, en patente conflicto con la exigencia de reserva de ley absoluta que se desprende del artículo

cional sobre el principio de legalidad penal”, *El nuevo derecho penal español. Estudios en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001, p. 163.

<sup>251</sup> “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, *El principio de legalidad*, cit., pp. 39-44.

25.1, C.E. Ni hacer uso indiscriminado de cláusulas normativas abiertas, ya que las mismas “sólo resultan constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y sea imposible otorgarla en términos más precisos” (STC 151/1997/3).

5. En los supuestos que el legislador ha formulado los tipos penales con un cierto margen de indeterminación —pues la absoluta indeterminación le está vedada por el artículo 25.1, C.E.— su determinabilidad exige una labor exegética por parte del intérprete y aplicador de la norma, quien debe llevarla a cabo siguiendo pautas objetivas y no discrecionales que precisen el alcance de dichos conceptos y los hagan previsibles, es decir, con arreglo a los criterios metodológicos anteriormente enunciados y a los “valores generalmente admitidos y conocidos socialmente desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y, especialmente, desde la Constitución” (STC 270/1994/6).

### 3. *Estados Unidos*

La Corte Suprema norteamericana ha desarrollado la doctrina denominada “nulidad por vaguedad” (*Void-for-Vagueness*), la cual declara inconstitucional cualquier norma de derecho sancionador que no cumpla con un estándar de suficiente precisión y claridad.<sup>252</sup> A lo largo de más de un siglo, esta doctrina se ha convertido en uno de los parámetros más importantes para resguardar, a través de una adecuada formulación legislativa, los ámbitos de libertad vinculados con el ejercicio de derechos constitucionales.

En *United States v. Reese* (1875), por ejemplo, la Corte norteamericana afirmó que: “Penal statutes ought not to be expressed in language so uncertain. If the legislature undertakes to define by statute a new offense and provide for its punishment, it should express its will in language that need not deceive the common

<sup>252</sup> Goldsmith, Andrew E., “The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited”, *American Journal of Criminal Law*, University of Texas, vol. 30, april-2003, pp. 279-313.

mind. Every man should be able to know with certainty when he is committing a crime”.

En *Cramp v. Board of Public Instruction* (1961), al pronunciarse acerca de la constitucionalidad de un estatuto del estado de Florida que exigía que los empleados estatales juraran, entre otras cosas, “no haber prestado ayuda, apoyo, consejo o influencia al Partido Comunista”, la Corte declaró contraria a la exigencia de precisión permitir que una directiva redactada en términos tan genéricos sustentara una acusación de perjurio.

En *Papachristou v. City of Jacksonville* (1972), la Corte resolvió la inconstitucionalidad por vaga e imprecisa de una ordenanza municipal que disponía que “serían considerados vagos y sancionados... las personas que vagaran de un lado a otro sin ningún objetivo legítimo, los vagos habituales, personas perturbadoras, personas que no realicen ningún negocio legítimo y que pasen habitualmente su tiempo frecuentando casas de mala fama, garitos, o lugares en los cuales se venden o sirven bebidas alcohólicas, personas que sean capaces de trabajar pero que habitualmente vivan de los ingresos de sus esposas o hijos menores”.

El prestigiado estudioso del derecho penal comparado, Edmundo S. Hendler, resume magistralmente las ideas que preconiza esta doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos:

a) La necesidad de que la ley efectúe una clara advertencia previa (*fair warning*), lo que supone que su texto debe tener suficiente claridad para ser entendido por el ciudadano común (*average man*). Esta noción de “ciudadano común” se encuentra, desde luego, matizada con algunos distingos. Se entiende, por ejemplo, que basta con que de la misma ley surja la necesidad de asesoramiento legal para que sean válidos algunos conceptos complejos si, a través de ese asesoramiento, puede determinarse razonablemente su sentido. Además, si se trata de una ley dirigida a una profesión o actividad especial, basta que sea entendible por quienes se dedican a la profesión o actividad.

b) El propósito de impedir la aplicación arbitraria o discriminatoria. Se trata de los casos de excesos de discrecionalidad que

pueden cuestionarse por la cláusula de igualdad de derechos o, más bien, porque la vaguedad permite disimular la eventual arbitrariedad. Se la entiende en dos sentidos: si confiere poderes arbitrarios a los funcionarios o a la policía, o si no puede ser apropiadamente explicada a un jurado.

c) La protección específica de ciertos derechos considerados fundamentales. La interpretación sobre los límites de vaguedad admisibles es particularmente estricta si se trata de derechos resguardados en la enmienda I de la Constitución estadounidense, o sea, la libertad de cultos, de palabra, de prensa, de reunión o de petición a las autoridades. La idea es que las libertades de que se trata requieren de cierta amplitud para su ejercicio, y por eso los gobiernos sólo pueden legislar en esa área con estricta especificidad. Tan es así que, como caso de verdadera excepción, cabe el cuestionamiento constitucional de una ley cuyos castigos puedan afectar algunos de esos aspectos aun por parte de quienes no se encuentren en situación de ser sancionados. Se entiende que la incertidumbre, por sí misma, crea entorpecimiento al ejercicio de esos derechos.<sup>253</sup>

#### 4. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

La Convención Europea de Derechos Humanos establece en su artículo 7o. el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, en los términos siguientes:

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho, reconocidos por las naciones civilizadas.

<sup>253</sup> *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, pp. 29-31.

La interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha realizado de este precepto ha partido de la consideración de que en el seno del Consejo de Europa conviven dos tradiciones jurídicas diferentes: el *civil law* y el *common law*. En efecto, en países que como Reino Unido, Irlanda y Malta se inscriben dentro de la tradición del *common law* no rige la reserva de ley penal, ya que aunque en la actualidad existe una amplia prevalencia del *statutory law*, pervive una orientación jurisprudencial donde el delito y las penas admiten un importante grado de configuración no legislativa.<sup>254</sup> En esa virtud, la doctrina del Tribunal ha orientado el control de la legalidad penal hacia el cumplimiento de estándares de accesibilidad y previsibilidad. Es justamente dentro de este último rubro que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha incardinado el mandato de determinación, al exigir que los preceptos penales sean formulados con la suficiente precisión. Así, en el caso *Sunday Times*, del 26 de abril de 1979, señaló: “Una norma no puede ser considerada ‘ley’ a menos que esté formulada con suficiente precisión para permitir al ciudadano regular su conducta: debe ser capaz —con asesoramiento jurídico, si es necesario— de prever, en un grado razonable dadas las circunstancias, las consecuencias que pueden derivarse de determinada acción”.

En *Kokkinakis c. Grecia*, del 25 de mayo de 1993, el TEDH aludió a la necesidad de claridad en la redacción de las normas penales, en los términos siguientes:

El Tribunal señala que el artículo 7.1 del Convenio no se limita a prohibir la aplicación retroactiva del derecho penal en detrimento del acusado. Se consagra así, de manera más general, el principio de la legalidad de los delitos y de las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y el que exige no aplicar la ley penal de manera extensiva en detrimento del acusado; especialmente por analogía; de ello se deduce que un delito debe ser claramente definido por

<sup>254</sup> Sarmiento, Daniel *et al.*, *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Thompson-Civitas, 2007, p. 60.

la ley. Esta condición se cumple cuando el individuo puede conocer, a partir de la redacción del artículo aplicable y, en su caso, con la ayuda de la interpretación de los Tribunales, qué actos y qué omisiones comprometen su responsabilidad.

## 5. México

La Corte mexicana, como ya hemos avanzado, no es precisamente proclive a la declaración de inconstitucionalidad de normas penales. Su actitud ha sido en este rubro extremadamente conservadora, lo cual ha prohiado que la calidad legislativa en materia punitiva, no ya en cuanto a aspectos relacionados con la pertinencia de penar determinadas conductas, sino ya en el solo aspecto relativo a su formulación, sea ostensiblemente mejorable.

Resulta sorprendentemente escaso el número de sentencias de inconstitucionalidad emitidas bajo el parámetro de la determinación de la ley penal. La doctrina jurisprudencial formada hasta hoy se ha integrado a partir de sentencias desestimatorias; también llama la atención la falta de delimitación de los contenidos de la garantía de “exacta aplicación de la ley penal”, a la que se suele aludir sólo de manera genérica con la nomenclatura en cuestión.

Antes de la denominada Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación* (1995) apenas es posible encontrar algún pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el que haya controlado una ley punitiva bajo el parámetro general del derecho a la legalidad penal. Sólo una de ellas, de 1932, declara inconstitucionales las penas indeterminadas por conculcar la garantía de “exacta aplicación de la ley penal” con una apretada mayoría de tres contra dos de los integrantes de la primera sala.<sup>255</sup>

Es apenas en el año 1995 cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación emite el primer criterio en el que admite que la “garantía de exacta aplicación de la ley penal” también resulta

<sup>255</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, XXXVIII, Tesis aislada, p. 2434.

vinculante para el legislador, por lo que la ley “debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en la aplicación o la defensa del procesado”.<sup>256</sup>

Sin embargo, más allá del tono enfático con que se reivindican los requisitos de claridad, precisión y exactitud, a poco que se profundiza en la argumentación que sustenta la decisión de la Suprema Corte es posible percatarse de la existencia de una incompreensión respecto de la forma en que el mandato debe obligar al legislador.<sup>257</sup>

Otro de los rasgos de la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se pueden advertir de esta misma

<sup>256</sup> Tesis P. IX/1995.

<sup>257</sup> En el caso mencionado, por ejemplo, la Corte confunde un problema de “relación de causalidad” o de “imputación objetiva del resultado” con las exigencias derivadas del mandato de determinación. En la especie se impugnaba un decreto de reforma del Código Penal de Nuevo León, el cual eliminaba una regla que trocaba en homicidio una lesión cuando la muerte acaecía como consecuencia de la misma dentro de una temporalidad de sesenta días. Esta disposición, frecuente en los códigos penales mexicanos, pero en puridad innecesaria, brindaba una solución en el sentido de, *et de jure*, convertir un delito de lesiones en uno de homicidio si la muerte efectivamente acaece como resultado de las propias lesiones. Más allá de la conveniencia técnica de dicha disposición, esto es, resolver mediante una ficción legal la imputación del resultado a la conducta, la Corte equivocadamente reivindica como exigencia de la *lex certa* que el legislador obligatoriamente incluya una solución de temporalidad para tal caso, excediéndose en sus atribuciones al incidir dentro de una disputa teórica y, en todo caso, en la libertad de configuración legal que concierne al Poder Legislativo. En suma, en la especie la Corte no se pronunció en cuanto a la precisión de la conducta descrita en el tipo penal, sino sobre la conveniencia de mantener una tradición legislativa, punto que resulta por completo ajeno a los alcances del mandato de la exacta aplicación de la ley penal, aun en su más amplio sentido.

resolución y que perviven en muchas de las tesis posteriores, es la completa ausencia de delimitación entre los contenidos del artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (reserva de ley, determinación y taxatividad), que no solamente aparecen confundidos entre sí, sino que en ocasiones sus exigencias se hacen depender de las derivadas de otros derechos fundamentales, como los de audiencia previa y de defensa.

Existen un grupo de criterios en los que la Corte lleva la garantía de exacta aplicación de la ley penal, en la vertiente de *lex certa*, a terrenos donde francamente no rige, como es el caso de la individualización de la pena (Tesis 1a./J. 157/2005 y 1a./J. 166/2005). Aun cuando las sentencias respectivas hayan sido desestimatorias, en ellas la Corte ha perfilado una doctrina equívoca y confusa. En efecto, resulta del todo opinable que pueda obtenerse de la *lex certa* un deber específico para el juez a la hora de determinar el *quantum* de la sanción a imponer en un caso concreto, momento en el que resultan concernidos, en todo caso, el principio de proporcionalidad y la garantía de motivación suficiente; resulta en extremo desencaminado suponer que para cada caso existe, dentro del mínimo y el máximo señalados por la ley, una “pena exacta” que el juez debe “descubrir”, o tasar de forma matemática. La “exactitud” que exige la garantía es la del tipo penal que describe la conducta punible y (dentro de un mínimo y un máximo) la pena aplicable por la comisión de aquella.

El *leading case* o, en todo caso, el fallo más importante en materia del mandato de determinación lo constituye la resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que resuelve la contradicción de tesis 123/2006-PS; dicha sentencia, redactada bajo la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz, da cuenta del actual estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional. La tesis de jurisprudencia emanada de la misma es del siguiente tenor:<sup>258</sup>

<sup>258</sup> La tesis aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXV, febrero de 2007, p. 297.

ENCUBRIMIENTO POR RECEPCIÓN. LOS ARTÍCULOS 275, PÁRRAFO SEGUNDO (VIGENTE HASTA EL 11 DE OCTUBRE DE 2004) Y 275-B (DE ACTUAL VIGENCIA), AMBOS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, QUE PREVÉN ESE DELITO, AL CONTENER LA EXPRESIÓN “PRECAUCIONES NECESARIAS” VIOLAN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal prevista en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos obliga al legislador a describir con precisión y exactitud los elementos que dan contenido a los tipos penales, a fin de evitar el uso de conceptos ambiguos que generen un estado de incertidumbre jurídica en el gobernado y una actuación arbitraria del intérprete de la norma. En ese tenor, del análisis de los artículos 275, párrafo segundo (vigente hasta el 11 de octubre de 2004) y 275-b (de actual vigencia), ambos del Código Penal para el Estado de Guanajuato, se concluye que al incluir la expresión “precauciones necesarias” como uno de los elementos constitutivos del delito, violan la referida garantía constitucional en tanto contienen un concepto vago, extensional e intencionalmente, porque impiden al destinatario saber con exactitud si alguna posible precaución es o no necesaria y no determinan todas las características de ese tipo de precauciones; además de que no establecen con claridad en contraste con qué criterios o normas se define lo “necesario” para considerar que las precauciones que se tomaron para cerciorarse de la procedencia lícita de un vehículo fueron las “necesarias”. De manera que estos vicios dejan en estado de indefensión al gobernado ante la incertidumbre que generan respecto de las medidas que debe tomar para evitar la actualización del tipo penal en cuestión. Por tal razón, en el contexto normativo en que se presenta y al no contener parámetros objetivos al respecto, la expresión “precauciones necesarias” queda sujeta a un juicio valorativo o a un ejercicio de interpretación que puede variar dependiendo del alcance que pueda darle el juzgador en cada caso, lo que coloca al particular en un estado de inseguridad jurídica, ya que no podrá prever las consecuencias jurídicas de la conducta desplegada u omitida.

En el caso —como se advierte del texto de la tesis precedentemente citado— las disposiciones impugnadas fueron los artículos

275, párrafo segundo, y 275-B del Código Penal de Guanajuato (uno derogado y otro vigente a la fecha de la consulta) que establecían como elementos del tipo penal del delito de encubrimiento por receptación, recibir la cosa sin tener conocimiento de su ilícita procedencia, en razón de no haber tomado las “precauciones necesarias”, por lo que el tema de la controversia giraba en torno a la claridad y determinación de dicho enunciado.

Luego de hacer un análisis de las propiedades lingüísticas del enunciado legal referido, la Corte señala que “adolece de algunos vicios del lenguaje que hacen que el precepto sea impreciso, y por ende, violatorio del principio de legalidad y exacta aplicación de la ley penal”. Estos “vicios”, según la resolución, son “la ambigüedad terminológica y el de la vaguedad conceptual, ambos en la expresión ‘necesarias’ que califica al sustantivo de precauciones”.<sup>259</sup>

## VI. ALGUNOS LINEAMIENTOS PARA LA FORMULACIÓN DETERMINADA DE LAS NORMAS PENALES Y SU CONTROL CONSTITUCIONAL

Al ocuparnos de la relación entre ley penal y lenguaje, pudimos establecer que la vaguedad (y en consecuencia, su contraparte: la precisión) no es una propiedad absoluta, que subsiste o no, sino una cuestión de grado derivado de que todas las palabras son vagas en cierta medida. En efecto, los mismos conceptos de “claridad” y “precisión” son relacionales, y presentan ellos mismos la nota de vaguedad potencial que adolece

<sup>259</sup> Como comentario marginal, llama la atención en esta resolución, una de las pocas en las que la Suprema Corte de Justicia hace explícita la dimensión lingüística de normas legales, la existencia de pifias gramaticales que pueden resultar ilustrativas en cuanto revelan el descuido o la poca familiaridad con conceptos y nociones bastante difundidos en cualquier manual de teoría jurídica contemporáneo, tales como la ambigüedad y vaguedad del lenguaje. En repetidas ocasiones se alude a la intención (*sic*: intención) de los conceptos, así como a la “vaguedad intencional” (*sic*: vaguedad intensional).

a prácticamente todos los términos del lenguaje.<sup>260</sup> Desde esta perspectiva, no podemos menos que consentir la realista afirmación de Luzzati en el sentido de que: “si a la determinación de las leyes penales se les concediera una tutela absoluta, el Parlamento debería dejar de legislar en esta materia”.<sup>261</sup> De ahí que el mandato de determinación deba asumirse como una exigencia de un *cierto grado de claridad* o un *cierto grado de precisión*, por debajo de cuyo umbral deberá reputarse conculcada la garantía de certeza que ampara al ciudadano en el conocimiento de las leyes penales.

Admitida dicha premisa, es menester establecer de qué forma entonces ha de valorarse el grado de indeterminación tolerable desde el punto de vista constitucional, a fin de ponderar cuándo una norma deberá ser expulsada del ordenamiento jurídico por vicio de inexactitud u oscuridad. Sobre este punto, la doctrina no ofrece —ni parece que pueda hacerlo— soluciones generales. Éste es un aspecto del máximo interés si se quiere lograr que la teoría no sea sólo un ejercicio de *l’art pour l’art* y cumpla su cometido de orientar a la práctica jurídica.

En este sentido, debe señalarse que, aunque no concita la misma atención que los problemas de la vaguedad por parte de los teóricos y la doctrina, las incorrecciones gramaticales y la ambigüedad sintáctica en que incurre el legislador constituyen una fuente de imprecisión y oscuridad de las leyes que también pueden resultar transgresivas del mandato de determinación y de la exacta aplicación de la ley penal. Se trata de un fenómeno asumido en gran medida como inocuo, que sin embargo dificulta la cabal comprensión de las normas así viciadas, lo que se traduce en un alto grado de incertidumbre y discrecionalidad al momento de su aplicación. Como anota Franco Bricola: “El funcionamien-

<sup>260</sup> Los teóricos suelen referir la existencia de una “vaguedad de segundo grado” para mostrar que aun la identificación de un caso como “claro” puede tornarse problemática (no es *claro* que estemos ante un caso “claro”).

<sup>261</sup> Luzzati, Claudio, *op. cit.*, nota 166, p. 378.

to de la norma penal en clave de garantía, no puede autorizar la anfibología o la equívocidad del signo lingüístico”.<sup>262</sup>

La falta de pulcritud y rigor gramatical por parte del legislador propicia el surgimiento de dudas interpretativas de origen, lo que implica preterir en los jueces la determinación exacta del sentido de los enunciados normativos formulados por el legislador; esta deficiencia ocasiona que sólo *ex post*, y con mediación del juzgador, el ciudadano puede precaverse del contenido de una directiva cuya observancia, sin embargo, le viene exigida por el Estado *ex ante*.

A diferencia del empleo de términos afectados de algún grado de vaguedad, el caso de la mala construcción gramatical y semántica de los tipos penales resulta por completo injustificable; se trata de un problema técnico perfectamente superable mediante la mayor aplicación y celo del legislador; sin embargo, contrariamente, tiende a acentuarse de manera preocupante como una deplorable expresión de “pereza legislativa”. No se trata de exigir del legislador —aunque no estaría de sobra— la elegancia y el refinamiento de los clásicos, pero sí el elemental acatamiento de las reglas ortográficas y una escritura clara y comprensible de lo que exige sea seguido y cumplido.

### 1. *Lo descriptivo y lo normativo en la formulación de los tipos penales*

Si bien es plausible postular de manera general la conveniencia de formular los tipos penales acudiendo a elementos de carácter descriptivo ante elementos de carácter normativo, unos y otros son susceptibles de presentar algún grado de vaguedad; por tanto, la elucidación de cuándo estamos dentro del umbral de determinación constitucionalmente admisible y cuándo se franquea dicho límite es un asunto que únicamente puede decidirse atendiendo a la norma concreta, ya que ello no depende de la conside-

<sup>262</sup> Bricola, Franco, *op. cit.*, nota 229, p. 296.

ración aislada de la pura contextura de los elementos lingüísticos que la componen.<sup>263</sup>

Lo anterior, desde luego, no obsta reconocer que el riesgo de incurrir en lesión del mandato de determinación puede verse incrementado cuando se suele abusar de elementos normativos de alto contenido valorativo, como son los conceptos parasitarios de concepciones morales (obscenidad, castidad, pudor, pornografía, etcétera) o la indicación normativa de conductas que sólo resultan susceptibles de constatación desde una apreciación valorativa (ultrajar, injuriar, hacer apología, etcétera).

Desde Hart, es recurrente en la doctrina que se ocupa de los problemas del lenguaje y derecho, la explicación del problema de la (in)determinación de las normas jurídicas a partir de las imágenes de “núcleo de certeza” y “zona de penumbra”, esto es, enfocar el fenómeno postulando la existencia de “casos claros” que indudablemente resultan comprendidos (o indudablemente excluidos) en el ámbito de denotación de una norma, y casos dudosos en los cuales resulta opinable dilucidar si consisten, o no, en una instancia de una norma específica.<sup>264</sup>

Entre los penalistas, Ferrajoli, por ejemplo, señala que

...en todas las leyes existe, junto a un núcleo ‘luminoso’, una zona de ‘penumbra’ que cubre los ‘casos discutibles’ en los que las palabras de la ley ‘no son obviamente aplicables... pero tampoco

<sup>263</sup> Lucia Riscato, en una monografía notable a la cual remitimos, señala: “[Se refuerza] la convicción de que la calificación de un elemento valorativo del tipo como ‘descriptivo’ o como ‘normativo’ sea, en realidad, un falso problema: tal operación, además de resultar de escasa utilidad, no dice nada acerca del grado de compatibilidad de los elementos valorativos con el principio de taxatividad”. Véase *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milán, Giuffrè, 2004, pp. 211 y 212; por su parte, según Bricola: “la determinación del tipo penal no debe confundirse con su formulación en clave rigurosamente descriptiva”. Véase Bricola, Franco, *op. cit.*, nota 229, p. 167.

<sup>264</sup> Críticamente, sobre ello, Endicott, Timothy A. O., *La vaguedad en el derecho*, trad. de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid- Dykinson, 2006, pp. 32 y ss.

claramente excluibles' ... La penumbra, sin embargo, puede ser reducida o aumentada hasta la oscuridad más completa... la certeza... puede ser en realidad mayor o menor según el lenguaje de las leyes sea preciso o vago.<sup>265</sup>

## 2. Enfoques para la apreciación del mandato de determinación

Teóricos del derecho, como Luzzati, sostienen la inviabilidad de apreciar el sentido lingüístico de los enunciados legales únicamente desde una perspectiva semántica, esto es, desde un punto de vista estático que únicamente considere el significado de las palabras derivado de sus relaciones entre sí. Para el profesor de la Universidad de Bolonia se trata de un juicio que ha de formularse, asimismo, desde una perspectiva pragmática, esto es, desde una aproximación dinámica que considere el sentido de los enunciados desde el punto de vista de sus emisores y sus receptores.

El problema de la “dosificación” entre la rigidez y la flexibilidad de los textos legislativos es una cuestión demasiado delicada que no puede ser afrontada sin tocar los aspectos pragmáticos y funcionales del lenguaje jurídico...<sup>266</sup> la certeza del derecho no puede ser asegurada simplemente adoptando una particular técnica de *drafting* legislativo. Quien quiere la certeza debe tomar en cuenta el horizonte cultural de los juristas que operan en un específico ordenamiento.<sup>267</sup>

Los enfoques lingüísticos duros, como los preconizados por Luzatti o el propio Ferrajoli, presentan un alto grado de abstracción, ya que están concernidos con cuestiones de epistemología de la ciencia jurídica de alto nivel de complejidad; no obstante, proporcionan un rico y valioso apoyo conceptual para atisbar los

<sup>265</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 18, p. 122.

<sup>266</sup> Luzzati, Claudio, *op. cit.*, nota 165, p. 580.

<sup>267</sup> Luzzati, Claudio, *op. cit.*, nota 166, p. 422.

problemas de la indeterminación del lenguaje y de las normas jurídicas.

Existen otros enfoques, contruidos más de cerca de los problemas aplicativos de las normas, los cuales sugieren la posibilidad de establecer distinciones a la hora de apreciar la constitucionalidad del grado de indeterminación de una norma penal, en función de criterios externos complementarios al puro análisis del rigor lingüístico de la norma legal de que se trate.

Penalistas como Sergio Moccia sostienen que sólo es posible alcanzar un estándar adecuado de determinación si el legislador observa un amplio plexo de principios limitadores del *ius puniendi* con los que la *lex certa* se halla estrechamente vinculada. Para el profesor de la Universidad de Nápoles:

...un adecuado cumplimiento de exigencias de determinación/taxatividad del tipo penal puede resultar... sólo del respeto integral y combinado de todos los principios que presiden la formulación de las leyes penales: en particular, de los principios de ofensividad, materialidad, subsidiariedad y fragmentariedad, así como personalidad de la responsabilidad. En efecto, resulta determinada solamente una descripción que comprenda la descripción de la ofensa, en términos de daño o de peligro concreto, de un bien jurídico, dotado de un sustrato empírico verificable; además, dicha descripción debe ser directa y evitar extenuantes reenvíos a otras fuentes, de una conducta exteriormente reconocible y demostrable en un proceso, que resulte idónea, según una proporción de escala, para afectar el bien jurídico; asimismo, debe posibilitar la selección exacta, de entre todos los antecedentes causales, sólo de aquellas modalidades de la conducta que aparezcan como particularmente peligrosas y, por consiguiente, merecedoras y necesitadas de tutela penal; finalmente, debe indicar con precisión el tipo subjetivo y consentir a los ciudadanos reconocer fácilmente, evitando un lenguaje esotérico, el hecho prohibido.<sup>268</sup>

Ferreres Comella, desde una perspectiva que el mismo acota como “constitucional”, señala los siguientes criterios relevantes

<sup>268</sup> Moccia, Sergio, *op. cit.*, nota 124, pp. 31 y 32.

para “reforzar o flexibilizar” el mandato de determinación (para él, principio de taxatividad).<sup>269</sup>

- a) Según el elemento de la norma penal que resulte afectado (tipo, eximentes, sanción);
- b) Según la gravedad de la sanción;
- c) Según que exista o no una fuerte conexión entre la conducta prohibida por la norma y el ejercicio del derecho a la libertad de expresión;
- d) Según el tipo de destinatario al que va dirigida la norma.

En realidad, Ferreres Comella recoge las posiciones que han emergido de la doctrina jurisprudencial de diversas latitudes, las cuales han generado un *corpus* de opiniones que matizan la forma y la intensidad con que el mandato de determinación actúa según los diferentes tipos de normas y casos enjuiciados.

Respecto del primero de los criterios, es prácticamente opinión unánime que el mandato de determinación se dirige a asegurar la calidad lingüística de los tipos penales, los cuales deben ser redactados de forma clara, precisa y determinada; esta exigencia comprende igualmente a la sanción, lo cual es por cierto una de las expresiones históricas primigenias del principio de legalidad penal.<sup>270</sup>

En efecto, en cuanto a la sanción, el mandato expresa la exigencia de determinar, dentro de un mínimo y un máximo, la pena con que se conmina la conducta tipificada; asimismo, que el marco proporcionado al juez no sea desmesuradamente amplio (un tipo penal que dispusiera que a su autor se le impondrá una pena de prisión de 2 a 24 años dejaría ostensiblemente indeterminada la sanción, por más que su mínimo y su máximo estuviera formalmente descrito).<sup>271</sup>

<sup>269</sup> Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 122, pp. 91 y ss.

<sup>270</sup> Larissa, Silvia, “Il principio di legalità della pena”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, vol. 47, fascicolo 1, 2004, pp. 122-140.

<sup>271</sup> La Corte costituzionale italiana (sentencia 229/1992) declaró ilegítima por indeterminada una pena como la ejemplificada. Véase Padovani, Tullio, *op. cit.*, nota 124, p. 33.

La imposición en sentencia de la sanción individualizada como expresión del arbitrio judicial y del poder de denotación del juez se halla excluida del mandato de determinación; esto es, el mandato contempla un canon de formulación de la norma legal, no la corrección del proceso valorativo que en el “momento judicial” se haga de los elementos del caso (gravedad del hecho, culpabilidad, circunstancias personales del imputado, etcétera).

Respecto de las eximentes y, en general, en tratándose de las causas de justificación, sólo de manera atenuada son vinculadas por el mandato de determinación en tanto que éstas tienen como finalidad excluir la punición de una conducta y no su represión; existe, por tanto a su favor, una indeterminación *in bonam partem*.

El segundo de los criterios recogidos por Ferreres —la gravedad de la sanción— indica que el legislador debe proceder con especial cuidado a la hora de formular disposiciones que impliquen una intervención grave dentro de la esfera de los derechos y libertades de los ciudadanos. Con todo y lo plausible de enarbolar una máxima como la expuesta, ello no indica que en los casos “no graves” se deba proceder con poco celo o con descuido; en unos y otros debe hacerse el máximo esfuerzo posible en la configuración clara, precisa y determinada de las conductas prohibidas y de las sanciones ameritadas.

El tercero de los criterios de graduación del mandato de determinación es uno de los más interesantes, y proviene de la práctica judicial norteamericana, la cual ha elaborado una prolífica doctrina vinculada con la “amplitud excesiva” y la “nulidad por vaguedad”.

Según explica Ferreres, bajo la doctrina de la “amplitud excesiva” (*overbreadth*) la Corte Suprema de los Estados Unidos ha censurado leyes cuya redacción es sumamente abierta, e incluyen junto a conductas susceptibles de criminalización otras que pueden reputarse amparadas por el derecho tutelado en la primera enmienda. Aunque en puridad, la *overbreadth* así vista estaría más cercana al principio de ofensividad que al mandato

de determinación, lo cierto es que en la práctica frecuentemente aparecen estrechamente ligados en tratándose de delitos relacionados con la libertad de expresión. Así se advierte, por ejemplo, en *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, un caso resuelto por la Corte Suprema en 2002 en el cual censuró la constitucionalidad de una norma de la *Child Pornography Prevention Act*, de 1996, que incriminaba expresamente con penas de hasta 30 años de prisión la pornografía infantil, atribuyendo dicho carácter no sólo a las imágenes pornográficas hechas usando niños reales, sino también “cualquier representación visual, incluyendo cualquier fotografía, film, video, imagen o imagen generada por computadora que es, o parece ser, de un menor realizando una conducta sexualmente explícita”, así como “cualquier imagen sexualmente explícita que sea promovida, anunciada, presentada, descrita o distribuida de tal manera que genere la impresión de que presenta a un menor realizando una conducta sexualmente explícita”.<sup>272</sup>

Los impugnantes argumentaron que dicha norma resultaba excesiva y vaga, al grado de criminalizar expresiones protegidas por la primera enmienda. El gobierno defendió su constitucionalidad argumentando que la pornografía virtual o dibujada aumentaba considerablemente el riesgo de que niños reales fueran objeto de abusos sexuales.

La Corte resolvió la inconstitucionalidad de la norma únicamente contrastándola bajo el parámetro de la “amplitud excesiva”, afirmando que la mera posibilidad de que la pornografía virtual pudiera alentar a alguien a cometer tales crímenes “no es una razón suficiente para prohibirla”, por no estar “relacionada intrínsecamente con dichos delitos”; en todo caso, “el gobierno podrá incriminar las conductas que efectivamente impliquen un abuso o daño sexual, o que sin configurarlo aparezcan como pasos previos a ello”.

El cuarto criterio —relativo a los destinatarios de la norma— postula que es tolerable un mayor grado de imprecisión o inde-

<sup>272</sup> El texto íntegro de la sentencia puede consultarse en: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZO.html>

terminación cuando ésta regula conductas relacionadas con las actividades de ciertos grupos que poseen experticia y conocimiento de la materia como resultado de estar concernidos en su ejercicio de manera profesional. Este criterio resulta plausible en cuanto permite que, para el caso de tipos penales de responsabilidad profesional o que impliquen una calidad profesional específica del autor, se pueda acudir a términos y conceptos que pueden quedar fuera de la comprensión de un ciudadano común, con tal de que la conducta prohibida y su sanción sean delimitadas de manera puntual y precisa.