

CAPÍTULO TERCERO

EL MANDATO DE DETERMINACIÓN COMO EXPRESIÓN DE LA *LEX CERTA* Y SU UBICACIÓN COMO PARTE DEL DERECHO A LA LEGALIDAD PENAL

I. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

Parece prudente comenzar nuestra aproximación al tema estableciendo algo de claridad en la terminología. El tópico resulta obligado si consideramos que ni la doctrina ni la jurisprudencia de los tribunales observan un empleo riguroso de los términos con que se refiere el mandato de *lex certa*. Al respecto, se suele hablar de “determinación” y “taxatividad”, así como de otras nomenclaturas, tales como “mandato de tipicidad”, “estricta legalidad”, “exacta aplicación de la ley penal”, etcétera, para aludir al mandato de certeza como contenido material del derecho a la legalidad penal.¹²¹ La mayoría de las veces suele dotárseles del mismo ámbito de denotación, o sea, que son empleados como sinónimos, pero otras tantas se suelen enunciar como exigencias diferenciadas, lo que hace pertinentes algunas puntualizaciones.

En la doctrina española mayoritaria es prevalente el empleo del término “taxatividad”, bajo el cual se engloba a las diferentes consecuencias que el mandato de certeza comporta, tanto para el legislador como para el juez penal.¹²² En contraste, en los tratados

¹²¹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 8, p. 113.

¹²² Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*, cit., pp. 130 y ss.; Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Madrid,

y manuales alemanes es generalizado el empleo únicamente de mandato de “determinación”, al cual se incardinan las exigencias de *lex certa* como parte de la legalidad punitiva.¹²³ En la doctrina italiana, la cual ha logrado hacer eco en la Corte costituzionale, se suelen distinguir dos exigencias distintas del mandato de *lex certa*: una relativa al “momento legislativo” y otra al “momento judicial”; la primera es denotada con el término (principio de) “determinación” (*determinatezza*); la segunda, con el de (principio de) “taxatividad” (*tassatività*).¹²⁴ Francesco Palazzo, uno de

Civitas, 2002; de Vicente Martínez, Rosario, *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 40-56; Huerta Tocildo, Susana, “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 11-76; Moreso, José Juan, “Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)”, *Doxa*, Alicante, núm. 24, 2001, pp. 525-545. El Tribunal Constitucional español usa promiscuamente “principio” y “mandato” de *lex certa*, “taxatividad”, “determinación” y “mandato de tipicidad”. Sobre ello véase Ruiz Robledo, Agustín, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 205-214, especialmente p. 206.

¹²³ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. de la 11a. edición alemana de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pp. 35 y 36; Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de la 5a. ed. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002, pp. 142 y ss.; Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, trad. y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, pp. 140 y ss.; Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 79 y ss.; Hassemer Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, trad. y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 310 y ss.; Naucke, Wolfgang, *Derecho penal. Una introducción*, trad. de Leonardo G. Brond, Buenos Aires, Astrea, 2006, pp. 23 y ss.; Süß, Frank, “El trato actual del mandato de determinación”, *La insostenible situación del derecho penal*, cit., pp. 223-247.

¹²⁴ Vassalli, Giuliano, “Nullum crimen, nulla poena sine lege”, *Digesto delle discipline penaliistiche*, Torino, Utet, 1994, vol. VIII, pp. 278-329; Palazzo, Francesco, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 256-258; Fiandaca, Giovanni y Di Chiara, Giuseppe, *Una introdu-*

los autores más notables, señala que el mandato de *lex certa* tiene una doble proyección: como “canon de formulación legislativa”, esto es, como principio de determinación, y como “canon hermenéutico”, esto es, como principio de taxatividad, según lo hemos apuntado.¹²⁵

Para la doctrina nacional, estas digresiones pueden resultar completamente extrañas, ya que a pesar de la posición cardinal que el mandato de *lex certa* cumple dentro del cuadro de derechos fundamentales en materia punitiva y sancionadora, no suele abordar, más allá de referencias esquemáticas y poco exhaustivas, los alcances y consecuencias de dicho mandato.¹²⁶ Otro tanto sucede con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que, como tendremos ocasión de analizar, ha desarrollado apenas de forma escasa y limitada los contenidos del mandato consagrado en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución

zione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata, Napoli, Jovene, 2003, pp. 71-86; Padovani, Tullio, *Diritto penale*, Milán, Giuffrè, 2004, pp. 26-35; Zanotti, Marco, “Principio de determinatezza e tassatività”, en *Introduzione al sistema penale* (a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti), Torino, Giappichelli, 2000, vol. I, pp. 143-161; Moccia, Sergio, *La ‘promesa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, pp. 13 y 14. Digno de mención es el caso de Giorgio Marinucci y Emilio Dolcini, quienes en su prestigiado *Corso di diritto penale*, Milán, Giuffrè, 2001, t. I, pp. 17 y 18, 119 y ss. aluden al “principio de precisión” de la ley penal. Por su parte, la Corte costituzionale italiana ha reivindicado la distinción determinación/taxatividad desde su sentencia 247/1989.

¹²⁵ Palazzo, Francesco, “Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio de determinatezza-tassatività in materia penale”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, aprile-giugno, 1991, pp. 327 y ss.; la distinción también en Mazzacuva, Nicola, “Observaciones sobre el principio de taxatividad en materia penal: reflejos procesales de una norma constitucional”, trad. de Daniela E. Razetti Ramos y Sandro F. Abalde, *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, núm. 2001-2, pp. 9-18.

¹²⁶ Con la notable excepción de García Becerra, José Antonio, autor del trabajo monográfico más sobresaliente en nuestro país en torno a las garantías del principio de legalidad en materia penal. Véase *El principio de legalidad penal. Su expresión constitucional*, tesis de doctorado, Universidad Autónoma de Sinaloa, inédita.

Política de los Estados Unidos Mexicanos, al que se suele denominar, en consonancia con la literalidad del enunciado previsto por el mencionado numeral, como “garantía de exacta aplicación de la ley penal”.

No parece extravagante suponer una relación entre una situación y otra: entre el asunto terminológico y el desarrollo del derecho a la legalidad punitiva. Al menos como hipótesis, resulta plausible admitir que la existencia de una variedad terminológica para nombrar los contenidos de ciertas instituciones puede resultar un indicio de la importancia que éstas cumplen dentro de una “cultura constitucional” determinada.¹²⁷ Desde este enfoque podría no resultar extraño el pobre desarrollo que la doctrina y la jurisprudencia mexicanas han hecho del derecho a la legalidad punitiva —sobre todo esta última, la cual ha sido particularmente cicatera en el tratamiento de sus contenidos.

Aunque en tratándose de derechos lo demás es generar los instrumentos para su vigencia y tutela, y lo de menos la terminología con que se estipule su designación, cualquier esfuerzo serio de profundización ha de partir de establecer una conveniente claridad en los términos.

En el caso que nos ocupa estudiar, abona mejor a ese propósito distinguir —como lo hace la mayor parte de la doctrina italiana— las diferentes consecuencias que comporta el mandato de certeza para el “momento legislativo” y el “momento judicial”. Por tal razón, convenimos en denominar mandato de “determinación” a la exigencia emanada del derecho a la legalidad penal para que el legislador describa de manera clara y precisa las conductas

¹²⁷ Penetrantes son a este respecto las reflexiones de Diego Valadés, *mutatis mutandis*, atinentes para el caso: “La verbalización de las instituciones corresponde a la asunción social de su relevancia. El parlamento, por ejemplo, apareció como realidad social y jurídica antes que como vocablo que lo representa: se hablaba de parlamentarios y de parlamentarismo previamente a que esas voces figuraran en los léxicos. Su inclusión, cuyo rastreo histórico permite advertir la construcción social de las instituciones, sirve para denotar que la norma adquirió un carácter de regularidad social merced a su enunciación verbal”. Véase Valadés, Diego, *op. cit.*, nota 113, p. 35.

prohibidas y sus consecuencias jurídicas, y mandato de “taxatividad” a la exigencia dirigida al juez para que se abstenga de aplicar las normas penales a los casos que no vengan *expresamente* previstos en las mismas, más allá del sentido literal posible.

II. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA LEGALIDAD PENAL

Como no puede ser más que obvio, el mandato de *lex certa* se encuentra estrechamente vinculado con otros contenidos del principio de legalidad penal, como componentes de un todo. Sin embargo, tampoco es éste un punto que se halle exento de matices y pareceres discrepantes en la doctrina. Dedicaremos algunas líneas a contextualizar el mandato de certeza en relación con las demás exigencias que consagra la legalidad punitiva. Es preciso señalar, de antemano, que no resulta practicable, ni acaso deseable, una separación absoluta entre unas y otras, por estar imbricadas de una justificación en la que se empatan razones de seguridad jurídica, legitimación y racionalización del poder de penar.

Lo primero que hay que hacer notar es la falta de uniformidad a la hora de ubicar las subgarantías o mandatos derivados de la legalidad punitiva. Subyacen a ello, me parece, al menos dos causas. La primera tiene que ver con el marco constitucional y legal que sirve de referencia a la construcción teórica, ya que es sabido que aunque generalmente coinciden en un núcleo básico, las Constituciones no estipulan de manera idéntica todas las exigencias del principio de legalidad penal, por lo que ha correspondido a la doctrina desentrañar, en algunos casos a través de una verdadera reconstrucción interpretativa, el reconocimiento de todas las consecuencias del principio.

En el caso español, la fórmula prevista por el artículo 25.1 de la Constitución española declara que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”, la que, se-

gún puede advertirse —y así lo han señalado algunos autores—¹²⁸ no alcanza a cubrir las exigencias atribuidas tradicionalmente al principio enunciadas en el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* proveniente de la pluma de Feuerbach, y que la doctrina contemporánea ha reelaborado como *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta e certa*, por lo que suele reclamarse para completarlo también lo señalado por el artículo 9.3, el cual prevé que “Esta Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de la disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos fundamentales”.

En el caso de Italia, el artículo 25,2 de la Constitución establece una fórmula que indica que “Nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho”, que la doctrina de ese país suele estudiar conjuntamente con lo establecido por el artículo 1o. del Código Penal, el cual resulta complementario en cuanto dispone que “Nadie podrá ser castigado por un hecho que no sea expresamente previsto por la ley como delito, ni con penas que no sean establecidas por la misma”.

El artículo 103.2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania señala que “Un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto”, por lo que tampoco es una fórmula que, *ad litteram*, prevea todos los contenidos que la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional le adscriben al derecho a la legalidad penal, para lo cual acuden a su interpretación de manera conjunta con otras disposiciones del catálogo de *derechos fundamentales a la justicia (Justizgrundrechte)* de la *Grundgesetz*, así como del artículo 1o. del StGB.

El carácter neurálgico que el *nullum crimen* cumple dentro del sistema de garantías del Estado de derecho aparece refrendado

¹²⁸ Véase Arroyo Zapatero, Luis, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, núm. 8, mayo-agosto de 1983, pp. 9-11; Huerta Tocildo, Susana, *cit.*, nota 122, pp. 13 y 14.

con su consagración en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículos 22, 23 y 24), texto que prevé su formulación universal para los crímenes de la competencia de dicho tribunal.¹²⁹

Estas referencias demuestran que no falta razón a Palazzo cuando afirma que “Ni siquiera las más minuciosas de la constituciones modernas logran reflejar completamente los principios de la ley penal: hay en esta materia un papel fundamental de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional, del todo coherente con el dinamismo histórico-político con que aquellos principios reflejan los cambiantes equilibrios entre garantía y defensa social”.¹³⁰

En el caso de nuestro país, tampoco existe una formulación constitucional del principio de legalidad penal que haga una enunciación textual de la totalidad de las exigencias que colman dicho postulado. El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en dos párrafos separados que “A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”, y que “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

En ambos parágrafos se consagran las garantías del principio de legalidad penal *sustantivo*: en el primero, la garantía de irretroactividad desfavorable de la ley (en general, no sólo de la ley penal), y en el segundo, la garantía de reserva de ley y los mandatos de determinación y taxatividad. Por cierto que la redacción con que nuestra Constitución consagra el principio es de las menos satisfactorias, por lo que no es casual que hasta hace apenas

¹²⁹ El distinto entendimiento de algunas de las exigencias del principio en los países del *civil law* y el *common law* fue motivo de interesantes discusiones en las deliberaciones previas a la aprobación del Estatuto. Al respecto, véase Catenacci, Mauro, “*Legalità*” e “*tipicità del reato*” nello Statuto della Corte Penale Internazionale”, Milán, Giuffrè, 2003, pp. 41-79.

¹³⁰ Palazzo, Francesco, “Legge penale”, *Digesto delle discipline penali*, Torino, Utet, 1994, vol. VIII, p. 341.

poco más de una década aparecieran los primeros criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que consideran que la exigencia de “exactitud” de la ley penal resulta vinculante para el legislador.¹³¹

Otra razón que a nuestro juicio incide en la falta de uniformidad obedece a la multiplicidad de impostaciones teóricas provenientes de la diversidad de enfoques con que los autores se acercan al estudio del mencionado principio, ya de derecho penal, ya de derecho constitucional, ya de teoría y filosofía del derecho. A ello hay que añadir todavía el escaso rigor con que los tribunales constitucionales suelen acogerlo en sus sentencias, en las que, en muchos casos, se puede observar un empleo poco analítico y sí algo desaseado de los distintos contenidos del principio de marra.

La doctrina española y el Tribunal Constitucional han elaborado una clasificación que distingue entre exigencias formales y materiales del principio de legalidad punitiva. La reserva de ley y la prohibición de retroactividad estarían dentro de las primeras, mientras que los mandatos de la *lex certa* integrarían las exigencias del segundo orden.¹³² Pero es a la técnica alemana a la que se debe la que, con toda seguridad, es la clasificación de mayor predicamento en la doctrina mundial, la cual divide las proyecciones del *nullum crimen* en cuatro subgarantías o mandatos: irretroactividad de la ley desfavorable (*lege praevia*), reserva de ley (*lege scripta*), taxatividad o prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva (*lege stricta*) y determinación (*lex certa*).¹³³

¹³¹ Véase Tesis “EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, mayo de 1995, p. 82.

¹³² Doval Pais, Antonio, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, Tirant lo Blanch-Universidad de Valencia, 1999, pp. 31-46.

¹³³ La distinción tiene su raíz, como es notorio, en la fórmula acuñada por Feuerbach en su *Lehrbuch* de 1801. Como ejemplos, pueden consultarse los siguientes tratados: Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de la quinta edición de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002, pp. 142 y ss.; Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte*

Como quiera, es preciso dejar asentado que de todas formas la delimitación de las diferentes subgarantías no es completamente pacífica, y hay planteamientos en los que suelen reducirse a sólo tres, como es el caso de Mir Puig y de Bustos-Hormazábal.¹³⁴ Nosotros mismos incorporamos como genérico mandato de *lex certa* las exigencias de determinación y taxatividad de la ley penal. Más allá de todo ello, lo que importa es no perder de vista que el papel de la elaboración doctrinal, que por cierto inició de manera separada, incluso previa, a la constitucionalización del principio, debe ser el de iluminar sobre su contenido y alcances a sus aplicadores, muy especialmente al legislador y a los jueces constitucionales encargados de vigilar el sometimiento de la legislación penal a la regularidad de los mandatos previstos en cada texto constitucional.

En todo caso, como bien lo recoge el catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, Gonzalo Rodríguez Mourullo:

Sin la determinación (*lex certa*) como precipitado esencial del principio (de legalidad) bastaría para su respeto, desde una perspectiva extremadamente formal, la existencia de una sola norma previa y pública que atribuyera a una determinada autoridad la definición de lo penalmente ilícito y la fijación de la sanción penal correspondiente. Ninguna protección se generaría a la seguridad jurídica, ninguna misión estimable cabría entonces atribuir al principio de legalidad, ningún sentido garantista cabría atribuir al ele-

general, trad. y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, t. I, pp. 140 y ss.; Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 79 y ss.; Hassemmer Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, trad. y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 310 y ss.; Naucke, Wolfgang, *Derecho Penal. Una introducción*, trad. de Leonardo G. Brond, Buenos Aires, Astrea, 2006, pp. 23 y 24.

¹³⁴ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Reppertor, 2004, pp. 115-117; Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, *Leciones de derecho penal*, Barcelona, Trotta, vol. I, pp. 80-82, quienes engloban bajo la *lex stricta* los mandatos de determinación y de taxatividad.

mento del delito que denominamos “tipicidad”. El valor y el principio citados exigen no sólo norma previa y pública, sino norma suficientemente determinada. El mandato de determinación de las conductas penalmente sancionables es consecuencia del valor de la seguridad jurídica y parte esencial del principio de legalidad.¹³⁵

III. RESERVA DE LEY

La reserva de ley para el establecimiento de los delitos y las penas es una exigencia del Estado de derecho,¹³⁶ que en el caso de nuestro país viene establecida por el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Constituye el núcleo duro y primario del principio de legalidad, que expresa la exigencia de mantener en las manos del legislador la potestad de establecer los delitos y las penas.

Hay razones bastante intuitivas para que así sea, considerando que en ello se entraña la máxima acotación de la libertad que puede hacer el Estado a los individuos, y la perenne necesidad de precaverse contra la arbitrariedad del ejercicio del poder punitivo. En ello se trasluce la *ratio* democrática subyacente a la legalidad punitiva, que desde el pensamiento contractualista ilustrado ha exigido que únicamente el órgano que expresa directamente la voluntad popular pueda decidir qué conductas han de elevarse a la categoría de delitos. En este sentido, bien citado es el pasaje que Beccaria plasma en *Dei delitti e delle pene*, en el que preconiza que “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social”.¹³⁷

La reserva de ley no es una garantía “de contenido”, sino de forma, o de procedimiento. Quiere con ello decirse que por mor

¹³⁵ Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 2002, p. 25.

¹³⁶ Arroyo Zapatero, Luis, *op. cit.*, nota 28, p. 21.

¹³⁷ Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, trad. de Las Casas, Madrid, Alianza, 1993, pp. 30 y 31.

de este mandato al legislador no le viene indicada, ni vedada, materia alguna de regulación, sino únicamente la obligación de establecer los delitos y sus penas mediante una ley que sea expresión del proceso de formación regulado en la propia Constitución. Tampoco proviene de ella, al menos no es posible colegirla sin forzar una interpretación que apele a una derivación en vía de consecuencia, la exigencia de que la ley cumpla con requisitos atinentes a la corrección y calidad lingüística.

Si bien no faltan autores que se inclinan por señalar que ya de este mandato deriva la exigencia de precisión de los delitos y las penas,¹³⁸ incluso, alguno que ubica el tema de las remisiones normativas a fuentes de rango infralegal (“leyes penales en blanco”) como un problema de certeza,¹³⁹ la mayoría de la doctrina incardina las exigencias de claridad y precisión de la ley penal al mandato de determinación, situando a la reserva de ley sólo como garantía de formación democrática de la ley penal, esto es, como el “aspecto formal” del principio de legalidad penal.

En consonancia con lo que acabamos de afirmar, Víctor Ferreres, por ejemplo, en su muy notable monografía, señala que el principio de taxatividad (*rectius*, para nosotros, de determinación) es conceptualmente distinto de la reserva de ley, ya que “en virtud del mandato de taxatividad, se exige que los textos jurídicos en los que se expresan las normas sancionadoras sean precisos, pero nada se dice acerca del *tipo o rango de ese texto jurídico*”,¹⁴⁰ para luego agregar también que son distintos los fundamentos justificativos de uno y otro: “mientras que la taxatividad protege la certeza jurídica y la imparcialidad (o igualdad en la aplicación del derecho), la reserva de ley, en cambio, está al servicio de otro principio: la democracia”.¹⁴¹

¹³⁸ Marinucci, Giorgio y Dolcini, Emilio, *op. cit.*, nota 124.

¹³⁹ Jaén Vallejo, Manuel, *Principios constitucionales y derecho penal moderno*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, pp. 35 y 36.

¹⁴⁰ Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 122, p. 25.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 27.

La reserva de ley se justifica en cuanto el procedimiento legislativo, con todas sus imperfecciones y contingencias, es el instrumento que mejor garantiza la conformidad de la política criminal con los intereses generales representados en la sede parlamentaria, preservando a la sociedad del peligro de que la decisión acerca de lo que ha de considerarse prohibido sea el fruto de la imposición de una minoría despótica. Por otro lado, como proyección de la propia sustancia democrática, la forma de ley permite que la minoría disidente, si se considera avasallada por la fuerza de la mayoría en detrimento de algún derecho fundamental, puede impetrar el control de parte del tribunal constitucional con efectos de eventual expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, a través, en el caso de nuestro país, de la acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

A diferencia de lo que acontece en países como España e Italia, donde la doctrina y la jurisprudencia han debatido de forma prolífica el nivel de exigencia que comporta la reserva de ley (absoluta o relativa), en México el tema —al menos en el tratamiento que de él hacen la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales federales— se encuentra relativamente ausente. Baste señalar como ejemplo que en el manual de derechos fundamentales de Miguel Carbonell, la mejor obra general que existe sobre la materia en nuestro país, el tema es tratado en tres páginas.¹⁴² En el caso de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resulta asombrosa la escasez de precedentes sobre el particular, lo que lo sitúa casi en la condición de tema intocado.

1. *Ley penal en blanco*

La reserva de ley que establece la Constitución mexicana en su artículo 14, párrafo tercero, significa, como hemos ya anotado,

¹⁴² Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2004, pp. 673-677.

que los delitos y las penas solamente pueden ser establecidos por el legislador mediante una ley formal. Ello tiene como corolario la exclusión de la posibilidad de establecer derecho penal mediante normas de carácter reglamentario, la costumbre o la propia jurisprudencia.

Así, el problema clásico de la reserva de ley es el concerniente a la llamada “ley penal en blanco”. La denominación proviene originalmente de Alemania, y se le atribuye a Binding.¹⁴³ El origen de las leyes penales en blanco se vincula a la descentralización política y administrativa: la teoría surge para explicar los casos en que la ley del Imperio (Código Penal del *Reich*) únicamente establecía la sanción y dejaba la determinación del supuesto de hecho en manos de los estados federales (*Länders*) o de los municipios.¹⁴⁴ Este modelo de legislación penal hacía indispensable, por razones de organización política, la concurrencia de dos órdenes de gobierno para producir normas punitivas.

El problema que se denota contemporáneamente con la expresión por la doctrina penal se refiere a la remisión normativa que hace una ley a una fuente distinta, generalmente de rango inferior, para completar el supuesto de hecho un determinado tipo delictivo, o bien la consecuencia jurídica correspondiente. Como podrá notarse enseguida, el meollo del asunto gira en torno al déficit en el proceso de formación democrática de la ley penal y la afectación que sufriría el principio de representación democrática ante la eventual delegación de la delimitación de lo prohibido en manos de una autoridad distinta al legislador.

Es por ello que, desde antiguo, las leyes penales en blanco han sido colocadas bajo sospecha de infringir el principio de legalidad penal, lo que no obsta para que la doctrina y la propia jurisprudencia de los tribunales constitucionales las admitan como un “mal necesario” en razón de un triple orden de justificación:¹⁴⁵

¹⁴³ Doval Pais, Antonio, *op. cit.*, nota 132, p. 100.

¹⁴⁴ Atiendo en la exposición a Santana Vega, Dulce María, *El concepto de ley penal en blanco*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, pp. 15 y ss.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 17 y 18.

- Dada la complejidad que presentan determinadas clases de delitos, es imposible su precisión en el Código Penal, ya que motivaría un incremento considerable de los tipos penales con el consiguiente menoscabo de la economía legislativa.
- Las leyes penales en blanco aparecen como una necesidad para evitar el anquilosamiento de la ley penal. La variabilidad de determinadas actividades, el ritmo de la evolución social, científico-técnica o económica convierte a la regulación de determinados tipos penales rápidamente en obsoleta y precisada de constantes modificaciones, que resultan inviables para el lento y costoso proceso de elaboración de las leyes.
- Las leyes penales en blanco aparecen como un instrumento técnico necesario para superar el nivel del derecho penal de corte exclusivamente liberal, nucleado en torno a la protección de bienes jurídicos individuales.¹⁴⁶

En la doctrina italiana y española se resumen en tres las posiciones relacionadas con la posibilidad de que una norma que no posea formalmente rango legal (*rectius*: carácter de ley orgánica) pueda integrar una norma de carácter sancionador. Cada postura preconiza un distinto nivel de intensidad de la exigencia de la reserva de ley: relativa, tendencialmente absoluta y absoluta. La

¹⁴⁶ Aunque no es el propósito central de este trabajo, no podemos desaprovechar la ocasión para señalar el carácter francamente instrumental y pragmático de muchas de las razones que se formulan para justificar la necesidad de las leyes penales en blanco. No parece ningún argumento de peso, y si en cambio una verdadera falacia, el aducir que con ello se evita el incremento considerable de los tipos penales, ya que lo único que se mantiene inalterable con esta técnica es el número de páginas del Código Penal, mas no la cantidad de conductas prohibidas, para cuya constatación será necesario hurgar en la delimitación que de ellas haga una norma de carácter inferior al legal. Por otra parte, resulta extrañísima la alusión a una pretendida “economía legislativa” como si la función de los parlamentos fuera encontrar la forma de trabajar menos, y no el cumplimiento de los derechos fundamentales previstos en la Constitución.

primera de ellas es bastante marginal, por lo que la discusión gira entre quienes defienden una reserva absoluta y quienes conceden la integración condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos.

Desde su sentencia 127/1990/3 el Tribunal Constitucional español ha declarado que las leyes penales en blanco son compatibles con el mandato de reserva de ley, siempre y cuando concurren los requisitos siguientes: 1) que el reenvío normativo sea expreso y que esté justificado en razón del bien jurídico protegido, y 2) que la ley penal, además de señalar la pena, contenga el *núcleo esencial de la prohibición* y sea satisfecha la exigencia de certeza, esto es, que la norma que “cierra” el supuesto de hecho lo haga de manera suficientemente precisa, según se constata en el punto 3 de los fundamentos jurídicos de la resolución:

A) El derecho a la legalidad penal comprende una doble garantía: por una parte, de carácter formal, vinculada a la necesidad de una ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado en los bienes jurídicos de los ciudadanos, que exige el rango necesario para las normas tipificadoras de las conductas punibles y de previsión de las correspondientes sanciones, que en el ámbito penal estricto, que es del que se trata en el presente supuesto, debe entenderse como de reserva absoluta de ley, e, incluso, respecto de las penas privativas de libertad de ley orgánica; por otra, referida la seguridad a la prohibición que comporta la necesidad de la predeterminación normativa de las conductas y sus penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción en la descripción que incorpora. En definitiva, en términos de nuestra Sentencia 133/1987, el principio de legalidad penal implica, al menos, la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*).

B) Las exigencias expuestas no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62/1982) y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las

llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

De manera similar, la Corte costituzionale italiana, a partir de su sentencia 26/1966, ha indicado que “por cuanto concierne al precepto, la ley debe indicar con suficiente especificidad los presupuestos, los caracteres, y los límites del proveído de la autoridad no legislativa, de cuya trasgresión debe depender la imposición de la pena”, ya que “la dignidad y la libertad personal son bienes demasiado preciosos para que se pueda admitir que una autoridad administrativa disponga de cualquier poder de elección en orden a los mismos”.¹⁴⁷

En un primer momento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo ocasión de pronunciarse sobre las leyes penales en blanco, declarando su incompatibilidad con el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aunque partiendo de un concepto ya superado, muy cercano al histórico con que surgió en Alemania, al entender por tales “aquellas que señalan únicamente la pena pero que no describen la infracción, la cual es posteriormente configurada por otro cuerpo legal”. En realidad, el asunto analizado se trata de un “caso claro” que se encuentra, por decirlo de forma “hartiana”,

¹⁴⁷ Padovani, Tullio, *op. cit.*, nota 124, p. 24.

en la mayor “zona de luz”, y donde la contravención a la garantía de reserva de ley resulta palmaria. Cito:

La función legislativa en materia penal ha sido reservada constitucionalmente al Poder Legislativo, integrado por las cámaras, es decir, al Congreso de la Unión, correspondiendo al Ejecutivo la promulgación de las leyes y su ejecución. Se plantea el problema de determinar si el Poder Ejecutivo puede por delegación dictar leyes penales. Es obvio que la aludida facultad ha sido señalada exclusivamente al Poder Legislativo, teniendo carácter privatista, salvo el caso de facultades extraordinarias conforme a lo dispuesto en el artículo 29 constitucional, y fuera de ello no puede ser válidamente delegada en el Poder Ejecutivo, pues de darse tal delegación estaría invalidada de inconstitucionalidad. Cuestión diversa es la facultad reglamentaria derivada de la ejecución de la ley, ya que ésta debe entenderse concedida sin rebasar su propia finalidad, ya que el reglamento debe operar dentro de la ley y no fuera o contra la ley. Ahora bien, *si por leyes en blanco se conocen aquéllas que señalan únicamente la pena pero no describen la infracción, la cual posteriormente es configurada por otro texto legal*, surge la cuestión de considerar si el acto legislativo complementario que habrá de definir el hecho sancionado debe ser realizado por el Poder Legislativo en forma exclusiva o si puede verificarlo el Poder Ejecutivo. De acuerdo con el criterio expuesto anteriormente sobre la ilegítima delegación cuando se trata de facultades reservadas al Congreso, habrá de sostenerse igual punto de vista respecto al acto legislativo complementario de las leyes penales en blanco. En ese orden de ideas, debe considerarse que conforme a lo establecido por el artículo 14 constitucional, para la coexistencia de un delito es menester que esté previsto en la ley y no en una publicación oficial que no reúne los requisitos precisados por la propia Constitución, por lo cual se llega a la conclusión, en puridad jurídica, que el delito de posesión y tráfico de psicofármacos que contienen como principio activo el derivado de las benzodiazepinas no se configura, toda vez que el Congreso de la Unión único órgano que constitucionalmente está facultado para legislar en materia de delitos federales, no elevó al rango de la ley las disposiciones contenidas en las publicaciones

en el *Diario Oficial de la Federación* de 30 de noviembre de 1976 y de 1o. de diciembre de 1980, respecto a que la benzodiazepina pasara a ser considerada como psicotrópico.¹⁴⁸

Sólo en fecha muy reciente la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha ocupado de la problemática del reenvío para completar la descripción típica del delito, lo que verdaderamente constituye el *quid* moderno de la cuestión, declarando la inconstitucionalidad genérica de las “normas penales en blanco” que remiten a un reglamento emitido por el Poder Ejecutivo para conocer “el núcleo esencial de la prohibición”.¹⁴⁹

2. *Delitos de fuente internacional*

Otro aspecto —éste, sin duda, moderno y novedoso— que entraña un conflicto con la garantía de reserva de ley, al menos en su vertiente que propende a asegurar la formación democrática de la ley penal, es el relativo al reenvío normativo, no hacia una norma de rango inferior a la ley formal, sino a una de superior jerarquía, como es el caso de los tratados internacionales.

No es el caso extendernos ahora sobre este particular, sino que nos cumple dejar anotado otros de los temas que resultan problemáticos de frente a la producción democrática de la ley, sobre

¹⁴⁸ TESIS “SALUD, DELITO CONTRA LA. PSICOTRÓPICOS (BENZODIAZEPINA)”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, 199-204, segunda parte, p. 71. En similar sentido puede consultarse la tesis “SALUD. DELITO CONTRA LA. PSICOTRÓPICOS. METACUALONA”, Primera Sala, *Apéndice 2000*, t. II, Penal, Jurisprudencia Histórica, Séptima Época, 199-204, segunda parte, p. 71.

¹⁴⁹ Tesis aisladas de la Primera Sala CX/2007 y CXI/2007, de rubros “ATAQUES A LAS VÍAS DE COMUNICACIÓN. LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL QUE PREVÉ ESE DELITO, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE EXACTA APLICACIÓN Y RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL” Y “NORMAS PENALES EN BLANCO. SON INCONSTITUCIONALES CUANDO REMITEN A OTRAS QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE LEYES EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL”, respectivamente.

todo de frente a la reciente adición al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos mediante el cual el Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, lo que entraña no únicamente la sola remisión de las leyes penales mexicanas con fines complementarios al Estatuto de la Corte Penal Internacional, sino la lisa adopción de una ley penal que no es producto del proceso constitucional ordinario previsto para la expedición de leyes punitivas y que tipifica *ex novo* una cantidad importante de delitos.

Hasta antes de la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional los tratados internacionales sólo constituían una fuente indirecta para la creación de delitos y penas, ya que los compromisos adquiridos por el Estado mexicano se materializaban en la expedición, dentro de su ámbito interno y de conformidad con los procedimientos constitucionales ordinarios, de las leyes de cumplimiento de dichos instrumentos. Esa situación, aún en los casos en que la legislación penal nacional se limitara a *trasplantar* a la ley nacional el contenido del tratado, formalmente no daba lugar a objetar déficit democrático en la formación de la ley penal, aspecto que sí resulta comprometido en el caso al que nos hemos referido.

Lo anotado anteriormente se asoma como una tendencia que previsiblemente cobrará mayor fuerza como resultado del proceso de globalización, cuya impronta se deje sentir en todos los ámbitos. A este respecto, en el marco de la Unión Europea comienzan a suscitarse interrogantes que no terminan de ser contestadas del todo, derivadas de la existencia de un “derecho penal europeo” de carácter supranacional aplicable en cada uno de los Estados miembros,¹⁵⁰ que establece delitos de “fuente comunitaria” y que, en algunos casos, posee efectos derogatorios sobre la regulación punitiva interna de dichos países.

¹⁵⁰ Ruiz Robledo, Agustín, *op. cit.*, nota 122, pp. 130-134.

3. *Las sentencias constitucionales que modifican el ámbito de lo punible*

La reserva de ley no solamente proscribire que normas sin formal rango legal se constituyan en fuentes de los delitos y las penas, sino que éstas sean introducidas por vía de la interpretación por el Poder Judicial. Esta proscripción no representa mayor problema en el caso de la jurisdicción ordinaria, la que estaría impedida por el mandato de taxatividad de ensanchar el ámbito de lo prohibido a través de la interpretación analógica. La cuestión se presenta cuando las cortes y tribunales constitucionales, al ejercer el control sobre leyes penales *indirectamente*, modifican el ámbito de lo punible previsto por una norma.

Los casos suelen presentarse, como ha sucedido en la Corte costituzionale italiana, al controlar bajo el principio de proporcionalidad o razonabilidad (*ragionevolezza*), normas de carácter punitivo que son declaradas violatorias del principio de igualdad, lo que sitúa al tribunal constitucional ante la necesidad de expulsar la norma del ordenamiento jurídico, despenalizando *erga omnes* la conducta, o bien de considerar dentro de la misma a modalidades o sujetos excluidos por el legislador, lo que conllevaría que el tribunal constitucional ejerza una función que competiría sólo a la instancia parlamentaria.

Para traer al caso un ejemplo, en la sentencia 440, del 18 de octubre de 1995, la Corte costituzionale declaró la ilegitimidad del artículo 724 del Código penal italiano, en cuanto establecía como delito el ultraje a la divinidad, las personas o los símbolos de la religión del Estado (entiéndase, la religión católica), por estimar que el precepto incurría en violación del principio de igualdad de los ciudadanos y del derecho a no sufrir discriminación por motivos religiosos, previsto por el artículo 3,1 de la Constitución italiana; la Corte resolvió que la única manera de cohonestar aquella disposición era incluir dentro del tipo penal los ultrajes contra “todas las otras” divinidades distintas de las católicas.

No parece que la adoptada haya sido la mejor solución, por lo que no puede menos que coincidirse con la crítica formulada a dicho fallo por Belfiore, en el sentido de que la misma subvierte los fundamentos del principio de legalidad atribuyendo a la Corte costituzionale una función normativa que no le pertenece, justamente en virtud del principio de reserva de ley.¹⁵¹

En nuestra opinión, las “sentencias manipulativas” en materia penal son de dudoso recibo, por lo que en casos de normas como la analizada no queda más opción al tribunal constitucional que ordenar su expulsión del orden jurídico cuando se estima que resulta violatoria del texto constitucional. Sin desconocer que las sentencias de este género tienen como objetivo evitar al máximo el vacío que produce una sentencia declarativa *erga omnes* de inconstitucionalidad, ello constituye un mal menor que el legislador estaría completamente en posibilidad de enmendar, por lo que resulta de mayor censura el admitir la asunción de parte del tribunal constitucional de funciones auténticamente de “legislador positivo”.¹⁵²

IV. PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD

De los subprincipios de la legalidad punitiva, el de prohibición de retroactividad presenta una *ratio*, como bien lo ha hecho notar Palazzo,¹⁵³ relativamente autónoma respecto a los subprincipios

¹⁵¹ Belfiore, Elio R., *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milán, Giuffrè, 2005, pp. 112 y 113.

¹⁵² En un tema muy cercano, el de la interpretación conforme, Riccardo Guastini defiende que frente a normas penales dotadas de un alto grado de ambigüedad y/o vaguedad es preferible juzgarlas constitucionalmente como ilegítimas antes que optar por su conservación mediante una interpretativa adecuada (conforme), ya que “las disposiciones que admiten incluso una sola interpretación contraria a la constitución deben ser declaradas ilegítimas”. Véase “Il diritto penale giurisprudenziale”, *Dibattito a cura di Luigi Stortoni, Dei delitti e delle pene* 2/91, pp. 86 y 87.

¹⁵³ Palazzo, Francesco, *op. cit.*, nota 124, pp. 219-221.

de reserva de ley, determinación y taxatividad. Si aquéllos de alguna manera son susceptibles a un mayor condicionamiento histórico-político que hace oscilar la intensidad de su exigencia dependiendo de circunstancias *culturales*, éste de plano es un requisito de mínima racionalidad del ordenamiento que se encuentra ligado a exigencias intrínsecas de funcionalidad de las normas.

De ahí que la irretroactividad desfavorable de las normas penales sea uno de los postulados básicos del principio de legalidad, presente desde las primeras formulaciones elaboradas por el pensamiento ilustrado. Baste recordar que el gran precursor del iluminismo, Thomas Hobbes, decía en el *Leviatán* que “Ninguna ley promulgada después de realizado un acto, puede hacer de éste un delito”.¹⁵⁴ La propia Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, el precipitado jurídico y político de ese cataclismo cultural que fue la Ilustración, estableció en su artículo 8o. que “Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito”.

Se trata de un principio bastante intuitivo que se halla bien enraizado en la cultura jurídica, cuyo núcleo, como ha señalado Hassemer,¹⁵⁵ “es la protección de la confianza de todos en que los límites de la libertad estén marcados de antemano de un modo vinculante y puedan ser leídos en cualquier momento en las leyes”.

Como lo señala Huerta Tocildo, el principio tiene como función

garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos evitando que puedan ser sorprendidos *a posteriori* por la tipificación de una conducta que, en el momento de su comisión, no estaba definida como delito, falta o infracción administrativa, o por una circunstancia de agravación sobrevenida, o por la conminación de

¹⁵⁴ *Leviatán*, *op. cit.*, nota 32, p. 241.

¹⁵⁵ Hassemer, Winfried, *op. cit.*, nota 123, p. 320.

aquella con penas más elevadas que las entonces previstas o por medidas de seguridad antes inexistentes.¹⁵⁶

Lo anterior no obsta para que existan problemas en torno a su ámbito de aplicación que resultan controvertidos, especialmente en cuanto hace a las normas procesales que establecen condiciones y presupuestos para la persecución de los delitos.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Huerta Tocildo, Susana, *op. cit.*, nota 122, pp. 31 y 32.

¹⁵⁷ Hassemer, Winfried, *op. cit.*, nota 123, pp. 323-326.