

## INTRODUCCIÓN

### I. PREMISA Y PLAN DE LA INVESTIGACIÓN

El derecho penal actual enfrenta una situación crítica derivada de la enorme brecha existente entre sus funciones manifiestas y sus funciones latentes.<sup>1</sup> Esta situación abarca diversos aspectos, que suelen ser denominados bajo los rótulos de “inflación penal”, “expansión penal”, “hipertrofia penal”, “panpenalismo”, “neopunitivismo”, etcétera,<sup>2</sup> que en esencia denotan una degradación de las técnicas de intervención punitiva derivada del crecimiento desmesurado del sistema penal.

La literatura científica que se ha ocupado de este fenómeno es francamente inabarcable, y llena por sí misma bibliotecas enteras, si bien es preciso advertir que entre sus líneas de exploración se observa con mayor recurrencia el análisis de la falta de vigencia de los principios elaborados por el pensamiento penal liberal, tales como el de *ultima ratio*, bien jurídico, fragmentariedad, culpabilidad, entre otros, y la transformación operada en el derecho penal ante los retos de la denominada “sociedad del riesgo”.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Sobre la distinción entre ambas funciones, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructuras judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1994, pp. 14 y 15.

<sup>2</sup> Pastor, Daniel R., *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 17 y 18, con amplias referencias bibliográficas.

<sup>3</sup> *La insostenible situación del derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt/Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Granada, Comares, 2000; Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, y Arroyo Zapatero, Luis *et al.* (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, con abundantes referencias bibliográficas.

Es fácil constatar una tendencia involutiva que afecta a toda la producción legislativa, pero que en el caso penal deja sentirse como especialmente odiosa, la cual se traduce en una “descodificación”,<sup>4</sup> en una *flexibilización* de la ley que entraña en muchos casos un distanciamiento de sus atributos clásicos de racionalidad y certeza indispensables para orientar y motivar la conducta de sus destinatarios; ello se expresa tanto en la proliferación como en la dispersión legislativa, así como en la deficiente manufactura de las leyes penales.

No es propósito de este trabajo ocuparse de la problemática general, que por cierto es amplísima y toca aspectos que atraviesan a todo el sistema penal, sino solamente analizar una de sus expresiones, que resulta concerniente con las exigencias de claridad y precisión en la formulación de las leyes punitivas. Se trata del mandato de determinación consagrado en nuestro orden jurídico en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como contenido del derecho fundamental a la exacta aplicación de la ley penal.

El asunto reviste una importancia cardinal, bien puesta de relieve por el pensamiento penal ilustrado y recobrada a raíz de la incorporación de las garantías del principio de legalidad penal en todos los textos constitucionales modernos. Por ello, llama la atención el escaso tratamiento que, con unas pocas excepciones y de manera fragmentaria y dispersa, ha recibido el tema por parte de la doctrina mexicana, la cual suele despachar bastante

<sup>4</sup> La expresión “descodificación” devino célebre a raíz de la obra del civilista italiano Natalino Irti (*L'età della decodificazione*, Milán, Giuffrè, 1979; traducción al castellano realizada por Luis Rojo Ajuria: *La edad de la descodificación*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1992). Una reflexión en torno a las diferentes consecuencias para las materias civil y penal puede verse en Ferrajoli, Luigi, “Legalidad civil y legalidad penal”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, núm. 15, mayo de 2003, pp. 16-29; para una visión histórica y comparada en materia penal, véase Fiandaca, Giovanni, en *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto* (a cura di Giovanni Fiandaca), Padova, Cedam, 1995, pp. 15-39.

rápido y de forma apenas esquemática este aspecto, que constituye, como trataremos de mostrarlo, el núcleo del sistema de las garantías penales.

No pasa inadvertido —y en todo caso no justifica el actual estado de la cuestión— que ello quizá derive del hecho de que, como otros, éste sea uno de esos temas que por colocarse en los intersticios de varias materias —en este caso del derecho constitucional, el derecho penal, la teoría y la filosofía del derecho— suelen terminar por no ser verdaderamente reclamados por ninguna de ellas.

El trabajo se estructura en cinco capítulos. Los dos primeros son *contextuales*. En el primero se realizará una aproximación a las ideas penales de la Ilustración; nos interesa evidenciar de qué forma las instituciones políticas y la cultura jurídica actuales hincan sus raíces en la filosofía política y jurídica del iluminismo, para situar la proyección en que se inscribe la exigencia de certeza jurídica como contenido material del principio de legalidad penal.

En el segundo capítulo se intentará bosquejar un diagnóstico en el que se exploren las causas que han generado la actual situación de la legislación penal, señalando tanto las explicaciones como las críticas que la doctrina ha elaborado sobre el fenómeno de “descodificación” del derecho penal, enfocando especialmente el punto relativo a la indeterminación de las leyes punitivas.

En el tercer capítulo se ubicará la garantía de *lex certa* —y más específicamente, el mandato de determinación— como parte del contenido del derecho fundamental a la exacta aplicación de la ley penal. Adelantamos desde ahora que dentro de la garantía de *lex certa* distinguimos entre la determinación y la taxatividad; se trata de dos mandatos que aunque están estrechamente vinculados proyectan exigencias limitadoras del poder punitivo para dos momentos diferentes: el legislativo y el judicial, respectivamente. El trabajo gravitará sólo en torno al primero.

En el capítulo cuarto nos ocuparemos de establecer las referencias conceptuales que permitan captar la cuestión en estudio

desde el prisma de las aportaciones de la teoría y la filosofía de corte analítico. Para ello, se examinarán los rasgos y características lingüísticos del derecho, a efecto de atisbar las exigencias de claridad y precisión de las leyes penales derivadas del mandato de determinación previsto en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En el quinto capítulo se abordará, a partir de su contextualización, el mandato de determinación como expresión del derecho fundamental a la exacta aplicación de la ley penal. Nos proponemos analizar los alcances y la función del mandato de determinación a través del análisis de jurisprudencia constitucional comparada y nacional; finalmente, nos centraremos en algunos lineamientos para su apreciación en la formulación de las normas y para su control constitucional.

Hoy, que la justicia constitucional de nuestro país ha comenzado verdaderamente a funcionar, así de manera todavía incipiente y en algunos casos de forma vacilante, como auténtica “jurisdicción constitucional de la libertad”, según la afortunada expresión de Mauro Cappelletti,<sup>5</sup> resulta imprescindible acompañar este tránsito desde la reflexión académica, cuyo papel de construcción y de crítica viene exigido como un deber cívico irrenunciable. Ese es el aliento de este modesto trabajo.

<sup>5</sup> Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, Imprenta Universitaria, 1961, pp. 5 y 6, especialmente nota 8.