



75

El artículo 22 constitucional y las penas en el Estado constitucional de derecho

Olga Islas de González Mariscal
Miguel Carbonell

DERECHO CONSTITUCIONAL

Octubre de 2005

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por los autores, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éstos. D. R. © 2005, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. ❖ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-7463/64 exts. 703 o 704, fax 5665-3442.

CONTENIDO

I. Introducción.....	1
II. Prohibición de ciertas penas.....	1
III. Confiscación y decomiso.....	12
IV. Pena de muerte.....	18
V. Otros rasgos constitucionales del sistema de penas: reserva de ley, taxatividad y proporcionalidad.....	31
VI. Bibliografía.....	42

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 22 constitucional, en su texto vigente, tiene cuatro párrafos que sustancialmente se refieren a: a) la prohibición de cierto tipo de sanciones; b) la definición de la confiscación y de una especie del decomiso; c) la confiscación en el caso del aseguramiento de bienes dentro de un procedimiento jurisdiccional; y d) la prohibición general de la pena de muerte y la posibilidad de que se imponga en cierto tipo de conductas que, eventualmente, pudieran llegar a ser sancionadas por la ley penal. Su contenido concreto es el siguiente:

Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables. La autoridad judicial resolverá que se apliquen en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe.

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

En términos generales podemos decir que el artículo 22 de nuestra Carta Fundamental busca humanizar las penas. Como decía Francisco Zarco, es un artículo inspirado por sentimientos de humanidad, por ideas de justicia y de filosofía. En él se inscriben garantías especialmente importantes de seguridad jurídica (protectoras de la dignidad de las personas), relacionadas con las penas que se imponen a quienes cometen delitos y, también, con algunas medidas que se determinan durante el procedimiento penal. Este artículo, de acuerdo con las materias que trata, se puede dividir, para su análisis, en tres partes.

II. PROHIBICIÓN DE CIERTAS PENAS

Las penas a las que se refiere el primer párrafo, como puede advertirse, son penas crueles, inhumanas y degradantes, producto de la tiranía y del sadismo. Tanto la mutilación como la marca, los azotes, los palos y, en alguna forma, el tormento son penas que se ejercen sobre el cuerpo

de las personas para infligir dolor físico. Son la manifestación más clara del derecho penal bárbaro del oscurantismo que reinó por centurias, hasta que fue valientemente combatido por los grandes humanistas de mediados del siglo XVIII. Baste recordar el pensamiento de Beccaria, cuya sabiduría quedó plasmada en su libro “De los delitos y de las penas” (*Dei delitti e delle pene*) desde 1764.

Actualmente tales penas no corresponden a los fines que la doctrina asigna a las penas en la instancia legislativa: toda pena dispuesta por el legislador debe ser idónea para la prevención general, y las penas canceladas por la disposición constitucional no cumplen con esta finalidad, es decir, de ninguna forma son idóneas para la prevención general; muy por el contrario, además de ser violatorias de la dignidad humana, son absolutamente inútiles. Son expresiones que emergen de las pasiones más negativas del ser humano. Tampoco cumplen con el principio de legitimación, pues no surgen como respuesta a una necesidad social. Por otra parte, por su naturaleza inhumana, ninguna de ellas puede guardar relación de proporcionalidad con los bienes jurídicos penalmente protegidos.

Las penas manifiestamente crueles, como la marca, los azotes y la mutilación quedaron prohibidas de manera tajante, en el Voto particular de la minoría de la Comisión Constituyente, de 1842. En este mismo instrumento se prohíben, también, la confiscación y la infamia trascendente. Después, en el Segundo Proyecto de Constitución de 1842, se agrega a las anteriores prohibiciones el tormento. En el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, de 1856, se conservan los textos casi iguales que en el anterior documento. Ya en el Proyecto de Constitución de 1857 (surgido el 16 de junio de 1856) se adicionaron los palos y la cadena o grillete. La Constitución Política de la República Mexicana, de 5 de febrero de 1857, consagra un texto legal que ha continuado vigente hasta nuestros días a través de la Constitución de 1917, salvo la especificación de que la prohibición es para siempre.

Procede ahora señalar algunas notas específicas sobre cada una de las penas prohibidas:

A) *Mutilación* significa cercenación, cortadura o amputación de alguna parte del cuerpo humano; ejemplos: cortar algún miembro, la nariz, una oreja o la lengua. Se trata de una pena salvaje e irreparable, pues además del sufrimiento inmediato por la mutilación, el reo, después de cumplir su condena, inevitablemente, quedará sometido al sufrimiento permanente de su discapacidad y el desprecio de la gente; además, en algunos casos, también podría quedar imposibilitado para trabajar.

B) Por *infamia* se entiende aquella pena que tiene como finalidad el descrédito, la afrenta, el deshonor, la denigración de una persona acusada de cometer un delito, y que se impone en una sentencia. No todas las penas infamantes son físicas, pero sí todas tienen un marcado efecto moral por el desprestigio y la ignominia ante los ojos del pueblo.

La pena de infamia fue permitida hasta la aparición del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1857. En este Proyecto se prohíbe para siempre la infamia (Art. 29). Anteriormente, sólo se hacía referencia a la pena de infamia trascendente, pero era permitida la que no era trascendente; sin embargo, cabría ponderar si en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana (Comunicación de José María Lafragua), del 30 de mayo de 1856, en la prohibición de las penas degradantes quedó implicada la de infamia.

C) La *marca* era una pena que consistía en infligir una señal en la frente, en la mejilla o en la espalda mediante la aplicación de un hierro candente. Esta pena, además de dolorosa, era degradante, pues el reo, aún después de salir de la cárcel, continuaba soportando una marca indeleble, que propiciaba su discriminación y el menosprecio de las personas.

D) La pena de *azotes* es un flagelamiento al reo o condenado, mediante un cierto número de golpes impuestas como pena por la autoridad. La pena de azotes estaba destinada a los delitos menores, era una pena ejemplarizante y vergonzosa por la espectacularidad de su ejecución, pues se llevaba a cabo en las calles de mayor afluencia del pueblo para que éste presenciara el castigo. Estuvo vigente durante varios siglos (XVII y XVIII). En muchos casos, durante la Inquisición, la condena era de doscientos azotes.

E) *Tormento o tortura*. En principio es importante dejar bien claro que el tormento no fue sólo una pena, sino también, un modo, una práctica o un medio efectivo para obtener una declaración. Se utilizaba y se utiliza para arrancar la confesión del acusado, para esclarecer contradicciones suscitadas en el juicio, para descubrir a los cómplices y hasta para presionar a los testigos con el fin de que aporten datos. En los antecedentes constitucionales se advierte que en algunos se habla de la tortura o del tormento de manera neutra, sin precisar si es pena o medio para la averiguación de los delitos; en otros, se prohíbe como pena, y en otros más, con toda exactitud, se dice que no se podrá usar del tormento para la averiguación de los delitos. Lo cierto es que siempre se emplea como medio para obtener algo de la persona a la cual se le aplica. Constituía, y constituye, una práctica detestable que únicamente conduce a la humillación, al sufrimiento y a la injusticia.

La tortura está estrechamente vinculada con la confesión, que era considerada como la *reina de las pruebas*. La confesión era prueba definitiva en un enjuiciamiento penal. La sola confesión era suficiente para emitir una sentencia penal condenatoria, razón por la cual los fiscales usaban la tortura para obtener fácilmente la confesión. La tortura era admitida de manera generalizada.

La tortura tiene una historia negra. En la Edad Media (siglo XII) se empleó para combatir la herejía. Con su empleo y otras prácticas viciosas se canceló el procedimiento acusatorio y se instauró el procedimiento inquisitorial, que tuvo su culminación con los tribunales de la Santa Inquisición (atribuida a Gregorio IX, en el año 1233). En el sistema inquisitivo la tortura se empleó de manera generalizada, tanto en los tribunales religiosos como en los no religiosos.

La tortura tiene lugar cuando la persona detenida se encuentra incomunicada, por lo cual la presencia de un abogado que asista al detenido evitaría la tortura o al menos disminuiría los casos, especialmente, durante las primeras horas de su detención y en ocasiones hasta en los días posteriores, mientras se determina su situación jurídica durante la averiguación.

Se debate si el tormento (la tortura) es sólo físico o puede ser psíquico o moral. Para evitar interpretaciones equívocas la Ley Fundamental que nos rige prohíbe el “tormento de cualquier especie”.

En los antecedentes constitucionales del artículo 22 se emplea, en unos, el término ‘tortura’ y, en otros, el de ‘tormento’. En tres de los primeros antecedentes se habla de tortura. El primero de ellos, conocido como “Elementos Constitucionales” (elaborado por Ignacio Rayón), de 1811, enfáticamente ordena que “queda proscrita por bárbara la tortura sin que pueda lo contrario

aún admitirse a discusión” (Punto 32). La Constitución de Cádiz, de 1812, se refiere al tormento, dispone que “no se usará nunca del tormento ni de los apremios”. No obstante, en los dos antecedentes posteriores: Los Sentimientos de la Nación (de José María Morelos), de 1813, y el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, de 1822, al proscribir esta pena se vuelve a emplear la expresión ‘tortura’.

A partir de la Constitución de 1824, se abandona, de manera definitiva, el vocablo ‘tortura’ y se empieza a utilizar en proyectos, constituciones y algunos otros documentos de este rango, el de ‘tormento’. En la Constitución de 1824 se postula: “Ninguna autoridad aplicará clase alguna de tormento sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso” (Art. 149).

En la Quinta de las Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836 se prohíbe: el tormento para la averiguación de ningún género de delito (Art. 49). Por su parte, el Proyecto de Reforma de las Leyes Constitucionales de 1836 (fechado el 30 de junio de 1840), consigna de manera más amplia: “No se puede usar del tormento para la averiguación de los delitos, ni de apremio contra la persona del reo, ni exigir a éste juramento sobre hechos propios en causa criminal” (Art. 9).

El Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1842 inscribe: “Nunca se podrá usar del tormento para el castigo de los delitos ni de alguna otra especie de apremio para su averiguación. Ninguno podrá ser declarado confeso de un delito sino cuando él lo confesare libre y paladinamente, en la forma legal”. (Art. 7). El Segundo Proyecto de Constitución de 1842, contiene un texto igual al del Primer Proyecto. En las Bases Orgánicas de la República Mexicana, de 1843, no hay referencia alguna a la tortura.

El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856 dispone: “A nadie se tomará juramento sobre hecho propio en materia criminal ni podrá emplearse género alguno de apremio para que el reo se confiese delincuente, quedando en todo caso prohibido el tormento (Art. 54). El Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1856, de manera muy concreta, al prohibir otras penas incluye el tormento (Art. 29). La Constitución Política de la República Mexicana, del 5 de febrero de 1857, consigna: “Quedan para siempre prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas o trascendentes” (Art. 22). El Proyecto de Constitución, de Venustiano Carranza, de 1916, adopta el mismo texto anterior y así pasa a la Constitución Política de la República Mexicana, de 1917.

La Constitución garantiza, en esta forma, el derecho de todos los seres humanos a no ser sometidos a tortura, penas crueles e inhumanas o degradantes, con lo cual tutela la integridad física, psíquica y moral de las personas.

En el orden internacional son diversos los instrumentos que tienen relación con el primer párrafo del artículo 22 constitucional y especialmente con la tortura.

La declaración Universal de los Derechos Humanos (aprobada en la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948) prescribe que “nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (Art. 5).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José), suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y en vigor a partir del 18 de junio

de 1978, fue ratificada por México el 24 de marzo de 1981 y publicada en el D.O.F. el 7 de mayo del mismo año, dispone:

“Art. 5: Derecho a la integridad personal:

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

“2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de la libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

“3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966 y en vigor a partir del 23 de marzo de 1976), ratificado por México el 24 de marzo de 1981 y publicado en el D.O.F. el 20 de mayo del mismo año. En este Pacto se postula: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (Art. 7).

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanas o Degradantes (adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984), fue ratificada por México el 23 de enero de 1986 y publicada en el D.O.F. el 6 de marzo del mismo año. En ella se define la tortura “como todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sea físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia” (Art. 1.1.). Agrega: “No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

Se prevé, entre otros principios referentes a las obligaciones de los Estados Parte: Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas y judiciales de otra índole, eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción. (Art. 21).

Se postula, asimismo, que “Todo Estado Parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura” (Art. 4.1.) Se refiere, más adelante a múltiples materias de carácter procedimental: de extradición, de auxilio recíproco, de educación y difusión sobre la prohibición de la tortura. En la Parte II se prevé la constitución de un Comité contra la Tortura y se establecen reglas precisas para el funcionamiento del mismo.

Se puede decir que éste es el instrumento más importante de esta materia.

Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada por la Asamblea General de la OEA en Cartagena de Indias Colombia, el 9 de diciembre de 1985. Como su nombre lo indica contiene diversas medidas relativas a la prevención de la tortura, a la investigación, al procedimiento y a los derechos de las víctimas. Postula, también, la jurisdicción universal sobre la tortura en los Estados parte del Continente Americano.

Otros tratados que proscriben la tortura y que han sido ratificados por México son: la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en vigor el 1o. de julio de 2003) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención Belém de Perú).

También se habla de la tortura y los malos tratos en: a) Derecho Internacional Humanitario (Conjunto de leyes internacionales que regulan la actuación de las partes en conflictos armados, conocido también como el Derecho de los Conflictos); b) Los Convenios de Ginebra, que prohíben la tortura y el maltrato, incluyendo los experimentos biológicos; así como causar grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud de las personas; c) El Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma (adoptado en la Conferencia Internacional celebrada en Roma el 17 de julio de 1998), firmado por México el 7 de septiembre de 2000, postula que es competencia de la Corte Penal Internacional perseguir la tortura por ser un crimen de lesa humanidad, y d) El Protocolo de Estambul no es un tratado sino una especie de Manual para la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Fue elaborado por 75 expertos en derechos humanos, medicina forense, psicología y psiquiatría, “representantes de 40 organizaciones e instituciones pertenecientes a 15 países. Está basado en los “Principios de Naciones Unidas Relativos a la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes”.

Por lo que hace al derecho interno mexicano cabe destacar que la primera “Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura” data del 25 de abril de 1986 (publicada en el D.O.F el 27 de mayo del mismo año). La importancia de este instrumento es indiscutible: por primera vez se tipifica la tortura como delito. La Ley estaba integrada por siete artículos; el primero de ellos definía el delito de la manera siguiente:

“Comete el delito de tortura, cualquier servidor público de la Federación o del Distrito Federal que, por sí, o valiéndose de tercero y en el ejercicio de sus funciones, inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves o la coacción física o moralmente, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de inducirla a un comportamiento determinado o de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido”.

“No se considerarán torturas las penalidades o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

En el artículo 2o. se establecían las sanciones correspondientes: prisión de dos a diez años, de doscientos a quinientos días multa, privación del cargo e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión hasta por dos tantos de tiempo de duración de la pena privativa de la libertad impuesta.

Se subrayaba en este mismo ordenamiento que ninguna declaración obtenida mediante tortura podrá invocarse como prueba. (Art. 5o.).

Años más tarde, en 1991, surge una segunda Ley Federal que sustituye a la de 1986. La nueva Ley es más explícita en cuanto a su objetivo, a los programas permanentes para la mejor atención del problema y la profesionalización de cuerpos policiales y personal de custodia de personas sometidas “a arresto, detención o prisión”. De acuerdo con esta ley: “Comete el delito

de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos, con el fin de obtener del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada”.

“No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, que sean inherentes o incidentales a éstas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad”. (Art. 3o.).

La sanción, por lo que respecta a la prisión, se incrementa, en comparación con la ley anterior: ahora es de tres a doce años de prisión (Art. 4o.). Por otra parte, se mantiene el postulado previsto en el artículo 5o. de la primera Ley.

La Ley se ha modificado en algunas ocasiones, pero sin afectar el sentido de los aspectos fundamentales.

F) *Penas inusitadas*. Inusitada significa, en este contexto, pena inusual, insólita (obsoleta o desusada). Lo cual quiere decir que están abolidas las penas que no se usan porque no corresponden a los fines que deben tener las penas. También se trata de penas que no están previstas en los códigos penales o en leyes especiales. Esta prohibición constitucional va dirigida al legislador, para evitar que en la legislación se consignent penas que ya están canceladas por obsoletas o por atentar contra derechos humanos. La prohibición de las penas inusitadas, en los antecedentes constitucionales, viene a partir del Proyecto de Constitución de la República Mexicana de 1856 que postula: “Quedan para siempre prohibidas las penas [...] y cualesquier otras penas inusitadas o trascendentes”. Este texto continúa reiterándose hasta la Constitución de 1917.

Sobre el concepto de pena inusitada la Suprema Corte ha emitido, entre otros, los siguientes criterios:

PENA INUSITADA. SU ACEPCIÓN CONSTITUCIONAL. Según el espíritu del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el término inusitado aplicado a una pena no corresponde exactamente a la acepción gramatical de ese adjetivo, que significa lo no usado, ya que no podría concebirse que el Constituyente hubiera pretendido prohibir la aplicación, además de las penas que enuncia el citado precepto 22, de todas aquellas que no se hubiesen usado anteriormente; interpretar gramaticalmente el concepto, sería tanto como aceptar que dicha disposición constituye un impedimento para el progreso de la ciencia penal, pues cualquier innovación en la forma de sancionar los delitos implicaría la aplicación de una pena inusitada. Así, por "pena inusitada", en su acepción constitucional, debe entenderse aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines que persigue la penalidad. Contradicción de tesis 11/2001. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de octubre de 2001. Mayoría de seis votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Encargado del engrose: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras. Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo: XIV, Octubre de 2001, Tesis: P./J. 126/2001, Página 14. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número 126/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil uno.

PRISIÓN VITALICIA. CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL. Si por pena inusitada, en su acepción constitucional, se entiende aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines punitivos; ha de concluirse que la prisión vitalicia o cadena perpetua es inusitada y, por tanto, prohibida por el

artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que en la legislación mexicana la pena de prisión siempre ha tenido un límite determinado, por estimarse que cuando es de por vida es inhumana, cruel, infamante, excesiva y se aparta de la finalidad esencial de la pena establecida en el artículo 18 del propio ordenamiento, que es la readaptación social del delincuente. En efecto, la finalidad de la pena ha evolucionado a través del tiempo, pues ésta surgió en principio como una venganza privada en la que el ofendido aplicaba el castigo de acuerdo a la gravedad del daño causado; luego, como una venganza divina, pues el delito se consideraba como una ofensa a la divinidad; en el derecho griego, además, era intimidatoria; en el derecho romano constituyó una reacción pública, en razón de la ofensa; en el periodo científico, en Alemania, se estimó que el fin de la pena es una coacción psicológica, de donde surgió la teoría de la prevención general; para la escuela clásica la pena tiende a conservar el orden legal; para los positivistas la finalidad de la pena es un medio de defensa social; para la doctrina absolutista responde a la idea de justicia absoluta, esto es, que el bien merece el bien y que el mal merece el mal; para la doctrina relativa es el instrumento para asegurar la vida en sociedad; y la doctrina ecléctica propone que la pena pública puede tener los fines siguientes: reformar al delincuente, ser ejemplar, intimidatoria, correctiva, eliminadora y justa. Ahora bien, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 18, segundo párrafo, después de analizar las iniciativas, dictámenes y discusiones de las reformas de que fue objeto, siempre ha sido como finalidad de la pena y garantía del sentenciado la readaptación social del delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación y la educación como medios para lograr ese fin; en consecuencia, si en la legislación mexicana no se encuentra prevista y sancionada como pena la cadena perpetua o prisión vitalicia, porque contraviene el fin último de la pena, que consiste en readaptar al delincuente para incorporarlo a la sociedad, es evidente que se trata de una pena inusitada, por tanto, es inconstitucional. Contradicción de tesis 11/2001. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de octubre de 2001. Mayoría de seis votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Encargado del engrose: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras. Novena Epoca, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIV, Octubre de 2001, Tesis: P./J. 127/2001, página 15. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número 127/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil uno.

EXTRADICIÓN. LA PENA DE PRISIÓN VITALICIA CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA PROHIBIDA POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE PARA QUE SE TRAMITE AQUÉLLA, EL ESTADO SOLICITANTE DEBE COMPROMETERSE A NO APLICARLA O A IMPONER UNA MENOR QUE FIJE SU LEGISLACIÓN. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, fracción V, de la Ley de Extradición Internacional, si el delito por el cual se solicita la extradición es punible con la pena de muerte o alguna de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, acorde con las leyes de la parte requirente, la extradición podrá ser rehusada, a menos de que esta parte dé las seguridades suficientes de que no se impondrá la pena de muerte, o bien, de que si es impuesta, no será ejecutada. En estas condiciones, al ser la pena de prisión vitalicia una pena inusitada prohibida por el citado artículo 22, en tanto que se aparta de la finalidad esencial de la pena, consistente en la readaptación del delincuente para incorporarlo a la sociedad, resulta inconcuso que el Estado solicitante debe comprometerse a no imponer la pena de prisión perpetua, sino otra de menor gravedad. Contradicción de tesis 11/2001. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de octubre de 2001. Mayoría de seis votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Encargado del engrose: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras. Novena Epoca, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIV, Octubre de 2001, Tesis: P./J. 125/2001, página 13. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número 125/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil uno.

G) *Penas trascendentales*. Son penas trascendentales aquellas que recaen en la familia de la persona a la cual se le imponen y, en general, que recaen en terceras personas. Son penas que van más allá del delincuente.

Las penas, como es sabido, deben ser plenamente personales: no cabe que se extiendan a terceras personas (familiares o extraños). Una pena trascendental sería, por ejemplo, la confiscación de bienes que pertenecen a toda la familia del condenado. Es importante precisar que todas las penas impuestas a un sentenciado tienen repercusión en los familiares, que no sólo sufren por la situación del reo, sino que se ven afectados en su estatus económico y social. La prohibición constitucional no se refiere a este efecto de las penas, sino a la privación o restricción de bienes que de manera legal y directa se impone a terceros. Recuérdese que antiguamente la pena no sólo se aplicaba al sentenciado, sino a terceras personas, como los familiares y hasta la servidumbre. En ese sentido se entiende la prohibición constitucional.

La abolición de las penas trascendentales se postuló desde la Constitución de Cádiz de 1812, al anotar, de manera muy completa: “Ninguna pena que se imponga por cualquier delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno de la familia del que la sufre, sino tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció” (Artículo 305). El Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822 solamente prohíbe la “infamia transmisible a la posteridad o familia del que lo mereció” (Artículo 76). La Quinta de las Leyes Constitucionales de 1836 se refiere a todas las penas al prescribir: “Toda pena, así como el delito, es precisamente personal del delincuente, y nunca será trascendental a su familia” (Art. 51). El Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1836, aparecido en 1840, estipulaba un texto similar al de la Constitución de Cádiz de 1812 en el Art. 9, fracción VIII.

El Proyecto de Constitución de 1842 prevé: “Las penas se ejecutarán en la persona del delincuente y las de infamia no se harán trascendentales a sus familiares” (Art. 126). En el Voto particular de la minoría de la Comisión Constituyente de 1842, únicamente se prohíbe “la infamia trascendental” (Art. 5, fracción XIII). Lo mismo acontece en el Segundo Proyecto de Constitución de 1842, en las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843 (Art. 180) y en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856 (Art. 55). El Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1856, al proscribir las penas, anota: “y cualesquiera otras penas inusitadas o trascendentales”. Este texto se reitera en la Constitución de 1857, en el Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza de 1916 y en la Constitución de 1917.

H) *Multa excesiva*. La multa, aunque sea excesiva, resulta ser una pena menor frente a las otras incluidas en este párrafo. Es una pena de carácter patrimonial, impuesta por la autoridad judicial: es el pago de una cantidad de dinero al Estado. La prohibición constitucional no se refiere a la multa en general sino sólo a una cuantía excesiva. Esto tiene que ver con la proporcionalidad que deben tener las penas, tanto en el ámbito legislativo como en el ámbito judicial.

La multa se determina con base en “el día multa”, con la finalidad de hacerla equitativa y automodificable. La multa fija (cantidad absoluta), con el correr del tiempo, se convierte en irrisoria. El día multa se obtiene en cada caso particular de los ingresos diarios del sujeto al cual se le impone esta pena. Esto es, el día multa equivale a la suma total de las percepciones diarias netas del sentenciado, en el momento de la consumación del delito, pero su cuantía nunca podrá ser inferior al salario mínimo diario vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo,

aunque se trate de días multa, la determinación legislativa no ha de ser excesiva en cuanto a la fijación de la cantidad de días multa.

La multa, por su naturaleza, no debe ser impuesta en relación con todos los delitos, pues si así fuera se desvirtuaría el fin de la multa como pena. Así, por ejemplo, en el caso de un homicidio no procede la imposición de una multa; en cambio, en todos los delitos patrimoniales y en los conectados con el narcotráfico, la multa (además de la pena de prisión) es absolutamente indispensable.

La multa, de acuerdo con los ordenamientos penales federal y del Distrito Federal, podrá pagarse en exhibiciones parciales (Art. 24).

El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (Arts. 38 y 39) prevé la sustitución de la multa por trabajo en beneficio de la víctima o trabajo a favor de la comunidad. El Código Penal Federal también contempla la sustitución, total o parcial, por trabajo a favor a favor de la comunidad (Art. 29, párrafo 3°). Ambos ordenamientos establecen que si el sentenciado se negare a pagar la multa sin causa justificada, el Estado la exigirá mediante el procedimiento económico coactivo.

El primer antecedente de la proscripción de la multa excesiva se encuentra en el Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1856, en el cual se dispone: “Quedan para siempre prohibidas las penas de [...] multa excesiva [...]”, texto que ya no cambia y llega así hasta la Constitución de 1917, misma que, en la parte relativa, no ha tenido modificación alguna, excepto en el señalamiento de que la prohibición es para siempre.

La jurisprudencia de nuestros tribunales federales contiene diversos pronunciamiento muy importantes para delimitar el concepto de multa excesiva. Entre ellos se encuentran los siguientes:

MULTA EXCESIVA. CONCEPTO DE. De la acepción gramatical del vocablo "excesivo", así como de las interpretaciones dadas por la doctrina y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para definir el concepto de multa excesiva, contenido en el artículo 22 constitucional, se pueden obtener los siguientes elementos: a) Una multa es excesiva cuando es desproporcionada a las posibilidades económicas del infractor en relación a la gravedad del ilícito; b) Cuando se propasa, va más adelante de lo lícito y lo razonable; y c) Una multa puede ser excesiva para unos, moderada para otros y leve para muchos. Por lo tanto, para que una multa no sea contraria al texto constitucional, debe establecerse en la ley que la autoridad facultada para imponerla, tenga posibilidad, en cada caso, de determinar su monto o cuantía, tomando en cuenta la gravedad de la infracción, la capacidad económica del infractor, la reincidencia, en su caso, de éste en la comisión del hecho que la motiva, o cualquier otro elemento del que pueda inferirse la gravedad o levedad del hecho infractor, para así determinar individualizadamente la multa que corresponda. Novena Epoca, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: II, Julio de 1995, Tesis: P./J. 9/95, página 5. El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el veinte de junio en curso, por unanimidad de diez votos de los señores Ministros Presidente en funciones Juventino V. Castro y Castro, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número 9/1995 (9a.) la tesis de jurisprudencia que antecede; y determinó que las votaciones de los precedentes son idóneas para integrarla. México, D.F., a veinte de junio de mil novecientos noventa y cinco.

MULTAS FIJAS. LAS LEYES QUE LAS ESTABLECEN SON INCONSTITUCIONALES. Esta Suprema Corte ha establecido que las leyes, al establecer multas, deben contener las reglas adecuadas para que las autoridades impositoras tengan la posibilidad de fijar su monto o cuantía, tomando en cuenta la gravedad de la infracción, la capacidad económica del infractor, la reincidencia de éste en la conducta que la motiva y, en fin, todas aquellas circunstancias que tiendan a individualizar dicha sanción, obligación del legislador que

deriva de la concordancia de los artículos 22 y 31, fracción IV, de la Constitución Federal, el primero de los cuales prohíbe las multas excesivas, mientras el segundo aporta el concepto de proporcionalidad. El establecimiento de multas fijas es contrario a estas disposiciones constitucionales, por cuanto al aplicarse a todos por igual, de manera invariable e inflexible, propicia excesos autoritarios y tratamiento desproporcionado a los particulares. Novena Epoca, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: II, Julio de 1995, Tesis: P./J. 10/95, página 19. El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el veinte de junio en curso, por unanimidad de diez votos de los señores Ministros Presidente en funciones Juventino V. Castro y Castro, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número 10/1995 (9a.) la tesis de jurisprudencia que antecede; y determinó que las votaciones de los precedentes son idóneas para integrarla. México, D.F., a veinte de junio de mil novecientos noventa y cinco.

MULTA EXCESIVA PREVISTA POR EL ARTICULO 22 CONSTITUCIONAL. NO ES EXCLUSIVAMENTE PENAL. Es inexacto que la "multa excesiva", incluida como una de las penas prohibidas por el artículo 22 constitucional, deba entenderse limitada al ámbito penal y, por tanto, que sólo opere la prohibición cuando se aplica por la comisión de ilícitos penales. Por lo contrario, la interpretación extensiva del precepto constitucional mencionado permite deducir que si prohíbe la "multa excesiva" como sanción dentro del derecho represivo, que es el más drástico y radical dentro de las conductas prohibidas normativamente, por extensión y mayoría de razón debe estimarse que también está prohibida tratándose de ilícitos administrativos y fiscales, pues la multa no es una sanción que sólo pueda aplicarse en lo penal, sino que es común en otras ramas del derecho, por lo que para superar criterios de exclusividad penal que contrarían la naturaleza de las sanciones, debe decretarse que las multas son prohibidas, bajo mandato constitucional, cuando son excesivas, independientemente del campo normativo en que se produzcan. Novena Epoca, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo: II, Julio de 1995, Tesis: P./J. 7/95, página 18. El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el veinte de junio en curso, por unanimidad de diez votos de los señores Ministros Presidente en funciones Juventino V. Castro y Castro, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número 7/1995 (9a.) la tesis de jurisprudencia que antecede; y determinó que las votaciones de los precedentes son idóneas para integrarla. México, D.F., a veinte de junio de mil novecientos noventa y cinco.

MULTAS. NO TIENEN EL CARÁCTER DE FIJAS LAS ESTABLECIDAS EN PRECEPTOS QUE PREVÉN UNA SANCIÓN MÍNIMA Y UNA MÁXIMA. El establecimiento de multas fijas es contrario a los artículos 22 y 31, fracción IV, de la Constitución, por cuanto que al aplicarse a todos los infractores por igual, de manera invariable e inflexible, propicia excesos autoritarios y tratamiento desproporcionado a los particulares. En virtud de ello, los requisitos considerados por este Máximo Tribunal para estimar que una multa es acorde al texto constitucional, se cumplen mediante el establecimiento, en la norma sancionadora, de cantidades mínimas y máximas, lo que permite a la autoridad facultada para imponerla, determinar su monto de acuerdo a las circunstancias personales del infractor, tomando en cuenta su capacidad económica y la gravedad de la violación. Novena Epoca, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XI, Marzo de 2000, Tesis: P./J. 17/2000, página 59. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el día veintinueve de febrero en curso, aprobó, con el número 17/2000, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintinueve de febrero de dos mil.

MULTAS. LAS LEYES QUE LAS ESTABLECEN EN PORCENTAJES DETERMINADOS ENTRE UN MÍNIMO Y UN MÁXIMO, NO SON INCONSTITUCIONALES. Esta Suprema Corte ha establecido, en la tesis de jurisprudencia P./J. 10/95, que las leyes que prevén multas fijas resultan inconstitucionales por cuanto al aplicarse a todos por igual de manera invariable e inflexible, propician excesos autoritarios y tratamiento desproporcionado a los particulares; sin embargo, no pueden considerarse fijas las multas establecidas por el legislador en porcentajes determinados entre un mínimo y un máximo, porque con base en ese parámetro, la autoridad se encuentra facultada para individualizar las sanciones de conformidad con la gravedad de la infracción, la capacidad económica del infractor, la reincidencia o cualquier otro elemento del que pueda inferirse la levedad o la gravedad del hecho infractor. Novena Epoca, Pleno, Semanario Judicial de la Federa-

ción y su Gaceta, Tomo: X, Noviembre de 1999, Tesis: P./J. 102/99, página 31. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiséis de octubre en curso, aprobó, con el número 102/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

III. CONFISCACIÓN Y DECOMISO

Los párrafos segundo y tercero del artículo 22 constitucional se refieren a la confiscación y una modalidad del decomiso.

La confiscación, en términos generales, se entiende como la pérdida –total o parcial- del patrimonio de una persona que ha cometido un delito. La confiscación parcial de bienes se puede asimilar, en algunos ordenamientos jurídicos, a la pérdida de los efectos o instrumentos del delito. En México, precisamente el Código Penal del Distrito Federal señala en su artículo 24 que una de las penas y medidas de seguridad es el “Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito”. Estos instrumentos, objetos o productos del delito pueden ser ilícitos en sí mismos (como es el caso de un arma cuya tenencia y portación está reservada al ejército, documentos falsos, ganzúas, etcétera), o pueden ser lícitos pero serán objeto de confiscación si se utilizan intencionalmente para delinquir. Este último supuesto sería el de una mercancía lícita que se introduce al país sin pagar los correspondientes impuestos, configurando el tipo penal de contrabando; en este caso la jurisprudencia ha señalado, entre otras cuestiones, lo siguiente:

DECOMISO. EL SISTEMA PREVISTO EN LA LEY ADUANERA PARA IMPONER TAL SANCIÓN A LA IMPORTACIÓN ILEGAL DE MERCANCÍAS, NO SE RIGE POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL QUE ESTABLECE LA PROHIBICIÓN DE MULTAS EXCESIVAS. El decomiso de la mercancía extranjera cuya legal estancia en el país no se acredita, constituye una sanción administrativa que recae sobre determinados bienes como consecuencia de que éstos, por sus características propias, tienen una trascendencia negativa respecto del bien jurídico que pretende tutelar el legislador, por lo que su finalidad consiste en disuadir de la conducta infractora y retirar del tráfico jurídico un determinado bien; en cambio, la multa es una sanción pecuniaria que se fija en términos monetarios, por lo que no tiene como finalidad afectar un específico y determinado bien, sino únicamente disuadir de la conducta infractora, por ende, se concluye que la regulación en la Ley Aduanera del decomiso a la importación ilegal de mercancías no se rige por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece la prohibición de multas excesivas, pues tal proscripción se refiere única y exclusivamente a las sanciones administrativas de carácter pecuniario. Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XV, Abril de 2002, Tesis: 2a. XLIV/2002, página 582.

El concepto de decomiso está muy ligado al de confiscación que se acaba de exponer. Se trata de una figura que aparece tanto en las leyes penales como en las del derecho administrativo sancionador.

El párrafo segundo del artículo constitucional que estamos comentando nos señala que diversos actos de la autoridad no pueden ser considerados como “confiscación de bienes” y por tanto no entrarían dentro de los supuestos de las penas prohibidas por el párrafo primero del propio artículo 22 constitucional. Tales actos y supuestos son los siguientes:

A) La aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito;

B) La aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial para el pago de impuestos o multas.

C) El decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes de una persona que ha sido sentenciada por el delito de enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109 constitucional. Este precepto dispone, en el párrafo tercero de su fracción III, que “Las leyes determinarán los casos y circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan”.

Respecto de este párrafo la Suprema Corte de Justicia de la nación ha sostenido las siguientes tesis:

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL QUE LO PREVÉ, NO CONTIENE UN RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. La interpretación genético teleológica de la reforma al título cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que comprende los artículos del 108 al 114, publicada en el Diario Oficial de la Federación de veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, revela que las causas generadoras de la misma, se sustentan en la necesidad de establecer nuevas bases constitucionales para sancionar adecuadamente y con mayor rigor las responsabilidades de los servidores públicos. Así mismo, del análisis minucioso de la exposición de motivos y de los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión y de su debate, en lo que se refiere al artículo 109, fracción III, párrafo tercero, que contiene la intención expresa de sancionar penalmente a los servidores públicos por causa de enriquecimiento ilícito, no se advierte la voluntad del Poder Reformador de la Constitución de establecer un régimen de excepción a las garantías individuales. Efectivamente, si bien del precepto mencionado se desprende que el servidor público debe acreditar la legítima procedencia de su patrimonio, ello no debe entenderse como un desplazamiento de la carga probatoria al inculpado, sino como el derecho de defensa que goza para desvirtuar los elementos de prueba en su contra. Por lo tanto, es al Ministerio Público conforme a las reglas generales contenidas en los artículos 21 y 102 constitucionales, a quien corresponde comprobar los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del imputado. Para determinar que un servidor público se ha enriquecido ilícitamente (núcleo esencial del delito), se requiere la comprobación previa de determinados hechos o circunstancias, como son la calidad del acusado como servidor público (sujeto calificado), la situación patrimonial del mismo al iniciar y al concluir sus funciones, la remuneración percibida durante el desempeño de su cargo, y la circunstancia real del patrimonio que en la actualidad cuente el sujeto, para poder de esa forma arribar a un proceso lógico y natural en el que se advierta con nitidez y con un mínimo de sentido común que existe una desproporción sustancial entre lo percibido por el servidor público con motivo de su empleo, cargo o comisión y lo que realmente cuenta en su haber patrimonial. Estos hechos y circunstancias concatenados entre sí, generan la presunción iuris tantum de que el sujeto activo se ha enriquecido de manera ilícita, lo que constituye prueba circunstancial que acredita el cuerpo del delito y la responsabilidad del mismo, los cuales en todo caso pueden ser desvirtuados a través del acreditamiento por parte del servidor público, de la licitud del aumento sustancial de su patrimonio. Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores. Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Agosto de 2002, Tesis: P. XXXVI/2002, página 7. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXVI/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL COMPRENDE EL ELEMENTO CONSISTENTE EN EL INCREMENTO SUSTANCIAL DEL PATRIMONIO A QUE ALUDE EL ARTÍCULO 109 CONSTITUCIONAL. El artículo 224 de la legislación penal prevé textualmente que "Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el

servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.". Por su parte, el artículo 109, fracción III, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que "Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten sustancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan.". Ahora bien, del análisis comparativo de ambos preceptos se desprende que resultan coincidentes en cuanto a la necesidad de la sustancialidad del enriquecimiento del servidor público, debido a que si bien en el texto ordinario no se prevé sacramentalmente la palabra aludida (sustancialmente), al hacer mención al enriquecimiento, debe de entenderse que se está refiriendo al incremento sustancial del patrimonio y no a cualquier incremento, lo que significa que al hablar de enriquecimiento ya está considerando un incremento sustancial, es decir, notoriamente desproporcionado. Además, el propio texto secundario, en aquellos casos en los que se instrumenta el procedimiento a que se refiere la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, remite expresamente a los preceptos de tal ordenamiento, los cuales de igual manera involucran el elemento sustancialidad en sus artículos 84 y 90, al utilizar el primero de ellos una expresión equivalente, como lo es "los signos exteriores de riqueza sean ostensibles y notoriamente superiores a los ingresos lícitos que pudiera tener un servidor público", y el segundo una connotación igual, al referirse al "incremento sustancial". Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores. Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Agosto de 2002, Tesis: P. XL/2002, página 10. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XL/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL ESTABLECER LA CONDUCTA DELICTIVA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Del análisis comparativo de los artículos 109, fracción III, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 224 del Código Penal Federal, se advierte que ambos resultan coincidentes, y que el último precepto en realidad reprodujo o trasladó de manera esencial los elementos que el Poder Reformador de la Constitución estimó necesarios para proteger el patrimonio del Estado, combatir la corrupción y reforzar la moral dentro de la administración pública. La preocupación del Constituyente de regular, en los diferentes ámbitos, las conductas desplegadas por los servidores públicos, lo condujo a establecer en la propia Constitución el tipo penal del enriquecimiento ilícito, el cual, con todos sus elementos integradores, en forma similar fue reiterado en el Código Penal Federal. El numeral ordinario de referencia colma la función jurídica de su tipo penal, a saber, la individualización de la conducta humana que prohíbe el enriquecimiento de manera ilícita, que se encuentra comprendido en la primera parte de su redacción: "Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito.". La redacción de este precepto revela que el tipo penal que prevé no es abierto, sino cerrado, porque su texto establece de manera exacta los supuestos de individualización de la conducta reprochable, a saber, el enriquecimiento ilícito. Así, la pura descripción objetiva del tipo en cuestión encuentra su núcleo en el empleo del verbo principal: "enriquecerse", agregándole la palabra "ilegalmente", como un elemento normativo que entraña una valoración, con lo cual se significa el sentido antijurídico del delito, que consiste en la acción de enriquecerse ilícitamente. En cambio, la segunda parte del propio precepto, relativa a que "Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.", se refiere a las reglas procesales, específicamente relacionadas con los medios de prueba para esta clase de delito, con la finalidad de desvanecer la imputación correspondiente; es decir, la remisión que el precepto impugnado realiza a la referida ley, para que el servidor público acredite el legítimo aumento de su patrimonio, no constituye un complemento del tipo penal, sino debe entenderse como su derecho de defensa, que prevé tanto la Constitución como la legislación secundaria como

medio concreto de adoptar su defensa y desvirtuar los elementos de prueba que recaen en su contra. Por tanto, la redacción del artículo 224 citado no infringe la garantía de legalidad contenida en el artículo 14 constitucional, al prever de manera clara y precisa cuál es la conducta a sancionar, que para el caso la constituye el enriquecimiento ilícito, conducta que indudablemente es la que conforma el núcleo esencial del delito. Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores. Novena Epoca, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Agosto de 2002, Tesis: P. XXXIX/2002, página 9. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXIX/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos.

D) El decomiso de los bienes propiedad de una persona sentenciada por delitos previstos como de delincuencia organizada, o respecto de los cuales se conduzca como dueña, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes. Esta disposición ha sido criticada con toda razón por juristas como Sergio García Ramírez, ya que establece a nivel constitucional una inversión de la carga de la prueba. Es decir, el órgano acusador ya no tendrá que probar la procedencia ilícita de determinados bienes, sino que los acusados deberán demostrar su procedencia lícita. Desde luego, al tomar esta determinación el poder reformador de la Constitución faltó al principio de presunción de inocencia que obliga siempre al órgano acusador a probar todos los extremos de su acusación, sin que el acusado tenga que desvirtuar alguna imputación que no ha sido probada. Sobre la presunción de inocencia Luigi Ferrajoli apunta en su magna obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* que “-si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias- la presunción de inocencia no sólo es una garantía de *libertad* y de *verdad*, sino también una garantía de *seguridad* o si se quiere de *defensa social*: de esa ‘seguridad’ específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica ‘defensa’ que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo”.

La presunción de inocencia, como se sabe, está recogida en diversos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. Así por ejemplo, el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 dispone en su párrafo primero que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. En el mismo sentido, el artículo 14.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

En el texto constitucional mexicano la presunción de inocencia no está expresamente reconocida, aunque puede entenderse que está presente *a contrario sensu* a partir de la interpretación de las normas constitucionales que establecen una serie de requisitos para que una persona sea privada de su libertad.

La jurisprudencia ha reconocido que la presunción de inocencia está implícitamente reconocida en el texto constitucional, según se establece en la siguiente tesis:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio

del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; en el artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado. Novena Epoca, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Agosto de 2002, Tesis: P. XXXV/2002, página 14.

Respecto de la disposición del párrafo que estamos analizando que se refiere a los bienes sobre los que una persona sentenciada por delitos considerados como de delincuencia organizada Sergio García Ramírez observa que "parece sugerir que en estos casos la única prueba que impediría el decomiso es la relativa a la legítima procedencia de los bienes; no bastaría con que el tercero demostrase que es él –y no el sujeto inculpado– quien realmente ejerce los derechos de un propietario, y que el desempeño de éstos por parte del inculpado es sólo aparente".

El decomiso de bienes no puede ser asimilado a la figura del aseguramiento de los mismos. El primero tiene una temporalidad indeterminada y es de carácter definitivo, mientras que el aseguramiento solamente se realiza de manera temporal. Así lo reconoce el siguiente criterio jurisprudencial:

ASEGURAMIENTO DE BIENES PRODUCTO DEL DELITO, MEDIDAS PARA EL. NO ES CONFISCACION. La confiscación es una pena que priva de todos los bienes a las personas, pena que, conjuntamente con otros castigos como la mutilación, el destierro, las penas infamantes, etcétera, está prohibida por el artículo 22 de la Constitución. En este sentido, las medidas de aseguramiento previstas en los artículos 24 y 40 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal y 123 y 181 del Código Federal de Procedimientos Penales no constituyen un caso de confiscación, puesto que tales medidas no tienen por finalidad la privación de bienes, sino que establecen una indisponibilidad patrimonial limitada a los bienes producto del delito, de orden provisional, con el propósito de garantizar, entre otras cosas, la eventual aplicación de la pena de decomiso. Octava Epoca, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: 61, Enero de 1993, Tesis: P. XIII/93, página 63. El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el miércoles seis de enero en curso, por unanimidad de dieciocho votos de los señores ministros Presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, Ignacio Magaña Cárdenas, José Trinidad Lanz Cárdenas, Miguel Montes García, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, José Antonio Llanos Duarte, Victoria Adato Green, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez: aprobó, con el número XIII/93, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. Ausentes: Samuel Alba Leyva y Atanasio González Martínez. México, Distrito Federal, a doce de enero de mil novecientos noventa y tres.

Por su parte, el párrafo tercero del artículo 22 constitucional se refiere a una modalidad concreta de la confiscación relacionada con el abandono de bienes. Su segunda frase dispone que “La autoridad judicial resolverá que se apliquen a favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados”. Esta parte del artículo 22 constitucional se encuentra regulada a nivel legislativo a través de la *Ley Federal para la Administración de Bienes Asegurados, Decomisados y Abandonados*, expedida en el año de 1999.

La aplicación de bienes a favor del Estado que establece en párrafo tercero del artículo 22 constitucional no es, desde luego, una norma con un sentido muy garantista, ya que permite privar a una persona de un derecho patrimonial aún cuando no se le haya acreditado la comisión de un delito de los calificados como de delincuencia organizada. En efecto, la disposición aludida establece como requisito para la aplicación el que se hayan asegurado determinados bienes, que dicho aseguramiento haya sucedido dentro de una averiguación o proceso seguidos por delincuencia organizada y que dichas etapas procedimentales hayan concluido sin que exista un pronunciamiento sobre los mismos; es decir, no se requiere que exista una sentencia condenatoria que determine la responsabilidad penal del dueño o poseedor de los bienes, sino que es suficiente que hayan llegado a su final la averiguación previa o el proceso correspondiente. García Ramírez señala otra incongruencia de la disposición que se analiza: la misma se refiere no a la autoridad judicial que eventualmente haya conocido de un proceso seguido por delitos de delincuencia organizada, sino que habla de que “una” autoridad judicial podrá decretar la aplicación de bienes, de ahí que el mismo jurista señale que “En la oscuridad de estos textos –mal concebidos, mal expresados- se filtra la hipótesis de que una vez concluido un proceso se está permitiendo la apertura de otro, ante diversa autoridad judicial, para ventilar cuestiones que debieron resolverse en aquél; esto es, el nuevo juez enmienda la plana al anterior o subsana sus deficiencias”.

La última parte del párrafo tercero del artículo 22 constitucional que estamos analizando establece que “La resolución judicial se dictará previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe”. Esta disposición también presenta diversos problemas, pues deja sin determinar los supuestos en que se puede aplicar –generando de esa forma inseguridad jurídica y abriendo las puertas para una aplicación arbitraria por parte de las autoridades, pero además vuelve a vulnerar el principio de presunción de inocencia, en los mismos términos que ya fueron señalados al comentar el segundo párrafo del artículo 22 constitucional.

Respecto de la disposición que se acaba de transcribir es de nuevo Sergio García Ramírez quien ha hecho una exégesis más detallada y crítica; el distinguido jurista señala en referencia a la misma que “...la relación entre el sujeto sancionado y los bienes aplicados al Estado no se vincula —como en cualquier decomiso de carácter penal— con una conducta ilícita de éste que se hubiese proyectado sobre los bienes: a título de huellas, instrumentos, objeto o rendimientos. Basta con que el inculpado en la averiguación o en el proceso –contra el cual no se ejerció la acción ni se dictó sentencia condenatoria, por ser ajeno al delito por el que se investigaba o juzgaba, o porque el hecho mismo no existió- haya sido poseedor o propietario de los bienes, o se

hubiese conducido como tal. No se requiere que esa situación sea presente; puede ser remota: propiedad o posesión mucho tiempo atrás. Tampoco importa que sea legítima (lo cual sí interesa en el caso de los terceros de buena fe); puede tratarse de bienes adquiridos por herencia o con productos de un trabajo lícito. No tienen relevancia las características de la propiedad o de la posesión; puede tratarse de una posesión por breve tiempo, perfectamente justificada. Si nos atenemos a lo que dice la Constitución –y hay que hacerlo- basta con tan sumarios elementos para resolver la aplicación de bienes al Estado”. Por la profundidad y elocuencia de este párrafo es muy poco lo que se puede agregar. Lo cierto es que con disposiciones como la que se está comentando la Constitución mexicana se apunta a la lista de textos constitucionales anti-garantistas y permite la existencia de un subsistema penal (el de la delincuencia organizada) de excepción, lo que choca con cualquier visión de lo que debe ser el derecho penal en un Estado democrático.

IV. PENA DE MUERTE

La lucha contra la pena de muerte es uno de los temas más clásicos dentro del ámbito de los derechos humanos y, en general, del constitucionalismo contemporáneo. En el fondo, su erradicación en los países democráticos se inscribe en un proceso de más largos alcances que tiene por objeto la humanización del sistema penal en su conjunto y de las penas en particular.

La pena de muerte en México tiene raigambres muy antiguas: a) En el Derecho Azteca se aplicaba en relación a múltiples delitos. Las formas de ejecutarla eran crueles y salvajes; entre otras, se contemplaba: la incineración, la decapitación, la estrangulación, el descuartizamiento, el empalamiento, la lapidación, el garrote y el mochamiento de cabeza; b) Posteriormente, la pena de muerte se siguió aplicando de manera regular, ya que no existía ninguna limitación al respecto.

Cabe recordar que, a lo largo de la historia del derecho penal, la pena de muerte se ha aplicado de muchas formas, incluyendo las que se acaban de mencionar, con una crueldad muy difícil de entender e imposible de justificar. Su ejecución se ha producido por lapidación, por la hoguera, por desmembramiento, por enterramiento en vida, etcétera. Como señala Luigi Ferrajoli, “la fantasía humana no ha tenido límites ni frenos en inventar las formas más feroces de la pena de muerte y aplicarlas incluso a las infracciones más leves: como el hurto, el adulterio, la estafa, el falso testimonio, la falsificación de monedas, además de las innumerables formas de herejía, felonía, lesa majestad, traición y similares”.

1. *Antecedentes constitucionales limitativos de la pena de muerte*

El primer antecedente limitativo de la pena de muerte, en el ámbito constitucional, es el Voto particular de la minoría de la Comisión Constituyente de 1842. En este documento se establece como garantía la limitación de la aplicación de la pena de muerte y se condiciona su abolición a que se establezca, a la mayor brevedad, el régimen penitenciario; entre tanto, quedaba abolida para los delitos puramente políticos y no podría extenderse a otros casos diversos al del salteador, incendiario, parricida, y homicida con alevosía o premeditación. El Proyecto de Constitución de 1842 consigna un texto igual al del Voto antes señalado. En las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843, la referencia a la pena de muerte fue muy reducida: únicamente se

especificaba que al ejecutarla no se aplicaría ninguna otra especie de padecimientos físicos “que importen más que la simple privación de la vida”.

El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856 postula, primera-mente, que “Se establecerá a la mayor brevedad el régimen penitenciario”. Sin embargo, esta recomendación no hace referencia a la abolición de la pena de muerte (Art. 54). En artículo diverso se acota su aplicación al homicida con ventaja o con premeditación, al salteador, al incendiario, al parricida, al traidor a la independencia, al auxiliar de un enemigo extranjero, al que hace armas contra el orden establecido y por los delitos puramente militares que fija la ordenanza del Ejército. Se subraya, además, que en su imposición no se aplicará ninguna otra especie de sufrimientos físicos” (Art. 56). Nada se dice respecto de los delitos políticos. Por otra parte, se prescribe también, para dar mayor seguridad en la aplicación de penas graves, una regla de carácter procedimental que podría haberse dejado a la legislación secundaria: “Ni la pena de muerte, ni ninguna otra grave, pueden imponerse sino en virtud de pruebas que acrediten plenamente la criminalidad del acusado ni ejecutarse por sólo la sentencia del juez de primera instancia” (Art. 57).

El Proyecto de Constitución de 1856, en un texto muy similar al del Voto de la minoría del Congreso Constituyente de 1842, dispone: “Para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del Poder administrativo el establecer a la mayor brevedad el régimen penitenciario. Entre tanto, queda abolida para los delitos políticos y no podrá extenderse a otros casos más que al traidor a la patria, al salteador, al incendiario, al parricida y al homicida con alevosía, premeditación o ventaja” (Art. 33). La Constitución de 1857 toma el texto del Proyecto, salvo que, al mencionar al traidor a la patria, le agregó: “en guerra extranjera”, y al señalar al salteador especificó que fuese de caminos. Además, se adicionan “los delitos graves del orden militar y los de piratería que definiera la ley” (Art. 23). La reforma de 1901 al artículo 23 constitucional cancela la referencia al régimen penitenciario y consigna un texto sumamente similar al de la Constitución de 1857, con algunos cambios en la redacción.

El Proyecto de Constitución de 1916 comienza señalando: “Queda [...] prohibida la pena de muerte por delitos políticos”, y enseguida recoge el listado de delitos contenido en el texto de la Constitución de 1857, al cual agrega el de violación y suprime la especificación de “graves” de los delitos del orden militar.

El tema de la pena de muerte fue objeto de algunos debates en el Congreso Constituyente de 1916-1917. Para algunos diputados constituyentes era obvio que la pena de muerte no debía permitirse en el texto constitucional. Así por ejemplo, el diputado De los Ríos en una memorable intervención señaló que “En la conciencia de todos los hombres avanzados, en el criterio de todos los hombres liberales y rectos está ya escrita la abolición de la pena de muerte, por inútil y por injusta... la pena de muerte no se apoya en ningún derecho, no es sino una guerra declarada por la nación a un ciudadano... si las leyes son hechas para dulcificar las costumbres, si ese es su objeto, ¿cómo se va a pretender, señores, que se mate castigando al asesino?, ¿no es absurdo pensar que se pueda ordenar una muerte pública para prohibir a los ciudadanos el asesinato?, ¿qué se debe pensar mirando a los sabios magistrados, a los ministros encargados de la justicia mandar a la muerte a un reo con indiferencia, con tranquilidad, con ceremonia?”. Al diputado Cravioto le preocupaba que la pena de muerte su pudiera imponer también a los culpables del delito de violación y que se extendiera a menores de edad y mujeres. El diputado Heriberto Jara sostuvo que “cuando en un país se echa mano a la pena de muerte con mayor frecuencia, cuando se suceden casi a diario las ejecuciones, eso indica debilidad, porque no se cuenta con otro remedio que pri-

var de la vida al que delinquiró”. Finalmente, el artículo 22 fue objeto de dos votaciones; en la primera para aprobar el texto en los términos en que se encuentra actualmente (salvo las reformas que se han sucedido con posterioridad a 1917, como es obvio) y otra con la propuesta de incluir el delito de violación como conducta sancionable también con pena de muerte. La primera su aprobada por 110 votos a favor y 71 en contra. La segunda fue derrotada por 119 votos en contra y 58 a favor.

2. Códigos penales

A) El primer Código penal en México, después de la Independencia, es el de Veracruz, de 1835. Este ordenamiento reguló la pena de muerte de manera muy detallada en cuanto a las reglas que debían observarse antes, durante y después de la ejecución. Por ejemplo, se prescribe: a) la forma, la hora de la notificación y hasta el trato de conmiseración que deberá dársele al reo después de la notificación; b) que el condenado será pasado por las armas o le será dado garrote; c) que a la mujer embarazada no se le aplicará la pena de muerte sino hasta pasados cuarenta días después del parto; d) que la ejecución será siempre pública, subrayándose que deberá llevarse a cabo entre once y doce de la mañana y nunca en domingo o día feriado. En la segunda parte o Parte Especial del Código se determinaban los delitos que merecían la pena capital, los cuales eran bastantes y muy variados.

B) El primer Código Penal federal, de 1871, prevé la pena de muerte no obstante que los integrantes de la Comisión redactora manifestaron, en todo momento y de manera decidida, su idea de abolir esta pena que consideraban ilegítima, injusta e innecesaria; pero, por otro lado, advertían la carencia de penitenciarias seguras que garantizaran la no evasión de los presos. Ante esta realidad, postergaron para más adelante su abolición y, mientras tanto, recomendaron atender de manera urgente la instauración de un sistema penitenciario seguro.

Con ideas humanitarias se estipuló en la normatividad penal, entre otros puntos sobresalientes: a) que la pena de muerte quedara reducida a la simple privación de la vida, sin aumentar los padecimientos del reo; b) que no se aplicara ni a mujeres ni a varones que hubieren cumplido setenta años; c) que, en casos específicos, se pudiera sustituir por prisión ordinaria de veinte años de duración; d) que no se ejecutara en público, y que no hubiera más testigos que los necesarios, de acuerdo con la ley; e) que al condenado se le proporcionaran los auxilios espirituales, etcétera.

La pena de muerte se imponía en numerosos delitos graves, entre ellos: a) el homicidio premeditado o con alevosía o con traición, o cometido en otras circunstancias que podrían encuadrar en las calificativas anotadas, como el caso de matar o herir al adversario en un duelo estando éste caído, desarmado o no pueda defenderse; b) el parricidio intencional; c) casi todos los delitos contra la seguridad exterior y algunos contra la seguridad interior de la nación; d) delitos contra el derecho de gentes; e) el robo en camino público y a pasajeros de tren.

C) El Código Penal de 1929, en virtud de la ideología positivista que lo orientó, abolió en sus textos la pena de muerte. En la Exposición de Motivos se destacaba que la pena “debe perder todo significado expiatorio, retributivo y doloroso y significar para el infractor una educación para la vida social”.

D) El Código Penal de 1931 tampoco reguló la pena de muerte, sus redactores siempre se mostraron contrarios a esta salvaje pena.

E) El Código de Justicia Militar sí le dio cabida a la pena de muerte, especialmente en cuanto a delitos graves que atentaran contra la seguridad nacional y contra el orden militar, como: traición a la patria, espionaje, rebelión, asonada, desertión y algunos más que se cometan en situación de guerra. Se disponía en este ordenamiento que “la pena de muerte no debería ser agravada con circunstancia alguna que aumente los padecimientos del reo, antes o en el acto de realizarse la ejecución”. Se contemplaba, en casos muy especiales, la posibilidad de conmutación por prisión extraordinaria.

En la actualidad, es noticia trascendente que en el Código de Justicia Militar ya se abolió la pena de muerte (como se precisará más adelante).

3. *El debate*

El debate sobre la pena de muerte fácticamente está vivo, pero racionalmente está muerto. Múltiples juristas han manifestado, enfáticamente, que la polémica está agotada, pues ya todo está dicho por los abolicionistas y por los retencionistas, de tal forma que, cuando se vuelve a la controversia, los discursos se reiteran sin que se agregue nada nuevo. Desde el siglo XVIII, Beccaria tachó esta pena de inútil e innecesaria. Es contraria a los fines de la pena, salvo que se quiera llegar al obscuro rincón de las teorías absolutas. Grandes pensadores: filósofos, historiadores, sociólogos, criminólogos y juristas de gran envergadura han opinado sobre la pena de muerte.

Don Antonio Beristain, criminólogo de fama mundial, ha manifestado que la pena de muerte es injusta, maniquea, no democrática, perjudicial, criminógena, superflua e irreparable. Es respuesta arbitraria y caprichosa: “Quien admite esta sanción pone una gota de veneno en el vaso que contiene las normas de convivencia”.

El argumento más socorrido por el pensamiento retencionista es la ejemplaridad de esta pena, que disuade e inhibe. Al respecto, Beccaria, sabiamente, postuló: “No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos sino la infalibilidad de ellas”.

Abundantes y muy variados son los razonamientos que reprueban la pena de muerte. Entre otros: La pena de muerte es

- Éticamente reprochable;
- Contraria a los fines que deben tener las penas en un Estado de derecho, ya que no es compatible ni con los fines de prevención general ni con los de prevención especial;
- Es irreversible e irreparable, con lo cual causa un daño que no toma en cuenta el dato esencial de la falibilidad de la administración de justicia (como de todo lo humano);
- Es un acto de venganza propio de las sociedades pre-modernas;
- Constituye una sanción también para los familiares;
- No respeta la máxima kantiana según la cual toda persona debe ser tratada como un fin en sí misma y nunca como un medio para lograr cualquier tipo de objetivo; la imposición de la pena de muerte busca lograr objetivos que van más allá de la propia persona sentenciada.

— Atenta contra los postulados de los derechos humanos, específicamente el derecho a la vida.

— Es injusta, cruel, inhumana e inflexible.

En resumen, en un Estado democrático de derecho, el Estado no puede estar legitimado para matar.

4. *Instrumentos internacionales*

En el orden internacional contemporáneo la pena de muerte es sumamente repudiada y combatida; sin embargo, es aceptada en determinadas circunstancias, muy reducidas, como es el caso de delitos graves de carácter militar. Es manifiesto que en el Derecho Internacional la pena de muerte paulatinamente se ha ido limitando con “requisitos estrictos”; no obstante, su abolición definitiva sigue siendo de la competencia de los Estados, cuya facultad punitiva se restringe poco a poco en cuanto se afecten derechos humanos: la pena de muerte constituye una excepción al derecho a la vida entendido como un derecho inherente a todo ser humano.

Los más importantes documentos internacionales referentes a esta pena son los siguientes:

A) La Declaración Universal de los Derechos Humanos. En ella no se proscribe la pena de muerte, pero se proclama de manera firme que “Todo individuo tiene derecho a la vida” (Art. 3°). Condena las torturas y las penas o tratos crueles inhumanos o degradantes, sin hacer alusión a la pena de muerte; no obstante, la tortura y los tratos prohibidos en ese texto, de alguna forma están presentes en la pena de muerte, que es la pena más inhumana y cruel.

B) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este es el primer instrumento internacional que, además de consagrar el derecho a la vida, se muestra decididamente en contra de la pena de muerte y prescribe, en relación a los países que no la hayan abolido, requisitos muy concretos relativos a su aplicación. En el artículo 6 prevé:

“1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

“2. En los países que no hayan abolido la pena capital, sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con las leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de tribunal competente.

“3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio, se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

“4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital, podrán ser concedidos en todos los casos.

“5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas menores de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

“6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto, para demorar o impedir la abolición de la pena capital”.

C) El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos destinado a Abolir la Pena de Muerte (adoptado por la Asamblea General de la ONU el 15 de diciembre de 1989), desde su Preámbulo estipula como principios que “la abolición de la pena de muerte contribuye a elevar la dignidad humana y a desarrollar progresivamente los derechos humanos”; asimismo anota que “todas las medidas de abolición de la pena de muerte deberán ser consideradas un adelanto en el goce del derecho a la vida”.

En su articulado postula que “no se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo” (Art. 1.1). También consigna: “Cada uno de los Estados Partes adoptará todas las medidas necesarias para abolir la pena de muerte en su jurisdicción” (Art. 1.2). A pesar de sus firmes decisiones contra la pena de muerte admite que previa reserva en el momento de la ratificación o adhesión, los Estados Partes podrían aplicar la pena capital cuando se trate de delitos sumamente graves de carácter militar cometidos en tiempo de guerra (Art. 2.1). Este Protocolo no ha sido ratificado por México.

D) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969), ratificada por México el 24 de marzo de 1981, establece diversos principios, de especial relevancia, concernientes a la pena de muerte, no sin antes destacar el derecho a la vida que tiene toda persona. Tales principios se concentran en el artículo 4 que textualmente dispone:

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

“2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

“3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

“4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

“5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

“6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente”.

Se ha dicho que las disposiciones contenidas en este artículo han sido, durante muchos años, las más progresistas en cuanto a las limitaciones de la pena de muerte.

E) El segundo Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (adoptado en Asunción de Paraguay el 8 de junio de 1990 y en vigor a partir del 28 de agosto de 1991), es un instrumento sumamente corto: se integra con un Preámbulo y cuatro artículos breves, pero contundentes. Sus textos son muy similares a los contenidos en el Segundo Protocolo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que también está destinado a la abolición de la pena de muerte.

Su Preámbulo es especialmente significativo por cuanto al respeto a la vida humana y al repudio de la pena de muerte. En él se consagran, entre otros principios: a) “Que toda persona tiene el derecho inalienable a que se le respete su vida sin que ese derecho pueda ser suspendido por ninguna causa”; b) “Que la aplicación de la pena de muerte produce consecuencias irreparables que impiden subsanar el error judicial y eliminar toda posibilidad de enmienda y rehabilitación del procesado”, y c) “Que la abolición de la pena de muerte contribuye a asegurar una protección más efectiva del derecho a la vida”. En cuanto al articulado, el 1o. prohíbe, de manera definitiva, la pena capital, al decir: “Los Estados Partes [...] no aplicarán en su territorio la pena de muerte sometida a su jurisdicción”. El 2.1 puntualiza: “No se admitirá ninguna reserva al presente Protocolo”, pero enseguida establece que sí se puede presentar reserva en el momento de la ratificación o en la adhesión, para “aplicar la pena de muerte en tiempo de guerra conforme al Derecho Internacional por delitos sumamente graves del orden militar”. México no ha ratificado este Protocolo.

F) Otros Instrumentos Internacionales que en forma menos destacada contienen algunas reglas referentes a la pena de muerte: a) Los Convenios de Ginebra de 1949 (III y IV), ratificados por México el 29 de octubre de 1952 y en vigor a partir del 29 de abril de 1953, no obstante haberse rechazado la propuesta del Comité Internacional de la Cruz Roja de abolir la pena de muerte o al menos restringirla, contienen algunas consideraciones sobre la pena de muerte respecto de los prisioneros de guerra (Arts. 100 y 101, en relación con otros del propio Convenio) y de las personas civiles en territorios ocupados (Convenio IV, Art. 68). Relacionados con los Convenios, están los Protocolos Adicionales I y II (adoptados el 8 de junio de 1977 y en vigor a partir del 7 de diciembre de 1978), de los cuales México sólo ratificó el primero el 10 de marzo de 1983, mismo que entró en vigor el 10 de septiembre de 1983. Con las disposiciones contenidas en estos Convenios se pretende reducir la aplicación de la pena de muerte en tiempo de conflicto armado y regular algunos aspectos que rodean esta pena.

b) En el plano europeo (regional), el Convenio Europeo (28 de abril de 1983, en vigor a partir del 1o. de marzo de 1985) tiene como objetivo abolir la pena de muerte en tiempos de paz y, contrariamente, permitir la pena de muerte en relación con actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra y sentar algunos lineamientos.

c) El Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma), adoptado en la Conferencia Internacional celebrada en Roma el 17 de julio de 1998, fue firmado por México el 7 de septiembre de 2000. Dicho Estatuto, haciendo eco de las aspiraciones humanitarias que orientan al Derecho Internacional, no consigna la pena de muerte y prevé como sanción más grave la de cadena perpetua (Art. 77). Este Instrumento tan importante se firmó *ad referendum*, pues se consideró que era necesario realizar algunas modificaciones al marco jurídico nacional, primordial-

mente al artículo 21 constitucional. El 20 de junio de 2005 se publicó en el D.O.F el Decreto que adiciona un párrafo al artículo 21 constitucional en el cual se postula: “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”. Dado este paso, el 21 de junio del mismo año, el Senado aprobó la ratificación del Estatuto de Roma.

5. Situación actual de la pena de muerte en México y en el mundo

En México ninguna entidad federativa contempla la pena de muerte en sus ordenamientos penales. Tampoco está vigente en los códigos penales de la Federación y del Distrito Federal.

Por cuanto hace al artículo 22 constitucional, podemos desprender las siguientes prohibiciones:

— Se prohíbe expresamente la instauración por vía legislativa de la pena de muerte para delitos políticos.

— Se prohíbe implícitamente al legislador instaurar la pena de muerte para delitos distintos de los enumerados en el propio artículo 22.

— Se prohíbe expresamente al juzgador (haciendo una interpretación armónica de los artículos 22 y 133 última parte) aplicar la pena de muerte que el legislador, violando la prohibición del artículo 22, haya instaurado en relación con los delitos políticos;

- Se prohíbe expresamente al juzgador aplicar la pena de muerte que el legislador, violando la prohibición del artículo 22, haya instaurado en relación con delitos distintos a los mencionados por ese precepto.

— Se prohíbe expresamente al órgano encargado de realizar la ejecución cumplir con la condena de pena muerte por algún delito político.

— Se prohíbe expresamente al órgano encargado de realizar la ejecución cumplir con la condena de pena muerte por algún delito distinto a los previstos en el artículo 22 constitucional.

El Código de Justicia Militar, era el único cuerpo legal que conservaba la pena de muerte; sin embargo, esta pena realmente no se aplicaba, pues el Presidente de la República, a partir de los años sesentas, siempre concedía el beneficio de conmutarla por la pena de prisión extraordinaria de veinte años. La última ejecución, fundamentada en este ordenamiento, se llevó a cabo el 9 de agosto de 1961. Con estos antecedentes y con el deseo de que la legislación castrense esté acorde a los más avanzados postulados de derechos humanos nacionales e internacionales, el 21 de abril de 2005 se formuló un decreto que reforma y deroga diversas disposiciones del Código de Justicia Militar, con lo cual se “suprimió la pena de muerte del sistema de sanciones que rige en la jurisdicción penal militar” y se sustituyó por la pena de prisión de 30 a 60 años. El 29 de junio de 2005 se publicó en el D.O.F. el decreto antes señalado, mismo que señala que su entrada en vigor será el 30 del mismo mes y año.

Por lo que respecta a la Constitución, la situación es la siguiente: El 5 de mayo de 2004 el Ejecutivo Federal presentó ante el Senado una iniciativa con proyecto de decreto que reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relacionados con derecho humanos, entre ellos los artículos 14 y 22, en donde se propone abolir de manera defini-

tiva y total, sin excepciones, la pena de muerte. En el artículo 14 se suprime, en el segundo párrafo, la referencia a que “nadie puede ser privado de la vida”. En el artículo 22 se reforma el primer párrafo y se deroga el cuarto párrafo para quedar como sigue: Artículo 22. “Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales”.

El Decreto de reforma ya fue aprobado por el Senado y pasó a la Cámara de Diputados. Enhorabuena que se terminen las discusiones y se dé el gran paso hacia el respeto pleno del derecho a la vida, que es inherente a todo ser humano.

B) En el mundo (de acuerdo a datos tomados de diversos documentos sobre la pena de muerte de Amnistía Internacional, actualizados a octubre de 2005)¹. 1. Hasta el mes de octubre de 2005, 86 países han abolido la pena de muerte en relación a todos los delitos y, de ellos, al menos en 42 la han prohibido en sus constituciones. En 11 países se ha abolido para todos los delitos, con excepción de los cometidos en tiempo de guerra. 2. Veinticuatro países son abolicionistas de hecho, pues no obstante que la mantienen en su legislación, al menos en 10 años no se ha llevado a cabo ninguna ejecución. 3. En 76 países y territorios sigue vigente la pena de muerte. 4. En el año 2004 fueron ejecutadas al menos 3.797 personas en 25 países, y al menos 7.395 personas fueron condenadas a muerte en 64 países.

A continuación ofrecemos un cuadro sinóptico que detalla una parte de la información anterior:

DERECHO COMPARADO
PROHIBICIONES CONSTITUCIONALES DE LA PENA DE MUERTE
CONSTITUCIONES QUE PROHÍBEN LA PENA DE MUERTE*

<i>País</i>	<i>Título de la Constitución</i>	<i>Texto</i>
ALEMANIA	Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949)	El artículo 102 afirma: <<La pena de muerte queda abolida>>.
ANDORRA	Constitución del Principado de Andorra (1993)	El artículo 8.3 afirma: <<La pena de muerte está prohibida>>. El artículo 8 está incluido en el Título II, <<De los derechos y libertades>>.
ANGOLA	Ley Constitucional de la República de Angola (1992)	El artículo 22 afirma: <<1. El Estado respetará y protegerá la vida de la persona. 2. Se prohíbe la pena de muerte>>.
AUSTRIA	Ley Federal Constitucional de la República de Austria (1920, según reforma de 1968)	El artículo 85 afirma: <<La pena de muerte queda abolida>>

¹ Se encuentran en www.amnistiainternacional.org (consultada el 17 de octubre de 2005).

* Tomado del documento “Prohibiciones Constitucionales de la pena de muerte”, *Amnistía Internacional* (5 de abril de 2005).

<i>País</i>	<i>Título de la Constitución</i>	<i>Texto</i>
BÉLGICA	Constitución Coordinada de Bélgica (1994, según reforma de 2005)	El artículo 14 bis afirma: <<La pena de muerte queda abolida>>. El artículo 14 bis está incluido en el Título II, <<Los belgas y sus derechos>>.
CABO VERDE	Constitución de la República de Cabo Verde (1992)	El artículo 26.2 afirma: <<Nadie será sometido a tortura ni a trato o pena cruel, degradante o inhumano, y no habrá pena de muerte en ninguna circunstancia>>.
CAMBOYA	Constitución del Reino de Camboya (1993)	El artículo 32 establece: <<Todas las personas tienen derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal. No habrá pena capital>>.
COLOMBIA	Constitución Política de Colombia (1991)	El artículo 11 afirma: <<El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte>>.
COSTA RICA	Constitución Política de la República de Costa Rica (1949)	El artículo 21 afirma: <<La vida humana es inviolable>>. El artículo 21 está incluido en el Título IV, <<Derechos y garantías individuales>>.
CROACIA	Constitución de la República de Croacia (1990)	El artículo 21 afirma:<<Todos los seres humanos tendrán derecho a la vida. En la República de Croacia no habrá pena de muerte>>.
ESLOVENIA	Constitución de la República de Eslovenia (1991)	El artículo 17 afirma: <<La vida humana es inviolable. No habrá pena de muerte en Eslovenia>>.
FINLANDIA	Ley Constitucional de Finlandia (1919, según reforma de 1995)	El artículo 6 afirma en parte: <<Todo individuo tiene derecho a la vida y a la libertad personal, a la integridad física y a la seguridad de su persona. Nadie será condenado a la pena de muerte, torturado ni sometido a ningún otro trato degradante>>.
GUINEA-BISSAU	Constitución de la República de Guinea-Bissau (1984)	El artículo 36.1 afirma: <<En la República de Guinea-Bissau no habrá pena de muerte en ninguna circunstancia>>. El artículo 36 se incluye en el Título II, <<Derechos, libertades garantías y deberes fundamentales>>.
HAITÍ	Constitución de la República de Haití (1987)	El artículo 20 afirma: <<Se deroga la pena de muerte para todos los delitos>>. El artículo 20 está incluido en el Título III, <<Derechos y deberes básicos de los ciudadanos>>.
HONDURAS	Constitución de la República de Honduras (1982)	El artículo 66 afirma: <<Se prohíbe la pena de muerte>>. El artículo 66 está incluido en el Título III, <<De las declaraciones, derechos y garantías>>.

<i>País</i>	<i>Título de la Constitución</i>	<i>Texto</i>
IRLANDA	Constitución de la República de Irlanda (1937, según reforma)	El artículo 15.5.2 afirma: <<El Oireachtas [Parlamento Nacional] no promulgará ninguna ley que disponga la imposición de la pena de muerte>>.
ISLANDIA	Constitución de la República de Islandia (1944, según reforma de 1995)	El artículo 69 afirma en parte: <<No debe promulgarse nunca una ley que disponga la pena de muerte>>. El artículo 69 está incluido en la Sección VII, que se ocupa de los derechos humanos.
ISLAS MARSHALL	Constitución de la República de las Islas Marshall (1979)	La Sección 6.1 afirma: <<Ningún delito contra la ley de la República de las Islas Marshall se castigará con la muerte>>. La Sección 6 se titula: <<Castigo cruel y excepcional>>.
LUXEMBURGO	Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo, del 17 de octubre de 1868 (según reforma del 29 de abril de 1999)	El artículo 18 afirma: <<La pena de muerte no podrá instaurarse>>. El artículo 18 está incluido en el Capítulo II, titulado <<El pueblo de Luxemburgo y sus derechos>>.
MACEDONIA (ex República de Yugoslavia)	Constitución de la República de Macedonia (1991)	El artículo 10 afirma: <<La vida humana es inviolable. La pena de muerte no podrá imponerse en la República de Macedonia por ningún motivo>>.
MICRONESIA (Estados Federados)	Constitución de los Estados Federados de Micronesia (1980)	El artículo IV, sección 9, afirma: <<Se prohíbe la pena capital>>. El artículo IV se titula <<Declaración de derechos>>.
MÓNACO	Constitución del Principado de Mónaco (1962)	El artículo 20 afirma en parte: <<La pena de muerte queda abolida>>. El artículo 20 está incluido en el Título III, <<Libertades y derechos fundamentales>>.
MOZAMBIQUE	Constitución de la República de Mozambique (1990)	El artículo 70 afirma: <<1. Todos los ciudadanos tienen derecho a la vida. Todos tienen derecho a la integridad física y no pueden ser sometidos a tortura ni a trato cruel o inhumano. 2. En la República de Mozambique no habrá pena de muerte>>.
NAMIBIA	Constitución de la República de Namibia (1990)	El artículo 6 afirma: <<Se respetará y protegerá el derecho a la vida. Ninguna ley puede prescribir la muerte como pena adecuada. Ninguna corte o tribunal estará facultado para imponer la pena de muerte a ninguna persona. No se llevará a cabo ninguna ejecución en Namibia>>.

<i>País</i>	<i>Título de la Constitución</i>	<i>Texto</i>
NEPAL	Constitución del Reino de Nepal (1990)	El artículo 12.1 afirma: <<(1) ...no se promulgará ninguna ley que prescriba la pena capital>>. El artículo 12 está incluido en la Parte 3, <<Derechos fundamentales>>.
NICARAGUA	Constitución Política de la República de Nicaragua (1987)	El artículo 23 afirma: <<El derecho a la vida es inviolable e inherente a la persona humana. En Nicaragua no hay pena de muerte>>.
PAÍSES BAJOS	Constitución del Reino de los Países Bajos (1983)	El artículo 114 afirma: <<No podrá imponerse la pena capital>>.
PANAMÁ	Constitución de la República de Panamá (1972)	El artículo 30 afirma: <<No hay pena de muerte [...]>>. El artículo 30 está incluido en el Título III, <<Derechos y deberes individuales y sociales>>.
PARAGUAY	Constitución de la República de Paraguay (1992)	El artículo 4, <<Del derecho a la vida>> afirma en parte: <<Queda abolida la pena de muerte>>.
PORTUGAL	Constitución de la República Portuguesa (1976)	El artículo 24 afirma: <<1. La vida humana es inviolable. 2. En ningún caso se aplicará la pena de muerte>>.
REPÚBLICA CHECA	Carta de Derechos y Libertades Fundamentales (1992)	El artículo 6, que se ocupa del derecho a la vida, afirma: <<... (3) La pena de muerte será inadmisibles>>.
REPÚBLICA DOMINICANA	Constitución de la República Dominicana (1966)	El artículo 8.1 se refiere a <<la inviolabilidad de la vida>> y afirma: <<En consecuencia no podrá establecerse, pronunciarse ni aplicarse en ningún caso la pena de muerte, ni las torturas ni ninguna otra pena o procedimiento vejatorio o que implique la pérdida o disminución de la integridad física o de la salud del individuo>>.
REPÚBLICA ESLOVACA	Constitución de la República Eslovaca del 3 de septiembre de 1992	El artículo 15, que trata del derecho a la vida, afirma: <<... (3) La pena de muerte es inadmisibles>>.
RUMANIA	Constitución de Rumania (1991)	El artículo 22.3 afirma: <<se prohíbe la pena capital>>. El artículo 22 se titula <<El derecho a la vida y al bienestar físico y mental>>.
SANTO TOMÉ Y PRÍNCIPE	Constitución de la República Democrática de Santo Tomé y Príncipe (1990)	El artículo 21, <<El derecho a la vida>>, afirma: <<1. La vida humana es inviolable. 2. En ningún caso habrá pena de muerte>>.

<i>País</i>	<i>Título de la Constitución</i>	<i>Texto</i>
SEYCHELLES	Constitución de la República de Seychelles (1993)	El artículo 15, que se ocupa del derecho a la vida, afirma en parte: <<(2) Ninguna ley dispondrá que la pena de muerte pueda ser dictada por un tribunal>>.
SUECIA	Instrumento de Gobierno (1975)	El artículo 4 afirma: <<No habrá pena capital>>. El artículo 4 está incluido en el Capítulo 2, <<Derechos y libertades fundamentales>>.
TURQUÍA	Constitución de la República de Turquía (1982, según reforma de en 1992)	El artículo 38 afirma: <<No se aplicará a nadie la pena de muerte>>. El artículo 38 está incluido en el Capítulo II, <<Derechos y deberes del individuo>>.
TURKMENISTÁN	Constitución de la República de Turkmenistán (1992, según reforma)	El artículo 20 afirma: <<La pena de muerte queda totalmente abolida y prohibida para siempre por el primer presidente de Turkmenistán, el Gran Saparmurat Turkmenbashi>>. El artículo 20 está incluido en la Sección II, <<Derechos fundamentales, libertades y deberes del hombre y ciudadano>>.
URUGUAY	Constitución de la República Oriental del Uruguay (1966)	El artículo 26 afirma en parte: <<A nadie se le aplicará la pena de muerte>>. El artículo 26 está incluido en la Sección II, <<Derechos, deberes y garantías>>.
VENEZUELA	Constitución de la República de Venezuela (1961)	El artículo 43 afirma: <<El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla>>.

CONSTITUCIONES QUE RESTRINGEN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE PENA DE MUERTE*

<i>País</i>	<i>Título de la Constitución</i>	<i>Texto</i>
ARGENTINA	Constitución de la Nación Argentina (1994)	El artículo 18 afirma en parte: <<Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes>>.
BRASIL	Constitución de la República Federativa de Brasil (1988)	El artículo 5, XLVII, afirma en parte: <<No habrá pena de: a) muerte, salvo en los casos de guerra declarada, según se define en el artículo 84, XIX>>. El artículo 5, XLVII está incluido en el Título II, <<Derechos y garantías fundamentales>>.

* Tomado del documento “Prohibiciones Constitucionales de la pena de muerte”, *Amnistía Internacional* (5 de abril de 2005).

<i>País</i>	<i>Título de la Constitución</i>	<i>Texto</i>
EL SALVADOR	Constitución Política de la República de El Salvador (1983)	El artículo 27 afirma en parte: <<Sólo podrá imponerse la pena de muerte en los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional>>. El artículo 27 está incluido en el Título II, <<Los derechos y garantías fundamentales de la persona>>.
MÉXICO	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917)	El artículo 22 prohíbe la tortura y penas crueles específicas, y afirma: <<Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiaro, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar>>.
PERÚ	Constitución Política del Perú (1993)	El artículo 140 afirma: <<La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de Traición a la Patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada>>.

V. OTROS RASGOS CONSTITUCIONALES DEL SISTEMA DE PENAS:
 RESERVA DE LEY, TAXATIVIDAD Y PROPORCIONALIDAD

En las páginas anteriores se han realizado algunas reflexiones, tomando como base el artículo 22 constitucional, sobre las penas que están prohibidas en México, poniendo un especial énfasis en la prohibición de la pena de muerte, que desde nuestro punto de vista es inaceptable de acuerdo a los argumentos que ya hemos planteado. Pero el régimen constitucional de las penas privativas de la libertad en México nos permite abordar también algunos otros aspectos, entre los cuales queremos destacar los de la reserva de ley, taxatividad y proporcionalidad. A su estudio dedicamos los siguientes apartados.

Antes de pasar a ellos, sin embargo, debe apuntarse que la Constitución de cualquier país democrático debe estar orientada a la defensa de los valores más importantes de la persona, tomando como base su irrenunciable dignidad. Esta idea no es muy reciente ya que se encontraba en el pensamiento ilustrado sobre la limitación del poder punitivo del Estado. Dicha limitación, con el tiempo, sería una de las grandes funciones de las Constituciones.

Las primeras corrientes del pensamiento en favor de los derechos humanos estuvieron enfocadas justamente a racionalizar y limitar el poder punitivo del Estado. Tales doctrinas, desarrolladas en la segunda mitad del siglo XVIII, eran consecuencia, en buena medida, de la tendencia más general a la secularización del Estado y a la separación entre el poder religioso y el poder político. Se trataba de separar con nitidez el campo del delito del que correspondía al pecado, de

distinguir entre la pena y la penitencia, que durante la Edad Media habían caminado frecuentemente de la mano. Luis Prieto resume en un párrafo brillante el proceso evolutivo del derecho penal como consecuencia de la secularización:

Esa secularización supone, como es obvio, una propuesta en favor de la destipificación de los delitos religiosos, pero, más allá, supone también una nueva concepción del Derecho penal y procesal, que alcanza de forma global a todos sus aspectos desde una perspectiva utilitaria. De entrada, el objeto del ordenamiento penal ya no puede ser la expiación del pecado o la cura de la enfermedad moral que revela el crimen, sino la tutela del derecho ajeno mediante la represión de las conductas externas lesivas de tales derechos; sólo los actos externos que atenten contra otras personas o contra la sociedad, no los pensamientos ni los meros vicios morales, pueden ser objeto de represión, pues a ello se reducen las exigencias de utilidad social. La pena ha de ser asimismo útil para la prevención del delito, proporcional al mismo y sólo con el grado de severidad imprescindible para conseguir sus fines. La tipificación de los delitos y de las penas ha de corresponder, a su vez, a leyes simples, claras, taxativas e irretroactivas, de manera que su aplicación garantice la máxima certeza posible, eliminando la discrecionalidad circunstancial tanto del juez como del soberano. Finalmente, el proceso ha de abandonar el modelo inquisitivo dominado por el secreto y la prueba legal, y donde el juez aparece como un enemigo del inculpado, para acoger el modelo acusatorio e informativo, basado en la imparcialidad del juez, en la publicidad y contradicción entre las partes, en la libre convicción judicial a partir de un material probatorio acumulado bajo los principios de presunción de inocencia y de igualdad entre acusación y defensa.²

1. *Reserva de ley*

El principio de legalidad en materia penal, que tiene como una de sus consecuencias a la reserva de ley, surge en el ámbito del pensamiento iluminístico-liberal, cuando se piensa que para salvaguardar adecuadamente la libertad de los ciudadanos se tenía que reservar a los órganos legislativos el poder para emanar disposiciones penales.³ Aunque ya existía en algunos textos normativos anteriores, no es hasta el siglo XVIII cuando se universaliza y comienza a concebirse como un verdadero derecho individual.⁴

En el mismo sentido de lo que defiende J.J. Rousseau en *El contrato social*, el Marqués de Beccaria en su famoso ensayo *De los Delitos y de las Penas* sostenía que “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún Magistrado (que es parte de ella) puede, con justicia, decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma Sociedad”.⁵

En general, la reserva de ley puede entenderse como la remisión que hace normalmente la Constitución y de forma excepcional la ley, para que sea justamente una ley y no otra norma jurídica la que regule una determinada materia. En otras palabras, se está frente a una reserva de ley

² “Notas sobre el origen y la evolución de los derechos humanos” en López García, José Antonio y Del Real, J. Alberto (editores), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 43.

³ Sobre las motivaciones originales del principio de legalidad *vid.* Jesch, Dietrich, *Ley y administración*, Madrid, 1978 y Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, 1976, pp. 465 y ss, especialmente p. 468.

⁴ Jiménez de Asua, Luis, *Tratado de derecho penal*, tomo II, 4a. edic., Buenos Aires, 1964, p. 387.

⁵ Traducción de Las Casas (1774), reimpr., Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 14.

cuando, por voluntad del constituyente o por decisión del legislador, tiene que ser una ley en sentido formal la que regule un sector concreto del ordenamiento jurídico.

La reserva de ley, siempre que se trate de un Estado que cuente con una Constitución rígida, presenta dos aspectos: por una parte prohíbe la intervención, en las materias reservadas, de fuentes subordinadas a la ley o sublegislativas; por otra, y tal como se explica enseguida, prohíbe en ciertos casos al legislador reenviar la disciplina de esas materias a otras fuentes distintas a la ley.

Si la reserva de ley es establecida precisamente por una ley o norma de rango legal su efecto será provocar la ilegalidad -y en México, por vía de consecuencia inmediata, la inconstitucionalidad- de los reglamentos o de cualquier otra norma sublegislativa que entre a regular esa materia. Dichas normas inferiores adolecerían de un “vicio de competencia”. Sin embargo, si la reserva de ley es establecida por la Constitución, el efecto será también el de la imposibilidad de los reglamentos, pero en este caso, además, el poder legislativo no podrá prever o autorizar a los poderes reglamentarios del ejecutivo para regular dicha materia, sino que tendrá que hacerlo por sí mismo: cuando la Constitución dispone que sea el poder legislativo el que regule una cierta materia, se entiende que dicha regulación tiene que ser “efectiva”, es decir, completa, suficiente y no puede servir como excusa para trasladar una facultad del legislativo a otros órganos.

Las normas que contienen reservas de ley son una variante de las llamadas “normas sobre la producción jurídica”, ya que no se refieren de forma directa a la regulación de la conducta humana sino que tienen por objeto otras normas. Por lo anterior, los destinatarios principales de las reservas de ley son los órganos que producen el derecho, que lo crean, y no aquellos encargados de su aplicación; igualmente, las reservas son también normas sobre la competencia en tanto la misma técnica de la reserva de ley consiste en una distribución -o asignación- de las potestades normativas: las normas que prevén las reservas de ley autorizan a un órgano determinado (en este caso el poder legislativo) para dictar normas en una materia concreta.

En la actualidad la reserva de ley cumple una doble función: por un lado una función de carácter liberal o garantista, y por otro, una función democrática.

A) La función liberal o garantista consiste en que, a través de la reserva se tutelan los derechos de los ciudadanos contra las intromisiones del poder ejecutivo. Los ciudadanos solamente pueden ver restringida su libertad por virtud de una “ley”, no por actos del ejecutivo que no tengan sustento legal. Por eso se ha dicho que todo lo referido a los derechos fundamentales se encuentra sujeto a reserva de ley.

B) La función democrática tiene que ver con que, en virtud de la reserva, se reconduce la regulación de ciertas materias al dominio del poder legislativo, el cual es representativo de las mayorías -como el ejecutivo- pero también de las minorías políticas de un Estado. En palabras de Manuel Aragón, “Entendida la democracia como democracia pluralista, el Parlamento como órgano de representación de todo el pueblo y el gobierno sólo como órgano de representación de la mayoría, la reserva a la ley de determinadas materias no significa sólo la reserva al órgano más (directamente) democrático, sino también al órgano que por contener la representación de la pluralidad de opciones políticas permite que todas ellas (y no sólo la opción mayoritaria) participen en la elaboración de la norma”⁶.

⁶ Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 126.

El problema de mayor entidad que tienen hoy frente a sí la teoría y la práctica de la reserva de ley no es ya el de delimitar cuáles son las materias que se encuentran sujetas a la reserva, sino el de saber hasta qué punto debe desarrollar el legislador parlamentario una materia reservada y hasta qué punto esa materia puede ser “entregada” a la reglamentación del poder ejecutivo. Como señala Baño León, “Lo que preocupa en el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra es si el legislador tiene límites para pedir la colaboración del reglamento en las materias reservadas”⁷.

Es importante subrayar que la reserva de ley en materia penal solamente abarca el campo de la determinación de conductas punibles y el del establecimiento de sus respectivas consecuencias jurídicas, ya que fuera de esos dos temas la ley puede remitir al reglamento otras cuestiones que también tienen que ver con la materia penal. Así por ejemplo, los reglamentos -siempre previa remisión de la ley- pueden regular lo relativo a la organización interna de los establecimientos penitenciarios o al funcionamiento concreto de los centros correccionales de menores.

Una tesis jurisprudencial que aplica en parte lo que se acaba de exponer es la siguiente:

SALUD, DELITO CONTRA LA. NARCÓTICOS, SU CARÁCTER SE ESTABLECE ÚNICAMENTE A TRAVÉS DEL PROCESO LEGISLATIVO. El hecho de que la sustancia denominada fenilpropanolamina haya sido considerada por la autoridad sanitaria como psicotrópico del grupo III del artículo 245 de la Ley General de Salud, en los listados publicados en el Diario Oficial de la Federación en fechas veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y cuatro y veintiséis de julio de mil novecientos noventa y cinco, de acuerdo a lo contemplado en el numeral 246 de la ley en cita, no es suficiente para determinar que aquéllos constituyen una reforma, adición o modificación del precepto 245 referido, pues lo más que se podría concluir es que de conformidad con el segundo numeral, la Secretaría de Salud, consideró tal sustancia, para los efectos de esa ley como psicotrópico, pero no por ello suponer que dicha sustancia se encuentre prevista en el citado artículo 245 y que es determinada por la ley, porque no es el legislador el que la introduce, sino la Secretaría de Salud la que la considera. Sostener lo contrario, implicaría que el Congreso de la Unión le hubiere otorgado facultades para legislar a una autoridad sanitaria que pertenece al Ejecutivo, lo cual resulta contrario a derecho; por tanto, es incorrecto afirmar que la fenilpropanolamina es una sustancia considerada como psicotrópico por una ley exactamente aplicable al caso de que se trata (Ley General de Salud), de conformidad a lo estatuido en el numeral 193 del Código Penal Federal en sus dos primeros párrafos, que precisa cuáles son las sustancias que deben ser consideradas como narcóticos (objeto material) en los delitos contra la salud. Lo anterior encuentra su explicación en todos los argumentos que sustentan al principio de la división de poderes que nuestra Constitución acoge, y en los diversos que indican que la determinación de las conductas merecedoras de una pena, debe ser responsabilidad del Poder Legislativo, como un acto en el que se manifiesta la voluntad mayoritaria del pueblo, y que tales conductas deben tener la publicidad necesaria para que el ciudadano como destinatario de la norma penal, conociendo los hechos punibles, pueda orientar su conducta. Publicidad que no se genera en una disposición de carácter administrativo, como la que nos ocupa, por más que se encuentre autorizada en la legislación ordinaria. En suma, considerar que tal sustancia sí se encuentra prevista en el citado artículo 245, por virtud de los listados de mérito y, que por ende puede ser objeto material de los delitos contra la salud, es una flagrante violación al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, que consagra el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Federal. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VIII, Noviembre de 1998, Tesis: I.1o.P.48 P, página 575.

⁷ Baño León, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, Civitas, 1991, p. 21. Con razón se ha señalado que tan ilegítimo es que un reglamento del poder ejecutivo entre a regular una materia reservada a la ley, como que el propio poder legislativo otorgue competencia reguladora al ejecutivo en aquellas áreas que la Constitución ha querido que sean reservadas a la “efectiva” regulación legislativa, cfr. Guastini, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, p. 115.

Ya apuntábamos que el principio de legalidad en materia penal tiene como una de sus consecuencias a la reserva de ley (que los tipos penales y las consecuencias jurídicas de las conductas por ellos descritas estén establecidos en una ley); pero el principio de legalidad penal no se agota con la reserva, sino que se manifiesta en otras cuestiones, como la taxatividad y la proporcionalidad. A cada uno de estos temas dedicamos los dos siguientes apartados.

2. Taxatividad

El artículo 14 párrafo tercero de la Constitución señala que para que se pueda aplicar una sanción penal debe existir una ley “exactamente” aplicable a la conducta de que se trate. A partir de esa disposición podemos extraer un elemento “cualitativo” de la ley penal que vendría exigido por la Constitución; en efecto, para que una ley sea “exactamente” aplicable a una cierta conducta debe tener ciertas “cualidades” lingüísticas, pues es seguro que no toda descripción lingüística tendría la posibilidad de ser aplicada con exactitud a la conducta humana. Así por ejemplo, consideremos un enunciado normativo que dijera lo siguiente: “Se impondrán de cinco a siete años de prisión a la persona que se comporte de manera dañina respecto a otras personas o que altere el bienestar general de la sociedad”; con esa descripción, ¿cómo podría el juez realizar una “exacta” aplicación si los supuestos normativos están claramente indeterminados, son vagos y polisémicos? Por lo tanto, lo que nos está diciendo el párrafo tercero del artículo 14 es que las normas penales deben contar con ciertos elementos que nos permitan identificar claramente su campo de aplicación. A este deber de precisión y claridad de las normas se le conoce como el principio de “taxatividad” en materia penal.

La taxatividad de la ley penal consiste en que los textos que contengan normas sancionadoras describan claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quien las realicen. La taxatividad es una especie del genérico principio de legalidad en materia penal y tiene por objeto preservar la certeza jurídica (que a su vez es una especie de la seguridad jurídica) y la imparcialidad en la aplicación de la ley penal⁸. Luigi Ferrajoli describe el principio de taxatividad penal (que también se puede llamar “principio de estricta legalidad”) con las siguientes palabras:⁹

Este principio... puede ser caracterizado ahora como una *regla semántica metalegal de formación de la lengua legal* que prescribe al legislador penal: a) que los términos usados por la ley para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinada, por donde sea posible su uso como predicados “verdaderos de los” hechos empíricos por ellos denotados; b) que con tal fin sea connotada su intensión con palabras no vagas ni valorativas, sino lo más claras y precisas posible; c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predispuestas normas para su solución. De ahí se sigue, conforme a esta regla, que las figuras abstractas de delito deben ser *connotadas* por la ley mediante *propiedades o características esenciales* idóneas para determinar su *campo de denotación* (o de aplicación) de manera *exhaustiva*, de forma que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas, y de manera *exclusiva*, de modo que tales hechos no sean denotados también en proposiciones contradictorias por otras figuras de delito connotadas por normas concurrentes.

⁸ Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva jurisprudencial)*, Madrid, Civitas, 2002, p. 21.

⁹ *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª edición, Madrid, Trotta, 2004, p. 121.

Las propiedades o características esenciales que debe contener una ley para cumplir con el principio de taxatividad penal son parecidas, en parte, a las que derivan del principio de reserva de ley, aunque van más allá: dichas características se pueden resumir en el concepto de elementos constitutivos del delito, es decir, en la acción (que debe ser exterior y empíricamente visible), en su efecto o resultado (que debe consistir en un daño tangible) y en la culpabilidad (que debe permitir la adscripción causal de la acción a la persona que la lleva a cabo)¹⁰.

De acuerdo con lo anterior, violarían el principio de taxatividad penal todas las disposiciones legislativas que sancionaran penal o administrativamente una conducta vagamente descrita o aquellas que dispusieran de consecuencias jurídicas también indeterminadas.

El principio de taxatividad ha sido reconocido por distintos tribunales nacionales e internacionales. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que “La norma punitiva aplicable ha de permitir predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracciones y el tipo y el grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa”; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que “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 una determinada acción”. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha hecho valer la doctrina de la “nulidad por vaguedad” para asegurar un estándar mínimo de calidad en la legislación penal, considerando que una norma vaga es contraria a la Constitución norteamericana; una norma es vaga según el criterio de la Corte cuando “hombres de inteligencia común deben necesariamente aventurar cuál es su significado y discrepar acerca de su aplicación”¹¹.

La idea de que las leyes en general y las leyes penales en particular deben ser claras y precisas no es nueva; estaba ya presente en el pensamiento de la Ilustración, que con tanto énfasis intentó racionalizar y secularizar al máximo el poder punitivo del Estado¹². Hobbes, Montesquieu, Rousseau, Beccaria y muchos otros pensadores coincidieron en la necesidad de que las leyes fueran breves, claras y sencillas, al alcance del entendimiento promedio de cualquier persona¹³. Era una de las muchas formas por medio de las cuales el pensamiento ilustrado intentaba disminuir las posibilidades de una aplicación arbitraria del derecho penal. En concreto Beccaria considera que la oscuridad de las leyes es un mal, que se hace mayor “cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cuál será el éxito de su libertad o de sus miembros en una lengua que forma de un libro público y solemne uno casi privado y doméstico”¹⁴.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Los pronunciamientos citados se encuentran recogidos en Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal...*, cit., pp. 22-25.

¹² Como señala Luis Prieto, a través del principio de taxatividad penetran en el derecho penal “el racionalismo y la secularización: los tribunales humanos sólo pueden juzgar los hechos susceptibles de verificación empírica; el juicio sobre los pensamientos, sobre los rasgos del carácter, sobre las meras tendencias, pertenece al tribunal divino”, *La filosofía penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2003, p. 43.

¹³ Las citas pertinentes de sus obras se encuentran en Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 179-180. Sobre el tema puede verse también el clásico ensayo de Bentham, Jeremy, *Nomografía o el arte de redactar las leyes* (1843), Madrid, CEPC, 2004; esta edición va precedida de un importante estudio de Virgilio Zapatero, titulado “El arte ilustrado de legislar”, donde se pueden ver más citas de pensadores ilustrados sobre los mismos asuntos.

¹⁴ *De los Delitos y de las Penas*, cit., p. 38.

La jurisprudencia mexicana sobre el principio de taxatividad ha sido ambivalente; en las tesis que se reproducen a continuación el lector podrá observar que, por una parte, se asume una posición restrictiva al no extender la taxatividad al ámbito probatorio, pero se reconoce adecuadamente que, a pesar de la literalidad del párrafo tercero del artículo 14 (que se refiere a la “aplicación” de la ley “en los juicios del orden criminal”), la taxatividad se impone no solamente en el momento aplicativo de la ley sino frente a la ley misma, de manera que obliga al legislador a observar ese principio al momento de crear la legislación sancionadora. Las tesis más relevantes sobre el tema que nos ocupa son las siguientes:

GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. EL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL NO LA VIOLA. El artículo 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al prever la posibilidad de que el Juez en el proceso emplee los medios de prueba que estime convenientes, según su criterio, para acreditar los elementos del tipo y la presunta o plena responsabilidad de una persona, no es violatorio de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal que establece el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Federal, pues, por tratarse de una disposición de carácter procesal o adjetivo, ajena a aspectos relacionados propiamente con la integración de la norma punitiva -descripción típica y previsión de la pena-, así como respecto a la forma o manera en que han de aplicarse las penas, no puede contravenir los principios nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege en que descansa dicha garantía, además de que tampoco faculta o autoriza al juzgador a imponer penas mediante una aplicación analógica o por mayoría de razón. Novena Epoca, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IX, Junio de 1999, Tesis: P. XLVIII/99, página 10.

EXACTA APLICACION DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTIA DE. SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIEN A LA LEY MISMA. La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que 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 su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República. Novena Epoca, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: I, Mayo de 1995, Tesis: P. IX/95, página 82.

Utilizando el criterio que se acaba de transcribir, se ha deducido la inconstitucionalidad de algún tipo penal, según el criterio recogido en la tesis jurisprudencial siguiente:

Falsedad de declaración rendida ante autoridad distinta de la judicial. El artículo 247, fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, que establece la sanción aplicable a dicho delito, viola la garantía de exacta aplicación de la ley penal. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en la tesis P. IX/95, de rubro: "EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE. SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA.", publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo I, mayo de 1995, página 82, que la mencionada garantía, prevista en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la ley, ya que el mandato constitucional exige, para su cabal cumplimiento, que también la ley sea concebida en forma tal que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos, delito y pena, sean claros, precisos y exactos, a fin de evitar confusión en su aplicación o demé-ri-

to en la defensa del procesado. Ahora bien, en congruencia con tal criterio, debe decirse que al disponer el artículo 247, fracción I, del código punitivo citado que la sanción aplicable al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas faltare a la verdad, será de dos a seis años, en adición a una multa de cien a trescientos días de multa, viola la garantía constitucional de referencia. Ello es así, porque al establecer como sanción a la conducta típica consistente en falsedad de declaración rendida ante autoridad pública distinta de la judicial, "de dos a seis años", el legislador no precisó debidamente la consecuencia jurídica del delito de que se trata, creando incertidumbre en la aplicación de la pena y permitiendo la actuación arbitraria de la autoridad encargada de imponerla, o de otras autoridades, quienes con base en interpretaciones contrarias a lo dispuesto por el artículo 14 constitucional, suponen que se trata de la pena de prisión. Además el mero establecimiento de un mínimo y un máximo de tiempo no conlleva, indefectiblemente, a considerar que la pena respectiva sea la de prisión, ya que no es ésta el único medio sancionatorio que la autoridad judicial puede imponer por un tiempo determinado, según se advierte del catálogo de penas contenido en el artículo 24 del referido Código Penal, que señala otras sanciones que pueden aplicarse por el mencionado periodo, a saber: tratamiento en libertad, semilibertad, trabajo a favor de la comunidad, confinamiento, prohibición de ir a un lugar determinado, suspensión de derechos, inhabilitación o suspensión de funciones o empleos y vigilancia de la autoridad. *Tesis aislada*. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIII, Junio de 2001. Novena Época. Primera Sala. Tesis 1ª XLV/2001. p. 238.

Pero la jurisprudencia también ha sostenido que la simple falta de definición de algunos conceptos no puede acarrear la inconstitucionalidad de una ley; aunque se trata de una tesis que, al menos en apariencia, no se refiere en concreto a la materia penal, es obvio que su utilización en algunos casos puede ir en contra del potencial controlador que el principio de taxatividad tiene sobre la actividad del legislador; la tesis mencionada es la siguiente:

LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO PUEDE DERIVAR DE LA FALTA DE DEFINICIÓN DE LOS VOCABLOS O LOCUCIONES AHÍ UTILIZADOS, EN QUE EL LEGISLADOR PUEDA INCURRIR. Es cierto que la claridad de las leyes constituye uno de los imperativos apremiantes y necesarios para evitar o disminuir su vaguedad, ambigüedad, confusión y contradicción; sin embargo, de un análisis integral de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se llega a la conclusión de que ninguno de los artículos que la componen establece, como requisito para el legislador ordinario, el que en cada uno de los ordenamientos secundarios -considerando también a los de la materia penal- defina los vocablos o locuciones ahí utilizados. Lo anterior es así, porque las leyes no son diccionarios y la exigencia de un requisito así, tornaría imposible la función legislativa, pues la redacción de las leyes en general se traduciría en una labor interminable y nada práctica, teniendo como consecuencia que no se cumpliera, de manera oportuna, con la finalidad que se persigue con dicha función. De ahí, que resulte incorrecto y por tanto, inoperante, el argumento que afirme que una norma se aparta del texto de la Ley Fundamental, porque no defina los vocablos o locuciones ahí utilizados, pues la contravención a ésta se debe basar en aspectos objetivos que generalmente son los principios consagrados en ella, ya sea prohibiendo una determinada acción de la autoridad en contra de los particulares gobernados u ordenando la forma en que deben conducirse en su función de gobierno. Además, del análisis de lo dispuesto por los artículos 94, párrafo séptimo y 72, inciso f), de la Carta Magna, se advierte el reconocimiento, por parte de nuestro sistema jurídico, de la necesidad de que existan métodos de interpretación jurídica que, con motivo de las imprecisiones y oscuridades que puedan afectar a las disposiciones legales, establezcan su sentido y alcance, pero no condiciona su validez al hecho de que sean claras en los términos que emplean. Clave: 1a. , Núm.: LXXXVII/2002. Amparo directo en revisión 258/2002. Gerardo Pérez Labariega. 11 de septiembre de 2002. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

Del principio de taxatividad penal no puede desprenderse la *cantidad* de penalización que un ordenamiento puede imponer a ciertas conductas ni tampoco el número de conductas que pueden caer bajo la consideración de las leyes penales; lo que sí asegura la taxatividad es que toda regulación penal tenga cierta *calidad*, de forma que sea clara y pueda ser comprendida por sus destinatarios. La taxatividad, como lo indica Ferreres, "no se refiere a la 'cantidad' de libertad,

sino a su ‘calidad’: garantiza que la libertad individual se pueda desplegar dentro de fronteras seguras”¹⁵. Para regular la “cantidad” de conductas que se pueden “criminalizar” y la “cantidad” de sanción que se puede imponer a quienes las realicen se utiliza el criterio de proporcionalidad. Tomando en conjunto la taxatividad y la proporcionalidad podemos contar con estándares pertinentes para ir construyendo una legalidad penal constitucionalmente adecuada desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo.

3. Proporcionalidad

Las nociones que acabamos de estudiar (reserva de ley y taxatividad) son más o menos conocidas y se han empleado de alguna manera por la jurisprudencia de nuestros tribunales, sobre todo en los años más recientes. Hay sin embargo un concepto que todavía no ha sido utilizado, hasta donde tenemos noticia, por los jueces mexicanos pero que puede ser muy interesante para hacer más exigente y rigurosa la intervención de la ley penal en el ámbito de las libertades personales. Nos referimos al principio de proporcionalidad como límite de actuación del legislador ordinario en materia penal y concretamente como límite para la imposición de ciertas penas. La pregunta a resolver sería la siguiente: ¿se puede aplicar dicho principio al control de constitucionalidad de las leyes penales? y, en caso afirmativo, ¿bajo qué requisitos y con qué consecuencias?

Recordemos de forma sumaria que el principio de proporcionalidad exige que cualquier determinación de una autoridad que restrinja los derechos fundamentales es aceptable en caso de que no vulnere el contenido esencial del derecho de que se trate y siempre que sea proporcional. Para que se verifique la proporcionalidad es necesario que se observen los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; es decir, existirá proporcionalidad cuando: a) la regulación o limitación de un derecho fundamental sea adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; b) la medida adoptada sea la más benigna posible respecto del derecho en cuestión, de entre todas las que revistan la misma idoneidad para alcanzar el fin propuesto; y c) las ventajas que se obtengan con la restricción deben compensar los posibles sacrificios del derecho para su titular y para la sociedad en general¹⁶.

¿Cómo se aplica lo anterior a las leyes en materia penal? La reflexión sobre este tema debe partir del hecho de que cualquier ley penal supone una intervención en los derechos fundamentales, concretamente sobre el derecho de libertad según el cual toda persona puede hacer lo que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico. La proporcionalidad supone un límite a la “cantidad” de prohibiciones que el legislador puede establecer así como a la cantidad de “penalización” que se puede determinar para una conducta penalmente regulada. Es decir, la proporcionalidad en materia penal vendría dada por el monto de la sanción que el legislador decide imponer para la realización de X o Y conducta.

Ferrajoli explica el principio de proporcionalidad con las siguientes palabras:¹⁷

¹⁵ Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal...*, cit., p. 45.

¹⁶ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003, pp. 35-36.

¹⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 397-398.

El hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser *adecuada* al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez *en relación* con la naturaleza y la gravedad del otro. El *principio de proporcionalidad* expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico.

El mismo Ferrajoli admite que la literatura existente sobre el principio de proporcionalidad de las penas “es casi inexistente”¹⁸.

La proporción que debe existir entre los delitos y las penas había sido advertida ya por Beccaria, quien señalaba de forma tajante que debe “haber una proporción entre los delitos y las penas”. Esta necesidad surge, para el autor, de la siguiente consideración: “Si el placer y el dolor son los motores de los entes sensibles, si entre los motivos que impelen a los hombres aun a las más sublimes operaciones, fueron destinados por el invisible legislador el premio y la pena, de la no exacta distribución de éstas nacerá aquella contradicción (tanto menos observada, cuanto más común) que las penas castiguen los delitos de que hayan sido causa. Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja”¹⁹.

La primera determinación legislativa que está sujeta al criterio de proporcionalidad es la que tiene que ver con la “gravedad” del delito, sostiene Ferrajoli²⁰. Este punto de vista es especialmente importante en México, pues de la determinación legislativa en el sentido de que un delito es o no grave se desprende la posibilidad de los imputados por la presunta comisión de ese delito de enfrentar el proceso penal en libertad caucional, como lo establece la fracción I, del apartado A del artículo 20 constitucional. Utilizando el criterio de proporcionalidad un juez puede considerar que la inclusión por el legislador de un delito dentro del catálogo de delitos graves viola el principio de legalidad penal del párrafo tercero del artículo 14 constitucional. Es una forma de atajar, desde la Constitución misma, la arbitrariedad con la que el legislador se ha conducido en los años recientes al considerar como delitos graves conductas que no lo ameritaban, evitando de esa forma que los imputados por esos delitos tuvieran derecho de la libertad caucional, violando en consecuencia, entre otros, el derecho a la presunción de inocencia.

A partir de la proporcionalidad se puede enjuiciar tanto el límite mínimo como el límite máximo de la pena establecida para cierto delito. Es decir, la proporcionalidad puede ser vulnerada tanto porque la pena máxima es muy alta como por el hecho de que lo sea la pena mínima. Para Ferrajoli la pena mínima debería de quedar prácticamente abierta en la ley a lo que dispusiera el juez; “a mi juicio —escribe Ferrajoli—, al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo”²¹. Sin embargo, en términos generales nuestro autor sostiene que la pena mínima debe ser más desventajosa que la ventaja que se obtiene de cometer un delito, pues de otra manera la pena sería vista como una

¹⁸ *Derecho y razón*, cit., p. 399.

¹⁹ *De los Delitos y de las Penas*, cit., pp. 39 y 41-42.

²⁰ *Derecho y razón*, cit., p. 399.

²¹ *Derecho y razón*, cit., p. 400.

especie de *tasa* que se tendría que cubrir por el responsable de la conducta delictiva, lo que le quitaría cualquier pretensión disuasoria²².

Por lo que hace al límite máximo de la pena, Ferrajoli considera que no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas, aunque reconoce que este criterio no se presta para una comparación precisa entre la cantidad de pena que se asigna a un delito y la cantidad de pena que se asigna a otro²³. La consideración de conjunto que el autor hace sobre el límite máximo que puede tener una pena para no romper el principio de proporcionalidad se contiene en el siguiente párrafo²⁴:

Aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que la prevista para el segundo. En todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal.

Por desgracia, el criterio de Ferrajoli nos orienta como punto de partida, pero no aporta muchos elementos que nos permitan clarificar la forma en que, desde el punto de vista externo, podamos valorar la gravedad de un delito, al menos en el párrafo que se acaba de transcribir. El mismo autor considera, sin embargo, que la gravedad de un delito –y por tanto la proporcionalidad de la pena- se puede determinar a partir del daño que se genera con la comisión de la conducta delictiva y del grado de culpa que tiene el sujeto, aunque admite que “el problema es precisamente el del peso que haya de asignarse a cada uno de los dos criterios respecto del otro”²⁵.

Un ejemplo de aplicación del principio de proporcionalidad en la legislación penal lo encontramos en la sentencia 136/1999 del Tribunal Constitucional español (caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna). En ese caso, el Tribunal considera que la sanción penal que se podía imponer a los acusados “podrá estimarse constitucionalmente legítima si en la formulación del tipo y en su aplicación se han respetado las exigencias propias del principio de legalidad penal... y si además no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada” (Fundamento Jurídico 20).

Es decir, el Tribunal va más allá del simple principio de reserva de ley e introduce la consideración de la proporcionalidad de la pena, poniéndola en relación con el efecto disuasorio que pudiera tener respecto del ejercicio de los derechos fundamentales. En concreto, el Tribunal expresa preocupación por el posible efecto que la criminalización excesiva de ciertas conductas (como la apología del terrorismo) pudiera tener sobre libertades tan importantes como la de expresión, la de participación política o la de información. El Tribunal reconoce que el ejercicio ilícito de esas libertades puede dar lugar a una sanción, pero reitera que una reacción penal exce-

²² *Derecho y razón*, cit., pp. 399-400.

²³ *Derecho y razón*, cit., p. 401.

²⁴ *Derecho y razón*, cit., p. 402.

²⁵ *Derecho y razón*, cit., p. 399.

siva frente a ese ejercicio puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada²⁶.

¿Cómo saber si estamos frente a una determinación legislativa que resulta no proporcional? El Tribunal afirma que “para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis ‘si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes’... En segundo lugar, deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena” (Fundamento Jurídico 23).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Arriola, Juan Federico, *La pena de muerte en México*, Trillas, 1989.
- Baño León, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, Civitas, 1991.
- Barquín Sanz, Jesús, *Los Delitos de Tortura y Tratos Inhumanos o Degradantes*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa: Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992.
- Barreda Solórzano, Luis de la, *La lid contra la tortura*, Ed. Cal y Arena, México, 1995.
- Beccaria, César, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Imprenta de Albán, 1822.
- Bentham, Jeremy, *Nomografía o el arte de redactar las leyes* (1843), Madrid, CEPC, 2004.
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.
- Bunster, Álvaro, “¿Por qué matar gente que mata gente para mostrar que es malo matar?” en varios autores, *Pena de muerte. Un enfoque multidisciplinario*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.

²⁶ Sobre este punto Luis Prieto advierte lo siguiente: “Una condición de legitimidad de toda pena es que resulte proporcionada, pero en ese juicio de proporcionalidad ha de reconocerse un peso importante al argumento en favor de los derechos, admitiendo que, si bien inevitablemente toda medida punitiva tiene efectos disuasorios sobre el uso de la libertad, se convierte en inaceptable cuando dicha disuasión resulta excesiva. En pocas palabras, ya sea argumentando a partir de las penas, ya haciéndolo a partir de las conductas tipificadas, a mi juicio la proporcionalidad representa una exigencia constitucional que pesa sobre el conjunto del derecho punitivo”, “La limitación constitucional del legislador penal” en su libro *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 296.

- Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM, Porrúa, CNDH, 2005.
- Cuesta Arzamendi, José L. de la, *El delito de tortura; concepto, bien jurídico y estructura típica de art. 204 bis. del Código Penal*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, España, 1990.
- Derecho internacional de los derechos humanos: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, y otras instituciones, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 98, México, 2002
- Díez Ripollés, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid, Trotta, 2003.
- Diez Saez, Martín, *La pena de muerte en defensa de la vida*, Madrid, España, Gráficas DOMO, 1990.
- Estrada Avilés, Jorge Carlos, *Opúsculo sobre la Pena de Muerte en México*, Centro Marista de Estudios Superiores, A.C., Editorial Porrúa, México, 1999.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés y otros, 6ª edición, Trotta, Madrid, 2004.
- Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva jurisprudencial)*, Madrid, Civitas, 2002.
- García-Molina Riquelme, Antonio M. *El régimen de penas y penitencias en el Tribunal de la Inquisición en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Doctrina Jurídica, Núm. 17, UNAM, México, 1999.
- García Ramírez, Sergio, *Itinerario de la pena*, Córdoba, Argentina, Marcos Lerner editora, 1999.
- García Ramírez, Sergio, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, prólogo de Olga Islas, 3ª edición, México, UNAM-Porrúa, 2002.
- González González, Rossana, *El Control Internacional de la Prohibición de la Tortura y Otros Tratos o Penas Inhumanos y Degradantes*, Editorial Universidad de Granada, Campus Universitario de Cartuja, Granada, España, 1998.
- González, Juliana, “Razones éticas contra la pena de muerte”, en varios autores, *Pena de muerte. Un enfoque multidisciplinario*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.
- Hernández Forcada, Ricardo y Lugo Garfias, María Elena, *Algunas notas sobre la tortura en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004.
- Islas González Mariscal de, Olga, y Díaz-Aranda, Enrique. *La pena de muerte*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM e Instituto Nacional de Ciencias Penales, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 49, México, 2003.
- Jornada Nacional Contra la Tortura*, Memoria, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991/4.
- Medina, José Toribio, *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en México*, Universidad Nacional Autónoma de México y Miguel Ángel Porrúa, México, 1987.

- Memoria del Coloquio Internacional. La pena de muerte, un enfoque pluridisciplinario*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993.
- Memoria del Foro sobre la Tortura en México*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2002.
- Memoria del Simposio: “La pena de muerte”*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, Toluca, México, 1994.
- Neuman, Elías, *La pena de muerte en tiempos del neoliberalismo*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004.
- Pena de muerte: La crueldad legislada*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004.
- Peñaloza, Pedro José, *Pena de muerte: Mitos y realidades*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Editorial Porrúa, México, 2004.
- Prieto, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- Prieto, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2003.
- Revista de Derechos Humanos de Sonora*, Derecho a la vida o pena de muerte, Comisión Estatal de Derechos Humanos, Sonora, México, Verano de 1996/13.
- Rodríguez y Rodríguez, Jesús. (Compilador), *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos*, ONU –OEA, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Tomos I, II y III, México, 1998.
- Salado Osuma, Ana, *La pena de muerte en el derecho internacional: una excepción al derecho a la vida*, Ed. Tecnos, S.A., Madrid, 1999.
- “Seminario Internacional sobre Indicadores y Diagnóstico en Materia de Derechos Humanos”: *El Caso de la Tortura en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003.
- Silva, Karmen Thereza, ¿Está perdiendo fuerza la Corte Penal Internacional?, *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, núm. 12, Segunda Época.
- Sueiro, Daniel, *La pena de muerte y los derechos humanos*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.
- Valle, Angelina del, *La pena de muerte*, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. Serie opiniones, Núm. 3, México, 1996.
- Velásquez Elizarrarás, Juan Carlos, El Derecho Internacional Penal y la Justicia Penal Internacional en el Tercer Milenio, *Anuario de Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Volumen I, México, 2001.