

1. Fines de la pena . . . . .	5
2. Clasificación de las penas . . . . .	9
3. Las penas en los códigos penales antecedentes a la Constitución de 1917. . .	12
4. Rasgos constitucionales del sistema de penas. . . . .	20

## II. DE LAS PENAS EN GENERAL

### 1. *Fines de la pena*

El tema de los fines de la pena ha sido siempre polémico. De una manera sumamente esquemática podemos anotar lo siguiente: en principio, cabe señalar que no llegaremos al oscuro rincón de las teorías absolutas porque, como se ha dicho, su función es metafísica: “la realización de un ideal de justicia”. Estas teorías tienen como raíz valores absolutos y son retribucionistas. La pena se considera como necesidad ética, debido al desequilibrio moral producido por la acción delictiva. Así, en ideas de Hegel, la pena, entendida como negación del delito, se convierte en afirmación del derecho, en virtud de que si el delito niega el derecho, la pena niega al delito, lo que significa afirmar el derecho.

Como punto central es necesario dejar bien claro que la retribución no es una finalidad, como lo sostienen los partidarios de las teorías retribucionistas, sino la esencia misma de la pena. Cuando una persona comete un delito, lesiona o pone en peligro bienes jurídicos; como respuesta a esa conducta le-

siva el poder público, a través del ejercicio de sus funciones, lleva a cabo la privación o la restricción de bienes del autor del delito. Esta privación o restricción de bienes es retribución.

Frente a las teorías absolutas aparecen las denominadas teorías relativas, que cumplen con una función social utilitaria. Tales son: *a)* las que sostienen como fin de la pena la prevención general (negativa o positiva), y *b)* las que aseveran que dicho fin es la prevención especial (negativa o positiva).

Las teorías que postulan la prevención general negativa afirman que la pena tiene como función desalentar (en la colectividad) la comisión de delitos. Dentro de esta corriente algunos especialistas puntualizan que la finalidad específica de la pena es proteger los bienes jurídicos de sujetos pasivos de los futuros delitos. Los partidarios de la prevención general positiva (teorías surgidas muy posteriormente) estiman que la pena refuerza la conciencia jurídica general; se dice que refuerza los mecanismos de autocontrol valorativo relativos a la confianza en el ordenamiento jurídico.

Las teorías de la prevención especial negativa sostienen que la pena evita la reincidencia; es decir, disuade al sujeto que ya ha cometido un delito de volver a delinquir. Las referentes a la prevención especial positiva ven como función de la pena

el reforzamiento del valor positivo de la persona, el mejoramiento moral del delincuente. En todas las teorías de la prevención especial entra, insoslayablemente, el tratamiento necesario para corregir al delincuente y lograr su reinserción social.

Respecto de todas estas teorías se han formulado críticas muy interesantes, algunas de ellas han dado lugar a replanteamientos, de los cuales han surgido nuevas teorías como las mixtas o de la unión.

Consideramos que, respecto de este problema, hay que ubicarse en las teorías relativas de la prevención, pero no de la manera tradicional en que se han desarrollado, en razón de que parten de una confusión: se habla de la pena en un sentido amplio incluyente de la amenaza legislativa (punibilidad), el mandato judicial (punición) y la ejecución (pena propiamente dicha). Como puede verse, se trata de tres momentos distintos y, por tanto, de tres materias diferentes:

a) La conminación legal (punibilidad), que es, tan solo, descripción general y abstracta; vinculada al tipo penal para integrar la norma penal general y abstracta; tiene como finalidad la prevención general, o, lo que es lo mismo, la protección de bienes jurídicos.

La punibilidad, sin excepción, debe ser idónea para la prevención general, y solamente lo es cuando

está bien determinada cualitativa y cuantitativamente. En esta línea de ideas la punibilidad es conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste.

b) El mandato particular y concreto del órgano jurisdiccional (punición), que fija la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito a través de una sentencia penal condenatoria, tiene como finalidad la reafirmación de la prevención general. De esta forma la punición es la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general, y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad.

c) En cuanto al ámbito ejecutivo, instancia en la que se lleva a cabo la pena, consistente en la particular y concreta privación o restricción de bienes del delincuente, tiene como finalidad la prevención especial. En este sentido, la pena es la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, y determinada en su máximo por la punición y en su mínimo por la convicción del sujeto de que no volverá a delinquir.

Es preciso reafirmar que la retribución entra en todos los ámbitos antes anotados: en la punibilidad, al determinarse la conminación, se determina, también, la retribución; en la punición hay mandato de retribución, y la pena es en sí misma retribución.

## 2. *Clasificación de las penas*

Una clasificación muy antigua de las penas, fundada en el bien que se le afecte al delincuente, considera que las penas pueden ser: capitales, aflictivas, infamantes y pecuniarias.

La pena capital consiste en la privación de la vida del condenado, pena que se ejecutaba en diversas formas, tales como lapidación, incineración, desmembramiento o descuartizamiento, decapitación, enterramiento en vida, y algunas otras igualmente crueles. En Francia se usaba el fuego, para los delitos de lesa majestad divina; el descuartizamiento por medio de cuatro caballos, para ciertos casos de lesa majestad humana; la decapitación, para delitos comunes, si el condenado era noble; la horca, si el condenado era plebeyo, y la rueda, para robos con violencia en las vías públicas.<sup>1</sup> De acuerdo con las leyes hebreas la pena de muerte se

<sup>1</sup> Carrara, Francisco, *Programa de derecho criminal, Parte general*, Bogotá, Temis, 1973, vol. II, p. 110.

realizaba, según la gravedad del delito cometido, mediante lapidación, plomo derretido vertido en la boca del condenado o estrangulamiento.<sup>2</sup> Estas penas se llevaban a cabo públicamente para subrayar su naturaleza denigrante y ejemplar. Al correr del tiempo dicha práctica se modificó y se optó por la privacidad de la ejecución.

Las penas aflictivas son las que hacen sufrir físicamente a la persona, las que causan dolores físicos o daños corporales, pero, sin llegar a causar la muerte. Ejemplos de ellas son la marca y los azotes. Las penas aflictivas (directas) pueden dejar o no dejar huella permanente en el cuerpo. Cuando la huella es indeleble, como la producida por la marca y las mutilaciones, tales penas, por su significación, son, además, degradantes. Recuérdese que, por ejemplo, al ladrón se le cortaba la mano y que la marca se imprimía para estigmatizar al delincuente.

Algunos autores incluyen como penas aflictivas indirectas la cárcel y el destierro, aunque, esencialmente, son penas privativas o restrictivas de la libertad personal (ambulatoria).

Las penas infamantes son las que afectan el honor de las personas, lesionan la dignidad humana y por ello son contrarias al tratamiento que debe dar-

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 111.

se al condenado. Con las penas infamantes se busca el desprecio de la comunidad al condenado.

Las penas pecuniarias afectan el patrimonio del sentenciado. La parte del patrimonio que se pierde pasa a poder del Estado. Cuando por mandato legal se le quita al delincuente todo su patrimonio, la pena se denomina confiscación. Esta pena, desde tiempos antiguos, fue considerada injusta y aberrante (Beccaria, Carmignani y Rossi). Junto a esta pena está la multa, que es una quita módica de cierta cantidad de dinero, que se pone en manos del Estado. La multa, generalmente, se aplica de manera accesoria, es decir, acompaña a otra pena.

Las penas privativas o restrictivas de la libertad personal serían: la prisión, el destierro (de cualquier forma), el confinamiento y la vigilancia de la policía o de otras autoridades.

Actualmente, en virtud de las prohibiciones constitucionales, las penas pueden clasificarse de otra forma:

- a) Privativas de la libertad: la pena de prisión.
- b) Restrictivas de la libertad: la semilibertad, la prohibición de ir a lugar determinado y la supervisión de la autoridad.
- c) Privativas de derechos: la destitución y la inhabilitación.



- d) Restrictivas de derechos: la suspensión del empleo cargo o comisión.
- e) Penas pecuniarias: la multa y el decomiso.
- f) Impositivas de deberes: el trabajo en favor de la comunidad.

### 3. *Las penas en los códigos penales anteriores a la Constitución de 1917*

A continuación se enumerarán algunos antecedentes legales del actual sistema de penas. Dicha enumeración tiene por objeto ofrecer al lector los elementos necesarios para apreciar la evolución de las penas y su progresiva humanización en el sistema jurídico nacional.

#### *A. Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835*

Este primer Código Penal del México independiente contiene, en la primera parte, un título dedicado a las penas en general. En la sección I, denominada “De las penas con que deben ser castigados los delitos”, se enlistan veintiún diferentes penas, entre las que, obviamente, se encuentra la de prisión, que ha sido siempre la de mayor aplicación. Se dedican después secciones independientes para re-

gular cada una de las penas. De dichas penas se destacan, por su naturaleza inhumana: la de muerte; los trabajos forzados para siempre en presidio o fuera de él; los trabajos de policía; la infamia; la vergüenza pública, y la pena de presenciar la ejecución de las sentencias de reos del mismo delito.

Lo concerniente a la pena de muerte se tratará más adelante al hacer la referencia específica de esta pena.

#### *a. Trabajos forzados perpetuos*

Sección III, artículos 16 a 28. Se ordenaba que el condenado a estos trabajos, antes de sufrirlos sería expuesto durante una hora a la vergüenza pública. Todo el tiempo de su condena llevaría fijada al pie una cadena, si la naturaleza del trabajo lo permitiere y no hubiere oposición al estado de su salud. Además, se subrayaba que las obras para las cuales se le empleare serían “más o menos penosas”. La pena de trabajos forzados traía aparejada la pérdida de todos los derechos civiles; lo cual implicaba, además del contenido de esta pérdida, publicar por la imprenta y fijar rótulos en el lugar de su domicilio, “espresándose” el delito por el que ha ido condenado. Esta pena no se aplicaba a personas de sesenta años.

*b. De los trabajos de policía*

Sección V, artículos 40 a 42. Los trabajos de policía se cumplían “dentro del casco de la población”, en el aseo y comodidad de las calles y plazas, en el ornato de los edificios públicos, en el acarreo de los materiales para obras de utilidad común, en la construcción de tales obras, en las limpiezas de inmundicias de las cárceles y hospitales, en la conducción de heridos y cadáveres de ajusticiados muertos con muerte violenta, y de enfermos a los hospitales o lazaretos.

Los condenados a sufrir esta pena, llevarían un grillete en el pie con una cadena, pudiendo estar unidos con ella a otro reo, cuando fuere necesario para la seguridad de ellos y sea compatible con los trabajos que realizan.

*c. La pena de infamia*

Sección VII, artículo 47. El texto de este ordenamiento únicamente anota que “lleva consigo la pérdida de todos los derechos de ciudadano y civiles”.

*d. La pena de vergüenza pública*

Sección IX, artículo 54. La vergüenza pública la sufriría el reo exponiéndosele en un madero clavado en la plaza pública a las miradas del pueblo por

el espacio de una hora. Sobre su cabeza se debería colocar un rótulo con caracteres grandes y legibles, en el que se expresare su nombre, el trabajo al cual estuviese dedicado (su “ejercicio”, dice el Código), su domicilio, la pena y la causa de su condenación.

*e. Presenciar ejecución*

Sobre presenciar la ejecución de las sentencias de reos del mismo delito (sección XI, artículos 57 y 58). Al condenado a esta pena se le conduciría con los brazos atados a la espalda, con la cabeza y la cara descubiertas y con un cartel en el pecho anunciando el delito cometido y, en esta forma, permanecería todo el tiempo de la ejecución.

*B. Código Penal para el Estado  
de Veracruz Llave de 1869<sup>3</sup>*

Este Código Penal se advierte sumamente avanzado para su época, lo cual se debe a que sigue, con puntualidad, los lineamientos penales marcados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857. En relación con la pena de muerte da un paso adelante, pues la proscribía de manera to-

<sup>3</sup> *Leyes penales mexicanas*, México, Inacipe, 1979, t. I, pp. 198-200.

tal para todos los delitos de su competencia. Prohíbe 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 cualquier otra pena que no esté determinada por la ley penal. No obstante los avances importantes que lo nutren, conserva algunos resabios de medidas que, por su naturaleza humillante, atentan contra la dignidad humana, entre ellos el empleo de cadena en el pie para los condenados a trabajos forzados, los propios trabajos consistentes en la conducción de cadáveres o de enfermos en caso de epidemia y, en el caso de los trabajos de policía, la limpieza de inmundicias de cárceles y hospitales, la conducción de heridos, de enfermos y de cadáveres a los hospitales y lazaretos.

### *C. Código Penal Federal de 1871*

El Código Penal de 1871 toma los principios fundamentales que sobre las penas postula la Constitución de 1857. Prescribe, como regla general, que la aplicación de las penas corresponde exclusivamente a la autoridad judicial y que los jueces no podrán aumentar ni disminuir las penas traspasando el máximo o el mínimo de ellas, ni agravarlas ni atenuarlas sustituyéndolas con otras, o añadiendo alguna

circunstancia, salvo en los casos en que las propias leyes lo autoricen (artículos 180 y 181).

El Código contiene un listado de penas para los delitos en general<sup>4</sup> y otro para los delitos políticos.<sup>5</sup>

4 Artículo 92. Las penas de los delitos en general son las siguientes: I. Pérdida, á favor del Erario, de los instrumentos del delito y de las cosas que son efecto ú objeto de él; II. Extrañamiento; III. Apercibimiento; IV. Multa; V. Arresto menor; VI. Arresto mayor; VII. Reclusión en establecimiento de corrección penal; VIII. Prisión ordinaria de Penitenciaría; IX. Prisión extraordinaria; X. Muerte; XI. Suspensión de algún derecho civil, de familia, ó político; XII. Inhabilitación para ejercer algún derecho civil, de familia, ó político; XIII. Suspensión de empleo ó cargo; XIV. Destitución de determinado em pleo, cargo ú honor; XV. Inhabilitación para obtener determinados empleos, cargos ú honores; XVI. Inhabilitación para toda clase de empleos, cargos ú honores; XVII. Suspensión en el ejercicio de una profesión que exija título expedido por alguna autoridad ó corporación autorizadas para ello; XVIII. Inhabilitación para ejercer una profesión; XIX. Destierro del lugar ó Estado de residencia.

5 Artículo 93. Las penas de los delitos políticos son las siguientes: I. Pérdida, á favor del Erario, de los instrumentos del delito y de las cosas que son efecto ú objeto de él; II. Extrañamiento; III. Apercibimiento; IV. Multa; V. Destierro del lugar, Distrito ó Estado de la Residencia; VI. Confinamiento; VII. Reclusión simple; VIII. Destierro de la República; IX. Suspensión de algún derecho civil ó político; X. Inhabilitación para ejercer algún derecho civil ó político; XI. Suspensión de empleo, cargo ó profesión; XII. Destitución de empleo, cargo ú honor; XIII. Inhabilitación para

### a. Delitos en general

Entre los delitos en general destacan por su importancia: la prisión ordinaria, la prisión extraordinaria y la pena de muerte.<sup>6</sup>

*La prisión ordinaria.* Se desarrollaba en tres períodos. En el primero, tendría una duración de por lo menos una sexta parte de la condena y el reo estaría incomunicado de día y de noche; en el segundo, la duración era de cuando menos un tercio de la condena y la incomunicación era únicamente durante la noche; en el tercero, destinado exclusivamente a los reos que hubieren observado buena conducta y hubieren dado pruebas de arrepentimiento y enmienda suficientes, la pena se cumpliría en “departamento” diferente y se permanecería en él, por lo menos, seis meses. En dicho “departamento” ya no habría incomunicación.

Cuando el reo observare buena conducta desde su ingreso a la “Penitenciaría”, podría pasar de inmediato del primero al segundo periodo.

En la incomunicación absoluta se permitía, como excepción, la comunicación con algún sacerdote o ministro de su culto, con el director del esta-

obtener determinados empleos, cargos ú honores; XIV. Inhabilitación para toda clase de cargos, empleos ú honores.

<sup>6</sup> La referencia a la pena de muerte, como ya se anotó, se hará en apartado especial.

blecimiento y sus dependientes, y con los médicos del mismo. También se permitía la comunicación con alguna persona cuando esto fuere absolutamente preciso (artículo 131).

*La pena de prisión extraordinaria.* Sustituía a la pena de muerte en los casos permitidos por la ley y tenía lugar en el mismo establecimiento de la prisión ordinaria. Su duración era de veinte años.

#### b. Penas para los delitos políticos

En atención a los delitos políticos se consignaban, como penas exclusivas, el confinamiento, el destierro de la República y la reclusión simple; las demás penas eran comunes a los delitos políticos y no políticos.

*El confinamiento.* Se aplicaba solamente para conmutar la prisión o la reclusión simple. Se cumplía en el lugar que designaba el gobierno, conciliando las exigencias de la tranquilidad pública con la salud y las necesidades del condenado.

*La pena de destierro.* Era aplicable por el delito de traición o por algún otro delito político, siempre y cuando, a juicio del gobierno general, la presencia del reo significare peligro para la tranquilidad pública y el reo fuere el cabecilla o uno de los autores principales del delito.



*La reclusión simple.* Se cumplía en una fortaleza o en otro edificio, destinados especialmente para ese objeto.

*Agravaciones.* Este ordenamiento prevé, además, como “agravaciones” la multa; la privación de leer y escribir; la disminución de alimentos; el aumento en las horas de trabajo; el trabajo fuerte; la incomunicación absoluta, con trabajo; la incomunicación absoluta con trabajo fuerte, y la incomunicación absoluta con privación de trabajo (artículo 95). Como puede advertirse, la simple denominación de tales penas, con excepción de la multa, denotan lo inhumano y denigrante de todas ellas.

#### *4. Rasgos constitucionales del sistema de penas*

El sistema de penas que establece la Constitución mexicana debe ser interpretado tomando en cuenta no solamente lo que dispone el artículo 22 de la carta magna, sino también otros principios que se encuentran en el propio texto constitucional. Así, por ejemplo, el sistema de penas está obligado a observar los principios de reserva de ley, taxatividad y proporcionalidad, de acuerdo a las siguientes consideraciones. Quizá no sea exagerado afirmar que, de una u otra manera todos estos principios se desprenden o forman parte de un principio más general, que es el principio de legalidad en materia penal.

Como se sabe, el principio de legalidad en materia penal encuentra su fundamento en el artículo 14 párrafo tercero de la Constitución mexicana. El texto de dicho párrafo es el siguiente: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”.

#### A. *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.<sup>7</sup> Aunque ya existía en algunos textos normativos anteriores, no es hasta el siglo XVIII cuando se univer-

<sup>7</sup> Sobre las motivaciones originales del principio de legalidad véase Dietrich, Jesch, *Ley y administración*, Madrid, 1978 y Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, 1976, vol. I, pp. 465 y ss., especialmente p. 468.

saliza y comienza a concebirse como un verdadero derecho individual.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup>

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 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.

<sup>8</sup> Jiménez de Asua, Luis, *Tratado de derecho penal*, 4a. ed., Buenos Aires, 1964, t. II, p. 387.

<sup>9</sup> Traducción de Las Casas (1774), reimpr., Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 14.

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.<sup>10</sup>

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 una materia reservada y hasta qué punto esa materia puede ser “entregada” a la reglamentación del Poder Ejecutivo. Como señala Baño León, “Lo que

<sup>10</sup> Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 126.

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”.<sup>11</sup>

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

<sup>11</sup> 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. En Italia, sin embargo, tanto la doctrina como la Corte Constitucional han distinguido entre reservas “absolutas” y reservas “relativas” para describir la imposibilidad total o parcial de actuación de normas infralegales en algunas materias, *ibidem*, p. 117; véase también, Guastini, Riccardo, “Legge (riserva di)”, *Digesto*, 4a. ed., Turín, 1994, vol. IV.

o al funcionamiento concreto de los centros para 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, Tribunales Co-

legiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VIII, noviembre de 1998, tesis: I.1o.P.48 P, p. 575.

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 las demás cuestiones que pasamos a examinar, las cuales pueden desprenderse también del párrafo tercero del artículo 14 constitucional.

### B. *Taxatividad*

Las penas en el Estado constitucional de derecho no solamente deben estar sujetas al principio de reserva de ley, sino que además deben estar acompañadas de la exigencia de taxatividad, la cual se despliega con mayor amplitud en el campo de la determinación de las conductas sancionables penalmente.

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 disposi-

ción 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 realice. 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 penal.<sup>12</sup> Luigi Ferrajoli describe el principio de taxatividad penal (que también se puede llamar “principio de estricta legalidad”) con las siguientes palabras.<sup>13</sup>

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;

<sup>12</sup> 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; véase también Moreso, José Juan, “Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)”, *Doxa*, Alicante, núm. 24, 2001, pp. 525 y ss., en donde se plantea la interesante discusión sobre la distinta forma en que la taxatividad se aplica a los tipos penales y a las causas de justificación de ciertas conductas penalmente relevantes.

<sup>13</sup> *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 1210.

c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predisuestas 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.

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).<sup>14</sup>

<sup>14</sup> *Idem.*

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 va-

ga 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”.<sup>15</sup>

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 Estado.<sup>16</sup> 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 persona.<sup>17</sup> Era una de las muchas formas

<sup>15</sup> Los pronunciamientos citados se encuentran recogidos en Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 11, pp. 22-25.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> Las citas pertinentes de sus obras se encuentran en Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 12, 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

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.<sup>18</sup>

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 obli-

Virgilio Zapatero, titulado “El arte ilustrado de legislar”, donde se pueden ver más citas de pensadores ilustrados sobre los mismos asuntos.

<sup>18</sup> *Op. cit.*, nota 9, p. 38.



ga 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 época, Pleno, *Semanario Judicial de la Fe-*

*deración y su Gaceta*, t. IX, junio de 1999, tesis: P. XLVIII/99, p. 10.

EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE. SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN 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 época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, mayo de 1995, tesis: P. IX/95, p. 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*, t. I, mayo de 1995, p. 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 demérito 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, semi-

libertad, 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*, t. 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 revi-

sión 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”.<sup>19</sup> 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.

<sup>19</sup> Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 12, p. 45.

### *C. Proporcionalidad*

Habiendo hecho un repaso somero de los principios de reserva de ley y de taxatividad ya contamos con un panorama acerca de los vínculos que la Constitución impone al legislador en materia penal. Pero hace falta subrayar un aspecto adicional: el principio de proporcionalidad.

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 revisitan 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 general.<sup>20</sup>

¿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:<sup>21</sup>

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

<sup>20</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003, pp. 35 y 36.

<sup>21</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 13, pp. 397 y 398.

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”.<sup>22</sup>

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 es-

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 399.

torbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja.<sup>23</sup>

La primera determinación legislativa que está sujeta al criterio de proporcionalidad es la que tiene que ver con la “gravedad” del delito, sostiene Ferrajoli.<sup>24</sup> 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 presun-

<sup>23</sup> *Op. cit.*, nota 9, pp. 39, 41 y 42.

<sup>24</sup> *Op. cit.*, nota 13, p. 399.

ción de inocencia. Lamentablemente, los jueces federales mexicanos se han negado a controlar de esta forma al legislador y, por el contrario, han demostrado una actitud obsequiosa frente a regulaciones completamente desproporcionadas.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Al respecto puede verse, al menos, la tesis jurisprudencial siguiente: “LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, OTORGA AL LEGISLADOR ORDINARIO FACULTADES ILIMITADAS PARA DETERMINAR LOS DELITOS GRAVES QUE NO ADMITEN TAL BENEFICIO”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXI, abril de 2005, p. 1443. Del mismo juicio de amparo derivó también la siguiente tesis: DELITOS GRAVES. LA GARANTÍA DE EQUIDAD NO RIGE RESPECTO DE LA DETERMINACIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE LAS HIPÓTESIS DELICTIVAS CONSIDERADAS AGRAVADAS, PARA QUIENES NO SE ENCUENTRAN EN TALES SUPUESTO. El principio de igualdad en materia penal se cumple cuando se acata lo dispuesto por el artículo 20 constitucional, es decir, cuando las prerrogativas establecidas a favor del inculpado y del ofendido son respetadas dentro de los cauces y límites legales a fin de lograr el desarrollo de un debido proceso. En este sentido, tratándose de la determinación de los delitos graves, éstos deben ser identificados por la ley secundaria en términos del artículo 20, apartado A, fracción I, constitucional, donde el Constituyente facultó expresamente a las Legislaturas Locales para que precisen cuáles son los casos en los que, por tratarse de este tipo de delitos no proceda la concesión del beneficio de la libertad cautiva a favor de a quien se le atribuya la comisión del ilícito; de lo que se concluye que la garantía de equidad no rige res-

A partir de la proporcionalidad se puede enjuiciar tanto el límite mínimo como el límite máximo de la pena establecida para cierto delito.<sup>26</sup> Es decir,

pecto de la determinación por parte del legislador ordinario de las hipótesis delictivas consideradas agravadas para quienes no se encuentran en esos supuestos, toda vez que tal condicionante no se desprende del precepto constitucional en cita. Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXI, abril de 2005, p. 1394, tesis X.1o.36 P, aislada, penal.

Se trata de interpretaciones muy desafortunadas sostenidas por un Tribunal Colegiado de Circuito. En la misma línea parece ubicarse la Suprema Corte cuando en una tesis derivada de un asunto aprobado por unanimidad establece: “se advierte que el Constituyente sólo obliga al legislador a determinar la categoría de gravedad en dichos ilícitos, pero como no instituye el concepto relativo, ni los requisitos y condiciones que lo configuren, debe considerarse que tales aspectos los deja a la elección del autor de la ley”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXI, febrero de 2005, p. 97. Debemos parte de la información sobre los anteriores criterios al trabajo recepcional de Orozco Sánchez, Ubaldo, *La inconstitucionalidad del término medio aritmético como factor determinante en la impropiedad de la libertad provisional en el Distrito Federal*, tesis de licenciatura, Escuela Libre de Derecho, México, 2006.

<sup>26</sup> Por ejemplo a través de la aplicación del sub-principio de necesidad, en su vertiente de necesidad de la norma de sanción; de acuerdo con esta modalidad del sub-principio el legislador está obligado a buscar alternativas al derecho penal, en primer lugar; si no las encuentra debe encontrar, dentro del sistema penal, sanciones alternativas a la privativa de la libertad; si tampoco lo puede hacer debe justificar lo anterior y acreditar la

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.<sup>27</sup>

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 especie de *tasa* que se tendría que cubrir

necesidad de la extensión de la penalidad, demostrando con claridad que el mismo efecto preventivo que busca la sanción no puede ser alcanzado a través de una vía menos lesiva; al respecto, Lopera Mesa, Gloria P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, CEPC, 2006.

<sup>27</sup> *Op. cit.*, nota 13, p. 400.

por el responsable de la conducta delictiva, lo que le quitaría cualquier pretensión disuasoria.<sup>28</sup>

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 otro.<sup>29</sup> 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 párrafo:<sup>30</sup>

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

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 399 y 400.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 401.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 402.

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.

El mismo autor considera 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”.<sup>31</sup>

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

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 399.



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 excesiva 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 precisamente establecidos, pueden no ejercerlos li-

brememente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada.<sup>32</sup>

¿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

<sup>32</sup> 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.

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).