



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
Posgrado en Derecho

“El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de leyes penales”

**Tesis que para obtener el grado de
Maestro en Derecho**

Sustenta el

Lic. Breyman Labastida Martínez

Director de tesis: Dr. Miguel Ángel Lugo G.

ÍNDICE

	págs
<u>Introducción</u>	I
<u>Capítulo I. La pena de prisión.</u>	
1.- <u>Surgimiento de la pena de prisión</u>	1
2.- <u>Ubicación de la pena de prisión.</u>	4
3.- <u>Función de la pena de prisión.</u>	8
4.- <u>Necesidad de la pena de prisión</u>	17
5.- <u>Relación entre política criminal, delito y pena</u>	21
6.- <u>Comentarios.</u>	26
<u>Capítulo II. Escrutinio jurisdiccional.</u>	28
1.- <u>Argumentación jurídica en la decisión judicial.</u>	30
2.- <u>Test de proporcionalidad.</u>	42
a).- <u>Idoneidad o adecuación</u>	44
b).- <u>Necesidad o indispensabilidad.</u>	45
c).- <u>Proporcionalidad en sentido estricto</u>	46
d).- <u>Proporcionalidad en sentido amplio</u>	47
3.- <u>Ponderación a partir del principio de legalidad</u>	48
4.- <u>Comentarios</u>	50
<u>Capítulo III. El principio de proporcionalidad dentro de un Estado</u>	
<u>Garantista.</u>	53
1.- <u>Garantismo penal.</u>	
2.- <u>El qué castigar, el por qué castigar y el cómo castigar</u>	55
3.- <u>Legitimidad judicial.</u>	56
4. <u>Teoría jurídica de la validez de la ley.</u>	63
5. <u>Principio de estricta legalidad.</u>	64
6. <u>Principio de estricta legalidad y ultima ratio.</u>	67
7. <u>Argumentación jurídica y principio de estricta legalidad.</u>	69
8.- <u>Comentarios</u>	70

Capítulo IV. El principio de proporcionalidad aplicado por tribunales extranjeros al decidir sobre la constitucionalidad de leyes penales.

	págs
1.- <u>El caso colombiano</u>	73
2.- <u>El caso argentino</u>	76
3.- <u>El caso chileno</u>	80
4.- <u>El caso español.</u>	83
5.- <u>La visión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.</u>	86
6.- <u>La óptica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</u>	88

Capítulo V. El principio de proporcionalidad aplicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al decidir sobre la constitucionalidad de leyes penales.

1.- <u>Análisis de los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la aplicación del principio de proporcionalidad en materia penal.</u>	93
2.- <u>Desde la óptica de protección social</u>	96
3.- <u>Desde la óptica de protección a la víctimas del delito</u>	98
4.- <u>Desde la óptica de la legitimidad del legislador sobre los derechos del imputado.</u>	99
5.- <u>Desde la óptica de la legitimidad de la pena de prisión.</u>	100
6.- <u>Desde la óptica de la dignidad humana.</u>	102
7.- <u>Desde la óptica instrumental del principio de proporcionalidad</u>	103
8.- <u>Por las consecuencias nocivas que ocasiona su inaplicación</u>	104
9.- <u>Elementos a considerar para verificar una medida legislativa en materia penal.</u>	105
a).- <u>Verificación.</u>	107
b).- <u>Ponderación de los bienes jurídicos en conflicto.</u>	108
c).- <u>Análisis de idoneidad.</u>	
d).- <u>Examen de necesidad</u>	109
e).- <u>Examen de proporcionalidad en sentido estricto</u>	
10.- <u>Análisis del delito previsto en el artículo 267, fracción I, de la Ley de Amparo vigente a partir del tres de abril de dos mil trece</u>	110
11.- <u>Conclusiones</u>	115
<u>Bibliografía, hemerografía y consulta electrónica</u>	118

“El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de leyes penales”

Introducción

El ejercicio del *ius puniendi* en la prevención y castigo de las conductas contrarias al orden social, restringe de modo directo e inmediato derechos fundamentales como la libertad y el patrimonio y, de modo indirecto, la integridad personal y otros valores que atañen al correcto desarrollo físico y mental; de ahí que las leyes que establecen tipos penales constituyen el ámbito de afectación de mayor trascendencia que el Estado puede desplegar legítimamente en contra de los particulares, lo que supone el cumplimiento de los principios que garantizan un mínimo de tutela a los derechos humanos en el ámbito penal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la actividad legislativa en este campo debe respetar diversos principios constitucionales como el de legalidad previsto en el artículo 14 constitucional, con el objeto de que las descripciones típicas sean claras y dimanen de un acto formal y materialmente legislativo; así como el de proporcionalidad en sentido estricto que dimana de lo dispuesto en el numeral 22 constitucional, a efecto de que las sanciones penales guarden correspondencia con los bienes jurídicos y conductas que el legislador previó como delitos.

Sin embargo, nuestro Máximo Tribunal excluyó expresamente del escrutinio jurisdiccional la decisión del legislador en cuanto a la elección de bienes jurídicos a salvaguardar, sanciones y conductas ilícitas.

Esta distinción reconoce, por un lado, la libertad del legislador para fijar el rumbo de la política criminal y por otro, impide al juzgador involucrarse en aspectos inherentes al ámbito de autonomía legislativa.

Al extirparse de las posibilidades de escrutinio jurisdiccional los aspectos anotados, también se impide verificar el cumplimiento del principio de mínima

intervención penal en las medidas legislativas penales, así como el acatamiento a los subprincipios de subsidiaridad y *ultima ratio*, que son parámetros de control que deben aplicarse para verificar la regularidad constitucional de las normas penales según lo han confirmado los supremos tribunales de otras latitudes y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que la prohibición a nivel interno para constatar su cumplimiento por cuestiones de política criminal, desconoce estas garantías por aspectos que desbordan la protección de los derechos fundamentales.

Este trabajo plantea la inexistencia de conflicto entre la posición que guarda el legislador frente a las opciones para fijar el rumbo de la política criminal, con las facultades del juzgador constitucional para revisar el acatamiento de los principios que rigen en materia penal, al verificar la regularidad constitucional de las leyes penales.

Lo anterior se justifica en la medida de que los aspectos atinentes a la elección de bienes jurídicos tutelados, conductas típicas, antijurídicas y sanciones penales, pueden examinarse a la luz del principio de proporcionalidad constatando, en general, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida y, particularmente, lo concerniente al principio de intervención penal mínima y los subprincipios de fragmentariedad, alternatividad, subsidiariedad y *ultima ratio*, para garantizar, de esta forma, que la intromisión del Estado en la esfera jurídica de los gobernados, se encuentre suficientemente justificada y no obedezca solamente a exigencias sociales que lo transformen en un indeseable populismo penal.

Capítulo I. La pena de prisión.

Desde finales del siglo pasado, Franz Von Liszt, identificaba a la pena como un “*mal inflingido al delincuente a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor.*”¹ Dos caracteres esenciales forman pues el concepto de pena: el primero es la lesión sufrida por el autor en sus intereses jurídicamente protegidos, una intromisión en la vida, libertad, la propiedad o el honor del delincuente y el segundo es al mismo tiempo una reprobación tangible del acto y del autor.

En este trabajo interesan ambos aspectos, pues debe quedar claro que la pena de prisión es, por definición, una aflicción en los derechos fundamentales del individuo que obliga a examinar cuál es su justificación.

Lo específico del derecho penal vigente en nuestro ámbito cultural es, sin duda, la sanción de privación de libertad.² El conflicto entre un Derecho penal amplio y flexible (convertido en un indeseable populismo penal) y un Derecho penal mínimo y rígido debe hallar así una solución en el punto medio de la configuración dualista.³

Este es el punto de partida de este capítulo, que plantea exponer el surgimiento de la pena de prisión y paralelamente su relación con el mundo social.

1. Surgimiento de la pena de prisión

Los orígenes de la pena en general, se remontan hacia los 2,000 años A.C. en Babilonia, en el periodo del rey Hammurabi, un cuerpo de leyes compilado e impreso en bloque de diorita que es tal vez el código más antiguo que se conoce y en el que se aprecia, en su parte superior, la imagen de una deidad que dicta las leyes a una figura, en un plano inferior, que representa a

¹ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Trad. SALDAÑA, Quintiliano, 20ed. España: Madrid, ed. REUS, 3 Vol., publicado por la Dirección General de Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Vol. I, México, 2003, p. 197.

² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, ed. B de F, Buenos Aires, 2006, p. 178.

³ *Ídem*, p. 179.

Hammurabi, donde se consagra el principio de la Ley del Tali3n (ojo por ojo, diente por diente).⁴

Empero, apunta Santiago Mir Puig:

“...el origen de la pena de prisi3n, entendida en sus t3rminos actuales, es relativamente pr3ximo, salvo excepciones de escasa significaci3n, hasta el siglo XVI no da comienzo el proceso hist3rico que dar3 lugar en el siglo XVIII a la consolidaci3n de la pena privativa de libertad en su sentido actual de pena consistente en el propio internamiento de un sujeto en un establecimiento penitenciario. Hasta entonces, la historia de la humanidad reserv3 generalmente a la prisi3n funciones distintas, en especial la de servir de custodia de quienes esperaban ser juzgados (la actual prisi3n preventiva) o hab3an de ser sometidos a tormento. Durante la mayor parte de la historia, las penas han privado de bienes como la vida, la integridad f3sica, el honor o el patrimonio, pero no de la libertad por s3 sola. Cuando se privaba de este 3ltimo bien, se hac3a casi siempre como medio necesario para otro fin, como los ya se3alados, o como el de forzar a determinados trabajos (como las minas)...”⁵

Al respecto, podr3an adelantarse diversas hip3tesis para explicar el tard3o car3cter de la implantaci3n de la pena de prisi3n, seguramente influy3, por una parte, que la libertad f3sica no tuvo, hasta los tiempos modernos, la importancia y el significado que hoy posee. Grandes masas de poblaci3n han carecido hasta hace poco, del derecho a la libertad, no ya en su sentido pol3tico, sino en el m3s primario de ser due3o de s3 mismo.

Cuando se admit3an –como en Roma- la esclavitud y los trabajos forzados, quedaba poco espacio para una posible pena de puro internamiento y a pesar de que el Derecho Penal ha sido predominantemente de car3cter privado, hasta la aparici3n del Estado moderno, se tiene que el control penal de los esclavos y de los siervos correspond3a a su se3or, por lo que resulta comprensible que le interesara castigar a aqu3llos con una pena de privaci3n

⁴ Cfr ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *La individualizaci3n de la Pena de Prisi3n*, ed. Porr3a, M3xico, 2003, p. 2.

⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 675.

de libertad que le privase de su trabajo, de ahí que resultase lógico que la venganza privada prefiriese penas que, o bien compensasen económicamente el perjuicio sufrido o, en otro caso, supusiesen una satisfacción inmediata del instinto de venganza (como la muerte o castigos corporales o infamantes).⁶

Tampoco existía la organización necesaria para mantener un sistema de prisión con funcionarios, control a largo plazo, manutención de los internos, etc. La pura privación de libertad podía aparecer como una reacción poco satisfactoria a corto plazo, que en lugar de compensar económicamente obligaba a mantener al condenado y una organización de cierta complejidad, con los costos y preocupaciones consiguientes.⁷

Tal vez esta aparición tardía de la pena de prisión, explique en cierta medida el desdén o la falta de preocupación del Estado en considerar la limitación de la libertad, como una afectación a la integridad del condenado, incluso en no considerarla como una afectación de los derechos fundamentales del ser humano.

Empero, ya desde principios del siglo XVIII, Beccaria apuntaba, de manera ambigua, que *“el origen de las penas tiene que ver con la defensa que el Estado hacía de las porciones de libertad que le eran otorgadas para conformar la soberanía de la nación”*⁸ lo cual también es el origen del *ius puniendi*,⁹ que se justifica en la medida en que el ser humano sacrifica una porción de su libertad natural al Estado, como se explica en el contrato social de las construcciones ideológicas de Hobbes, Locke y Rousseau.

Pero, desde otra perspectiva, ello sería tanto como afirmar que el ser humano ha dispuesto de su libertad personal (que se supone indisponible), cediéndole el poder al Estado para que la afecte en caso de que cometa un delito y luego que el Estado puede privar de tal derecho fundamental por el hecho de que le fue cedida una prerrogativa por definición inalienable.

⁶ Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 675

⁷ *Ídem*, p. 676.

⁸ BECCARIA, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, ed. Porrúa, 16ª edición, México, 2006, p.7.

⁹ Sobre este principio véase MIR PUIG, Santiago, *op. cit.* p. 113 y ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *op. cit.* p. 1.

Franz Von Liszt asentaba más coherentemente, que el punto de partida de la historia de la pena, coincide con el punto de partida de la convivencia social de los hombres, pues hasta en el más remoto periodo accesible a la indagación histórica, entre las razas más duras y degeneradas, hallamos la reacción social, aunque obscuramente presentida, contra el miembro de la sociedad que ha transgredido las normas de convivencia y por lo tanto, ha vulnerado o puesto en peligro los intereses de la comunidad,¹⁰ lo que conduce a concluir que la pena de prisión, desde su origen, es una reacción social que se manifiesta como conservación en contra de las acciones antisociales.

2.- Ubicación de la pena de prisión.

Ferrajoli señala, con acierto que:

“...la historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos, han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia inflingida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno. Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos...”¹¹

Sin embargo, como apunta Raúl Zaffaroni, cuando se quiere conocer el origen de discurso jurídico penal, no puede pensarse que se trata de un producto de mala fe ni de simple conveniencia, como tampoco del resultado de la elaboración calculada de ningún genio maligno, sino que, en buena parte, se

¹⁰ Cfr. VON LISZT, Franz, *op. cit.*, Vol. I, pp. 19 y 20.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, ed. Trotta, España, 2004, p. 386

sostiene por la incapacidad de reemplazarlo por otro, frente a la necesidad de defender los derechos de algunas personas.¹²

En el mismo sentido, dicho autor apunta que los principios limitativos de la materia penal, como el principio de legalidad, proporcionalidad, *non reformatio in peius*, etcétera, son considerados por la doctrina como meramente orientadores, ante la evidencia de que, aplicados estrictamente, llevarían a la abolición de la pena.¹³

Acerca de las doctrinas abolicionistas¹⁴ algunos estudiosos se han pronunciado por su inaplicabilidad por la circunstancia de que los gobiernos no han encontrado otra solución para combatir el desprendimiento del sujeto activo del entorno social, pero también se ha reconocido la incoherencia en la pretensión de resocializar a través de la pena de prisión, es decir, el deseo de educar para la libertad y la privación de la libertad como herramienta para conseguirlo.¹⁵

En este sentido, se sigue manteniendo la idea de que el derecho penal es indispensable y en el peor de los casos un mal necesario. En esto va implícito que todo el sistema propicia su dogmática, sometida a la orientación del sistema de modo exclusivamente acrítico.

De aquí la decisión de preferir discutir la orientación misma del sistema penal, antes que tomar en serio cualquier posición teórica de los derechos fundamentales que acaso nos conduciría al absurdo de pensar que el derecho penal lleva inmanente la labor de protección de los derechos fundamentales a través del control social, expresado en la propia afectación de tales prerrogativas.

¹² Cfr. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *En Busca de las Penas Perdidas*, ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 18.

¹³ Cfr. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Derecho Penal, parte general*, ed. Porrúa, México, 2001, p. 104.

¹⁴ Las teorías abolicionistas son aquellas que impugnan la legitimidad, tanto de la pena como del sistema penal y que sus expresiones más radicales las encontramos en la posición marxista, donde el derecho penal y la pena son considerados como instrumentos de la clase en el poder, superestructuras que responden a una estructura apoyada en la forma de producción capitalista, y que al desaparecer, primero por la dictadura del proletariado y después al instaurarse el comunismo, que debe llevar a la desaparición de lo que se llama Estado, donde el derecho penal y la pena desaparecen con la formación de un "hombre nuevo", de una sociedad perfecta sin Estado. Al respecto, cfr. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *La individualización de la Pena de Prisión*, ed. Porrúa, México, 2003, p. 7.

¹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ NUÑEZ, Alicia, *Formulas para la Resocialización del Delincuente en la Legislación y el Sistema Penitenciario Españoles*, Publicado en el Homenaje a M. de Rivocoba. "El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y criminología", J. L. Guzmán Dalbora (coord.), España, 2004, pp. 1 y 18, en el mismo sentido HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 244 y ss.

Pues bien, siendo aparentemente incompatible la pena corporal con el respeto a derechos fundamentales como la libertad; el derecho penal se erige como sistema preventivo, generalmente intimidatorio, sostenido por decisiones político criminales de merecimiento y necesidad de la pena.

Pero la dogmática penal, funcionalizada por decisiones político criminales, puede ser tan arbitraria como la decisión del monarca dentro de un Estado absolutista para preservar el orden social (aunque sea sólo respecto de la inviolabilidad de los derechos fundamentales), como cuando se establecen delitos (con sanción corporal) por demanda social y política (narcotráfico, peculado, contra la administración de justicia, etcétera).

Semejante cuestión hace evidente la necesidad de problematizar la validez de la ley que establece los tipos penales, pues por acostumbrados que estemos a observar la restricción del Estado sobre los derechos fundamentales de los acusados de cometer delitos, lo cierto es que no podemos aseverar la protección de los derechos fundamentales en un Estado Constitucional de Derecho, si no los tomamos en serio.

Más allá de las patentes contradicciones que se ventilan en el plano teórico en el método aplicado para resocializar al delincuente (pena de prisión), el problema se perfila con mayor acento en el plano práctico a través del uso excesivo de la pena de prisión, con la grave sede de efectos negativos que produce en el ámbito interno de la persona, de sus familiares y de la sociedad misma.¹⁶

De tal forma que sin desconocer la tendencia que propugna en última instancia por una organización sin Estado, es de mayor relevancia en este trabajo buscar formas de minimizar las afectaciones que se producen por el ejercicio que el Estado hace del *ius puniendi*, en acatamiento al principio de mínima

¹⁶ Por ello se ha hecho patente la necesidad de instaurar medidas alternativas a la pena de prisión, por lo menos, en aquéllos delitos que no ameriten irremediablemente la instauración de tal medida. Cfr. Elías Carranza, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD (Proyecto RLA/88/001/D/01/01 "Apoyo al sistema de justicia y derechos humanos para el desarrollo") y de la Universidad de West Indies UWI. Ediciones Depalma Buenos Aires, 1992.

intervención penal; para lo cual, pretendo acotar la justificación de la pena, a un ámbito de racionalidad que tutele, en mayor medida, los derechos fundamentales, lo cual no quiere decir, desde luego, que la justificación resulte útil para todos los delitos que actualmente forman parte del orden jurídico mexicano, sino sólo para aquellos que cumplan con las exigencias del Estado garantista.

El modo de funcionamiento del Estado garantista, no puede concebirse adecuadamente según el modelo de un órgano ejecutor, inconsciente de los derechos fundamentales. El Estado integrándose en el proceso de reconocimiento de tales derechos, ha modificado los determinantes del proceso de valorización en cuanto tal, apoyado en un compromiso de naciones.

El sistema obtiene una limitada capacidad de planificación, que puede utilizarse para procurar legitimación, dentro del marco de la democracia formal, con miras a la evitación reactiva del autoritarismo y a garantizar los intereses contradictorios de las fracciones singulares de la población, orientadas hacia los valores, usos y costumbres de los grupos sociales.

Es por ello, que la medida las penas, deben ser el último recurso del Estado para lograr la paz social, pues de lo contrario su actuación adquiere un cariz arbitrario que pugna con el sistema de garantías de los derechos fundamentales.

El derecho penal en el difícil camino que pasa de la venganza privada a la consolidación de los Estados, es la historia del esfuerzo de controlar las agresiones y la venganza, mediante su regulación por las normas penales y procesales penales que garanticen la tutela de derechos fundamentales del individuo y de la colectividad, derivada de la necesidad política de fijar normativamente ámbitos, límites y fines al ejercicio del derecho punitivo.¹⁷

¹⁷ Cfr. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *La Individualización de la Pena de Prisión*, ed. Porrúa, México, 2003, pp. 16 y 17.

3.- Función de la pena de prisión.

La necesidad de la pena es el principio que inicia el derecho penal moderno ya que implica, según los doctrinarios del derecho penal, poner en cuestionamiento y establecer límites al poder estatal. La pena ha de imponerse sólo cuando es necesaria, en caso contrario sería una arbitrariedad, ya que la pena de prisión es una sanción enérgica del poder coactivo prevista por el Estado para el sujeto activo del delito, lo que la coloca en la línea de tensión entre el ejercicio del poder coactivo del Estado en contra del delincuente, por vía del *ius puniendi* y la salvaguarda de los derechos de los demás miembros de la sociedad, para evitar la venganza privada.

Las doctrinas de la pena del siglo pasado se pueden dividir en dos grandes categorías: las teorías llamadas absolutas y las llamadas relativas. Son teorías absolutas todas las doctrinas retribucionistas, que conciben la pena como fin en sí mismo, es decir, como castigo, compensación, reacción, reparación o retribución del delito, justificada por su valor axiológico intrínseco; por consiguiente no un medio y menos aún un coste, sino un deber ser metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento. Las teorías absolutas parten de que la pena es un mal, pero no un mal sin fundamento, sino un mal que se impone al delincuente por el culpable incumplimiento de derecho.¹⁸ Las principales ópticas que aquí se contemplan son la pena como retribución y como expiación.

Son, por el contrario, teorías relativas, todas las doctrinas utilitaristas, que consideran y justifican la pena no sólo como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos. Cada una de estas dos grandes clases de doctrinas ha sido dividida a su vez en subclases. Las doctrinas absolutas o retribucionistas quedan divididas según el valor moral o jurídico atribuido a la retribución penal. Las doctrinas relativas o utilitaristas se dividen por su parte en doctrinas de la prevención especial, que refieren el fin

¹⁸ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, segunda edición, ed. Civitas, Madrid, España, 1993, p. 33

preventivo a la persona del delincuente y doctrinas de la prevención general que lo refieren por el contrario a la generalidad de los asociados.

Ferrajoli ha señalado que *“la tipología de las doctrinas utilitaristas se ha enriquecido recientemente con una nueva distinción: la que media entre doctrinas de la prevención positiva y doctrinas de la prevención negativa, según que la prevención –especial o general- se realice positivamente a través de la corrección de delincuente o de la integración disciplinar de todos los asociados, o bien negativamente, mediante la neutralización del primero o la intimidación de los segundos”*.¹⁹

Los contenidos de las teorías de la pena, se reducen, en general a dos fórmulas: *punitur, quia peccatum est* (teoría absoluta) y *punitur, ne peccetur* (teoría relativa). A partir de este contenido no cabe confrontar ya naturalmente, la mayor parte de las teorías recientes.

En la actualidad puede considerarse demostrado que sólo se castiga para mantener el orden social, de modo que todas las teorías se insertan en el *ne peccetur*, o más precisamente: en el interés por la estabilización de la norma.

Por su parte, GÜNTHER, Jakobs plantea que *“la polémica sólo gira ya en torno a si (y en qué medida) la pena ha de determinarse en virtud de esta función o de si tiene un contenido independiente de su función. En una teoría de la pena se denominan absolutos aquellos elementos cuyo contenido surge, sin consideración a la contribución de la norma a mantener el orden social, exclusivamente de la circunstancia de que se ha lesionado una norma; éstos pueden ser, junto al “si” de la pena, también su medida o límite máximo. Consiguientemente, son relativos aquellos elementos de las teorías de la pena cuyo contenido lo proporciona la función de la pena para el orden social”*²⁰ es decir, la pena se halla sometida a la reserva de su necesidad social.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...* p. 22.

²⁰ GÜNTHER, Jakobs, *Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, trad. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis Serrano, ed. Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1997, p. 20.

Veamos brevemente cuáles han sido las principales funciones que se la han atribuido a la pena de prisión a lo largo de la historia.

Como mera retribución, el principio retributivo más conocido es la ley del talión (ojo por ojo, diente por diente), es decir, el principio de un mal por otro igual, que limita la venganza a la medida de la pérdida del bien ocasionada por el hecho.

Esta concepción recibe la característica de "absoluta" debido a que ve que el sentido de la pena no es la prosecución de alguna finalidad social útil, sino que sostiene que dicho sentido radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, ósea que agota todo el fin de la pena en la retribución misma, explicada por Kant como un imperativo categórico emergente de la idea de justicia y fundamentada dialécticamente por Hegel como la negación de la negación del Derecho.

Así, niega una concepción del castigo que se fundamente en razones de utilidad social que ilícitamente convierta al hombre en un "medio" instrumental en beneficio de la sociedad ya que las concepciones preventivas resultan incompatibles con la dignidad humana porque sólo cabe motivar con el castigo a los animales, respecto de los seres humanos la única motivación admisible es la que surge de la propia norma, concebida como una orden –no matarás– que precede a la descripción legal –al que matare a otro ...*se le impondrá una pena de...*, cuya existencia es independiente de la sanción.

El mal de la pena está justificado por el mal del delito, es concebida como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la Ley del Tali3n.

Ella niega o aniquila al delito, restableciendo el derecho lesionado, ha de imponerse por el delito aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad, aunque no se logre un efecto intimidatorio ni exista riesgo alguno de reincidencia debe igualmente aplicarse.

Esto no significa que las teorías retribucionistas no asignan función alguna a la pena: por una u otra vía le atribuyen la función de realización de justicia. La opinión más generalizada afirma que la pena presupone la reprochabilidad del comportamiento sometido a ella y expresa esa reprochabilidad.

La pena es concebida por esta teoría como reacción por lo sucedido y desvinculada del porvenir ya que su fin es reparar el delito y no evitar delitos futuros. Esto explica la sólida interconexión establecida entre las teorías del delito y la pena:

- a) El fin de la pena es restablecer el orden alterado por el delito.
- b) El delito, condición de la pena, exige la realización de un comportamiento contrario a la norma, más, la existencia de culpabilidad en el autor del mismo.
- c) El sistema se basa en el libre albedrío siendo culpable aquél sujeto que pudiendo motivarse en el respeto de la norma optó por la opción contraria y delinquirió. El haberse mantenido al margen de las exigencias que le plantaba el orden jurídico, no obstante haber podido ajustarse a ellas (el haber podido obrar de otro modo) es el criterio generalmente aceptado sobre el cual se fundamenta el juicio de culpabilidad.
- d) La medida de la pena depende de la gravedad del hecho realizado y el grado de culpabilidad del autor, estableciéndose así un criterio de proporcionalidad entre delito y pena.²¹

A diferencia de la retribución, la expiación no es una restitución del orden correcto de las cosas, sino la reconciliación del delincuente consigo mismo con el ordenamiento quebrantado, en definitiva, con la comunidad. Con la expiación moral, el culpable se libera de su culpa, alcanza de nuevo la plena posesión de su dignidad persona. Expiación en este sentido, sólo puede tener éxito de todas formas, allí donde el culpable preste su libre arrepentimiento que sea visto por la sociedad como redención de su culpa.²²

²¹ Cfr. HEIKO H., Lesch, *La función de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios No 17, Colombia, 2000, pp.18 y 19

²² *Loc cit.*

La expiación como comprensión por parte del autor del injusto realizado, así como la necesidad de pena, con la consecuencia de una reconciliación con la sociedad, ya no se propugna hoy en día como función principal de la pena. En parte se afirma que es legítimo que la pena posibilite la expiación, pero sin que se pretenda la expiación con carácter forzoso. En tanto que se quiere decir que el fenómeno de la punición, incluida la ejecución de la pena, ha de configurarse de modo que se fomente la disposición del autor a la expiación, no se trata ya de un problema de la teoría de la pena.

En la medida en que entra en juego la idea de que la expiación puede contribuir a la legitimación de la pena –como efecto secundario– ha de objetarse.

La pena compensa la infracción de la norma. Toda expectativa ante el autor que vaya más allá de la pena, apunta a algo más que únicamente a la simple comprensión. Por ello, la expiación como reconocimiento activo de la norma, no constituye motivo para atenuar la pena o para punir, pero la ausencia de expiación es algo propio necesariamente de la infracción de la norma no subsanada y por lo mismo no constituye un fundamento de la pena, junto a la infracción de la norma. Además, la promesa del autor de que puede reconciliarse con la sociedad mediante la aceptación de la pena no tiene en cuenta que las sanciones informales pueden ser independientes de las formales.²³

La prisión como prevención general, concibe a la pena como una amenaza que por medio de las leyes se dirige a toda la colectividad con el fin de limitar al peligro derivado de la delincuencia latente en su seno. Esta coacción formulada en abstracto se concretiza en la sentencia, cuando el juez refuerza la prevención general al condenar al autor debido a que por este acto está anunciando a los demás lo que les ocurrirá si realizan idéntica conducta (por eso, la lógica de este criterio exige que las penas sean cumplidas, de lo contrario, el fin intimidatorio se ve afectado). Así, en su formulación pura, estas concepciones no se fijan en los efectos que la pena puede surtir sobre el autor

²³ Cfr. GÜNTHER, Jakobs, *op. cit.* p. 25.

mismo, de manera que, "prevención general", significa también evitación de los delitos mediante la producción de efectos sobre la generalidad.

Estas teorías suelen ser identificadas con el aspecto intimidatorio de las penas ya que su justificación estará dada por su fin de evitar la comisión de hechos punibles respecto de sus potenciales autores. La prevención general actúa no sólo con la conminación general de penas, sino que adquiere mayor efectividad con su imposición y ejecución. La conminación penal debe intimidar y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de la amenaza. La ejecución de la pena tiene lugar con el objeto de que la amenaza de la ley sea una verdadera afrenta.

Esta teoría parece presentar la ventaja de no tener que recurrir al criterio clásico de la culpabilidad sino al de motivabilidad del autor. Así, el tipo penal consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es motivar (mediante la amenaza con una pena) para que esa conducta no se realice.

La prevención general puede ser entendida de un modo diverso al precedentemente expuesto. Por una parte, puede manifestarse por la vía de la intimidación a los posibles delincuentes (prevención general negativa), y, por la otra, como prevalecimiento o afirmación del derecho a los ojos de la colectividad. Así se adjudica a la pena ya un fin de conservación del orden, o de conservación del derecho, o para fortalecer la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia de la generalidad, o bien reforzar las costumbres sociales y la fidelidad al derecho o como afirmación de la conciencia social de la norma.

Es la posición extrema contraria a la teoría de la retribución está la prisión como prevención especial. Según este punto de vista preventivo-especial, el fin de la pena es disuadir al autor de futuros hechos punibles, es decir, evitar las reincidencias (versión moderna de la teoría) y sólo es indispensable aquella pena que se necesite para lograrlo, se procurará readaptar al autor mediante tratamientos de resocialización. Así, la necesidad de prevención especial es la

que legitima la pena, según Von Liszt; "sólo la pena necesaria es justa". Se habla de "relativa" porque su finalidad está referida a la "evitación del delito".²⁴

La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Esta concepción, influenciada por el determinismo, no admite la libertad de voluntad, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena.

Von Liszt se dedicó a clasificar delincuentes considerando que la eficacia de la incriminación exige que ella se adapte a cada sujeto, procurando corregir, intimidar o inocuizar, según la personalidad de cada individuo sobre el que la pena deba cumplir su función preventiva, de modo que para dicho autor la prevención especial actúa de tres maneras:

- Corrigiendo al corregible: resocialización, prevención especial positiva
- Intimidando al intimidable, prevención especial negativa
- Haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables, prevención general negativa.

La necesidad de la pena es la que fundamenta en esta teoría de la imposición. Pese a que existen razones para considerarlo concepción dominante, éste punto de vista también es vulnerable. Algunas objeciones a la teoría de la prevención especial, son, en cuanto al fundamento y límites del "ius puniendi", el ideal de corrección explica el fin que persigue la pena pero no contiene ninguna justificación del "ius puniendi". Además, no sirve para fundamentar la conminación de penas, sino en todo caso, para fundamentar la aplicación y ejecución de penas; no posibilitan una delimitación del "ius puniendi" en cuanto a su contenido; pueden crear el riesgo de fundamentar el Derecho Penal contra los inadaptados –enemigos políticos- o los asociales –mendigos, vagabundos, prostitutas, etc.

²⁴ Cfr VON LISZT, Franz, *op. cit.* vol. III, pp. 11, 26 y 27.

Resulta válido cuestionar el derecho del Estado a someter a tratamiento contra su voluntad a una persona, especialmente si es adulta, porque puede traducirse en una manipulación de la personalidad para obligarla a dejar de ser lo que quiere. La imposición coactiva de un proceso de resocialización entra en contradicción con la idea de un estado de derecho que exige pluralismo. Así, el fin de resocialización será de tan poca precisión que podría ampliar incontroladamente el poder del Estado en el campo del Derecho Penal. Incluso debería perseguirse un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, aún a riesgo de que la duración sea indefinida.

En México, la idea de la enmienda y de la resocialización han justificado, gracias a su ambiguo humanitarismo, la formación de centros de encarcelamiento que se consideran aptos para albergar cualquier cantidad de individuos, con la finalidad de darle a la pena de prisión un carácter terapéutico de corrección de los delincuentes.

La objeción más obvia a este tipo de conceptualización de la pena de prisión, es que el tratamiento resocializador, no es compartido por el condenado *“en una aflicción añadida a su reclusión y, más exactamente, en una lesión a su libertad moral o interior que se suma a la lesión a su libertad física o exterior que es propia de la pena privativa de libertad.”*²⁵

Una objeción más grave aún, es que el fin pedagógico o resocializador propugnado por todas estas diversas doctrinas no es realizable, pues no existen penas correctoras o terapéuticas, ya que la cárcel, en particular, es un lugar criminógeno de educación e incitación al delito.

Como apunta Ferrajoli *“represión y educación son en definitiva incompatibles, como lo son la privación de la libertad y la libertad misma que constituye la sustancia y el presupuesto de la educación, de manera que lo único que se puede pretender de la cárcel es que sea lo menos represiva posible y por consiguiente, lo menos desocializadora y deseducadora posible.”*²⁶

²⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 271

²⁶ *Loc. Cit.*

Ni siquiera los bienes que ha de reconocer el derecho penal, disfrutan de protección absoluta. La sociedad no es una institución para la conservación de bienes o para optimizarlos; en realidad, a veces se sacrifican bienes para posibilitar el contacto social (lo que puede designarse a su vez como un bien).²⁷

La definición de un conflicto como delito indica por parte del Estado una opción político-criminal entre las diferentes opciones que tenía para enfrentarse al proceso interactivo definido socialmente como conflictivo o desviado.

Convencionalmente el objeto de protección del derecho penal recibe el nombre de bien jurídico, lo cual se encuentra relacionado al principio de lesividad que rige en esta materia.²⁸ Ello implica la exigencia de que el objeto protegido tenga la condición de bien jurídico y de que quede fuera del ámbito de protección del derecho penal todo objeto protegido que no lo sea. De ahí que, resulte necesario definir materialmente lo que es un bien jurídico de modo que esa definición permita establecer si el objeto jurídico protegido por la norma es o no un bien jurídico. De otro modo, el concepto de bien jurídico no pasaría de ser una etiqueta sin contenido tan válida como cualquier otro, por ejemplo, interés jurídicamente protegido, para designar el objeto jurídicamente protegido por el tipo penal.

El concepto de bien jurídico es nuclear en el derecho penal para la realización del principio de lesividad, pero inmediatamente se procede a equiparar bien jurídico lesionado o afectado con bien jurídico tutelado, identificando dos conceptos sustancialmente diferentes, pues nada prueba que la ley penal tutele un bien jurídico, dado que lo único verificable es que confisca un conflicto que lo lesiona o pone en peligro.²⁹

Cuando en un Estado social y democrático de derecho la instancia política competente decide proteger un determinado objeto porque lo considera merecedor de protección penal, sólo se puede hacer bajo los

²⁷ Cfr. GÜNTHER, Jakobs, *op. cit.*, p. 56.

²⁸ Cfr. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Derecho Penal, parte general*, ed. Porrúa, México, 2001, p. 121

²⁹ *Idem*, p. 121

condicionamientos que imponen las reglas y principios que definen esa estructura social. Por ejemplo, los principios de igualdad, justicia y dignidad de la persona. La sola mención de estas reglas y principios ya permite descartar el carácter de bien jurídico de valores como la moral la tradición o ideas políticas religiosas o culturales. Estos objetos no pueden tener el carácter de bienes jurídicos, porque su protección penal de una determinada ideología religiosa por ejemplo, significaría una vulneración del principio de igualdad pues se estaría privilegiando esa ideología religiosa respecto de otra. Diferente es si el Estado decide proteger la libertad religiosa, pues en ese caso no está privilegiando a ninguna en particular sino que está garantizando a todas su libre ejercicio. Luego lo fundamental es identificar la relación social concreta que se quiere proteger a fin de establecer la posición de las personas dentro de esa relación social.

En la sociedad las personas se relacionan de acuerdo con sus necesidades sobre ellas se construyen interacciones de conflictos y surge el requerimiento social del mantenimiento de una determinada relación social de necesidad. El bien jurídico es una relación social concreta sintético jurídica, dialéctica y necesaria, por ejemplo, la vida, la libertad y la salud.

4.- Necesidad de la pena de prisión

El derecho penal en su conjunto como institución, sólo ha de ejercerse cuando sea necesario. Existen varios principios asociados a la materia penal, como el de legalidad en sentido estricto, que consigna que un hecho sólo puede ser considerado delito si se encuentra establecido como tal en una ley; el de lesividad que establece que sólo se sancionan los actos que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico, basado en el principio de mínima intervención penal; culpabilidad que indica que sólo se puede imponer la pena cuando el hecho le es reprochable al agente; entre otros.

En el desarrollo de estos principios han aparecido a lo largo del tiempo, una serie de subprincipios que son expresiones mas concretas de los mismos. Sobre algunos de estos subprincipios (subsidiariedad y fragmentariedad), se

sustenta la hipótesis de este trabajo, pero en este capítulo, sólo se anotará en qué consisten dichos principios y su expresión más concreta como *ultima ratio*.

Orellana Wiarco, citando a Zaffaroni, encuadra dichos subprincipios dentro del principio de justicia como aspecto material del *ius puniendi*, para no quedar en un plano abstracto, y los resume como el de dañosidad social (sólo punir conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos de la más alta jerarquía); como se adelantaba, el de subsidiariedad (únicamente acudir a la sanción penal cuando otros mecanismos del derecho sean insuficientes); de proporcionalidad y adecuación a la culpabilidad (el límite de la pena debe ser el límite de la culpabilidad); de tolerancia y respeto a la dignidad humana (no invadir la esfera íntima o moral del individuo, ni imponer penas infamantes o vejatorias); de exacta aplicación de la ley penal (tiene que ver con la seguridad jurídica).³⁰

Para efectos de nuestro estudio, nos interesa mencionar los subprincipios de alternatividad, subsidiariedad, proporcionalidad y fragmentariedad, pues son los que impactan más claramente en el contenido del delito y de la pena.

La alternatividad puede ser externa e interna. La externa significa que el derecho penal debe abrirse en ciertos y determinados supuestos a opciones diferentes que permitan la solución de conflictos, como la mediación o sistemas de reparación, sin perjuicio que se establezcan las previsiones legales, tanto en el ámbito penal como en el procesal, para evitar el abuso y la arbitrariedad. Internamente, por otra parte, la alternatividad se traduce en que el juez disponga de un amplio abanico de penas para que pueda elegir fundadamente, entre diferentes opciones, la que resulte más adecuada para el caso, pues nunca uno es igual a otro, y aun llegado el caso, la opción de no imponer ninguna.

Conforme al subprincipio de proporcionalidad la pena ha de ser proporcional a la gravedad de la afcción producida. A efectos de la ponderación de la gravedad entran a jugar la importancia del bien jurídico, la intensidad de su

³⁰ Cfr. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *op. cit.*, p.p. 15 y 16

afección –no es lo mismo si sólo hubo un riesgo o una lesión efectiva–, así como aspectos subjetivos referidos a la acción, esto es, dolo o imprudencia y los referidos al sujeto mismo (la interpretación de este subprincipio por nuestro Máximo Tribunal, será objeto de un análisis posterior).

Por lo que hace al subprincipio de fragmentariedad, estipula que el derecho penal sólo ha de intervenir en determinadas situaciones puntuales que signifiquen un peligro para los bienes jurídicos de mayor valía y no en todas. Esto significa que hay márgenes de actuación que representan riesgos para el bien jurídico no punibles. Del principio de necesidad de la pena deriva que sólo los comportamientos más graves pueden ser causa de una reacción penal y no aquellos que producen riesgos de escasa entidad. Dicho de otra forma, no todo ataque y afección a un bien jurídico debe ser sancionado penalmente, sino aquellos ataques más graves.

De ahí su carácter fragmentario, ya que de toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, el Derecho penal sólo se ocupa de una parte o fragmento.³¹

Estos subprincipios pueden conjugarse o bien interpretarse conjuntamente, para realizar un examen de la proporcionalidad de las penas y de los delitos sometidos al escrutinio jurisdiccional, que puede plantear la supresión de determinados delitos por la insignificancia de riesgo para el bien jurídico que representa su comisión.

Con la misma base argumental se ha de resolver el problema concursal que puede presentarse cuando un mismo conflicto puede dar lugar a una demanda civil y a una denuncia penal. Es obvio que el ofendido no puede tener la facultad de elegir entre una u otra vía. Se trata, en consecuencia, de trazar el límite entre el ilícito civil y el ilícito penal.

³¹ Cfr. GALLARDO ROSADO, Maydelí, *et al*, *Fundamentos de Derecho Penal Mexicano*, Tomo I, ed. Porrúa, México, p. 114

Es obvio que el ámbito del ilícito penal está fijado por el tipo penal y será su rigurosa interpretación la que fijará su alcance y al mismo tiempo la frontera con el ilícito civil. Sin embargo, el problema se presentará cuando el tipo penal no cumpla con la exigencia de certeza que conlleva el principio de legalidad. En estos casos será el intérprete, es decir, el juez, el que tendrá que resolver el conflicto de leyes y establecer la frontera sobre la base de determinar el plus de ilicitud implícito en el tipo que fundamenta la incriminación del comportamiento.

En otras palabras, dado el carácter fragmentario del derecho penal, el ilícito penal siempre tendrá que tener en estos delitos frontera un plus de ilicitud.

El subprincipio de subsidiariedad, por su parte, precisa una exigencia elemental: la necesidad de jerarquizar y racionalizar los medios disponibles para responder al problema criminal adecuada y eficazmente, en definitiva, que la política penal ocupe el último lugar en los planes de la política criminal del Estado.³²

Como *ultima ratio*, significa que si existe un recurso jurídico menos gravoso que el derecho penal para la persona, éste ha de ser prioritario. Así, en este sentido tienen un carácter prioritario frente al derecho penal el derecho civil para la reparación pecuniaria del daño, el derecho administrativo o el derecho laboral, por ejemplo.

La ley no debe establecer más que penas estricta y evidentemente necesarias y proporcionales al delito, establecen el artículo 8º de la Declaración de 1789, el artículo 16 de la Constitución Francesa de 1793 y el artículo 12 de la de 1795 y antes aún el artículo 9º de la Declaración de Virginia de 1776 había prohibido infligir castigos crueles e inusitados. Expresado también por Beccaria: “...No sólo es de interés común que no se cometan delitos, sino que sean menos frecuentes, proporcionalmente al daño que causen a la sociedad... Debe por esto haber una proporcionalidad entre los delitos y las penas...”³³

³² *Ídem*, p. 112

³³ BECCARIA, *op cit.*, p. 35.

Esto significa que el Estado, frente a un determinado conflicto, antes de recurrir al derecho penal, ha de agotar todos sus recursos y desarrollar otras alternativas políticas para su solución. El derecho penal sólo puede imponerse ante la imposibilidad o el fracaso de otras políticas en la solución del conflicto. De esta manera, el derecho penal sólo puede imponerse como extremo recurso del Estado, es decir como razón última, lo que nos obliga a volver al concepto de *ultima ratio*.

Ultima ratio, en su concepción primigenia puede concebirse como aquél subprincipio que establece que el derecho penal es un medio de control social que debe intervenir sólo cuando los otros han fracasado y cuando el conflicto ya no tenga solución. En otros términos, el derecho penal ha de limitarse a ofrecer el último recurso cuando los demás medios de control social, jurídicos o no, han fallado.

El acudir a la vía penal sólo puede ser *in extremis*, esto es, cuando no se dispone de otras posibles técnicas de intervención o éstas resultan ineficaces, como *ultima ratio*.³⁴

En esta tesitura, el principio de la *ultima ratio* no consiste solamente en decir que cada vez que haya algún conflicto el juez, el ministerio público, el abogado, el policía, etcétera, debe buscar otra forma diversa a la penal de resolver el conflicto, sino también que el legislador debe criminalizar solamente los comportamientos que no encuentren solución en mecanismos menos lesivos.

5.- Relación entre política criminal, delito y pena

La política criminal viene a ser el contenido sistemático de principios garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena, según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito, por medio de la pena y de sus formas de ejecución.³⁵

³⁴ *Loc cit.*

³⁵ Cfr GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *Derecho Penal Mexicano*, ed. Porrúa, Cuarta Edición, México, 1997, p. 45.

Binder la define como “*El conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal (coerción penal) hacia determinados objetivos*”³⁶

Desde principios de este siglo y en los trabajos de redacción del Código Penal Mexicano de 1931, se concibió a la política criminal, como un conjunto pragmático y sistematizado de normas, procedimiento, objetivos, metas, estrategias y medidas de diversa naturaleza del Estado, fundado en los requerimientos y demandas sociales, para prevenir, perseguir y en su caso, reprimir la actividad delincencial.³⁷

La política criminal, entendida como disciplina que orienta los fines de la pena, cumple, además, una función crítica del derecho penal: la resocialización del infractor.

Es en esa realidad del mundo jurídico que surge la figura de Von Liszt, considerado una figura íclita en materia de política criminal, sobre todo a partir de su trabajo intitulado “Programa de Marburgo”.

Liszt como ningún otro, sistematiza el pensamiento político-criminal, y aunque reconoce su vinculación con el derecho penal al extremo de indicar que derecho penal y política criminal “deben marchar juntos”, expresa claramente que el primero no puede ser sustituido por el segundo; en esa dialéctica de relación, y teniendo en cuenta los fines de la política criminal es que pronuncia su ya conocido apotegma, de que “El derecho penal es la barrera intransgredible de la política criminal”.

Para la concepción de Von Liszt la política criminal, tiene un fundamento de carácter antropológico y sociológico, el cual se acuña, en la determinación de los orígenes del delito, ello para poder configurar un efectivo modelo de “defensa social”, dentro del cual es que incardina a la política criminal, como parte integrante de la ciencia del derecho penal.

³⁶ BINDER Alberto M., *Política Criminal. De la formulación a la praxis*, ed. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1997, pp. 42 a 43.

³⁷ Cfr. GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, *Política Criminológica Mexicana*, ed. Porrúa, México 2000, p. 1

Se distingue así, cuál es la finalidad de la política criminal, indicándose que no tiene metas pedagógicas, ni tampoco esclarecedoras en cuanto a la etiología del delito, sino que su misión se vincula, a la función política, en el mejor sentido de contienda contra el fenómeno delictivo, desde la perspectiva legisferante, siendo a tal actividad a la que Liszt denomina política criminal para distinguirla de la política penal.³⁸

Lo anterior, se puede resumir, según Liszt en lo siguiente: “Los dos polos en torno a los cuales se desenvuelve toda doctrina política, son: el fin y los medios. La política criminal trata del fin, en los medios; la política penal de los medios, como fin. La primera estudia el delito profilácticamente y los medios – penas y medidas– para combatirlo y prevenirlo, sólo en vista de ese fin; mientras la otra entiende sólo de medios represivos –penas– valorados como fines.”³⁹

En síntesis, podríamos indicar que desde su origen, la política criminal ha estado vinculada a la dogmática jurídico-penal, y que la censura proclamada entre ambas disciplinas, en esta época se ha ido difuminando a través de una línea de pensamiento, que acepta, que las finalidades político-criminales tienen ciertos niveles de ascendencia respecto de la estructura de la dogmática, aunque reconociendo límites entre ambas, fundados precisamente dichos límites en principios constitucionales los cuales se entienden como rectores de la política criminal en los estados constitucionales.

La relación entre delito y política criminal en nuestro país, es un factor de innegable peso sobre la conceptualización de pena, pues parece indubitable que el derecho penal contemporáneo no puede pretender escapar a la realidad social de que el delito no se reduce a fenómenos jurídicos y que la solución de los conflictos sociales es mejor entendida, si al análisis del sistema de la teoría del delito, se incorporan los datos empíricos que la política criminal y la criminología permiten conocer.

³⁸ Cfr. VON LISZT, Franz, op. cit, Vol. II, pp. 60 y 61.

³⁹ *Loc. Cit.*

La confluencia entre sistemática penal y política criminal, es necesaria y útil, siempre que se tenga en cuenta que esta última disciplina, no puede hacer reducible el derecho penal a su antojo y que encuentra su real límite en el sistema de garantías que reivindica en atención a la centralidad de la persona humana, así pues, sin olvidar la “relatividad” o condicionalidad socio-cultural” del Derecho Penal, se trata de enmarcar la política criminal en el contexto del concepto de persona, su dignidad y sus derechos fundamentales.⁴⁰

El marco constitucional que nos rige, previene un amplio régimen de libertades públicas, de garantías fundamentales y procesales bien definidas, sin embargo, en nuestra historia de la persecución de delitos no es dable negar que han surgido de vez en vez, regímenes de excepción, que han derivado, a su vez, en abusos y excesos lamentables que han sabido coexistir con las normas constitucionales.⁴¹

El diseño de una correcta actividad estatal, que tienda a enfrentar los conflictos sociales catalogados como “delitos”, debe iniciar por la reflexión de cuál es la misión del derecho penal como uno de sus instrumentos de poder para enfrentar al delito.

Tal cavilación debe ser antecedida por vislumbrar el origen del derecho penal democrático, éste además de ser elemento de represión, se constituye como instrumento de garantías, a partir de la doctrina de la ilustración sobre la base filosófica del contractualismo, erigiendo una triada garantista en el sentido de: 1) Reducir la expansión del derecho penal, mediante la exigencia de la lesión de bienes jurídicos –así sólo podría constituir delito, lo que lesionara las libertades ciudadanas aseguradas en el contrato social–; 2) Las renunciaciones de los ciudadanos a ciertos espacios de libertad, delimitados como prohibiciones, es decir como abstenciones de conducta, con la finalidad de evitar la lesión de derechos de terceros, debían quedar exactamente predeterminadas, ello significa desde ya, el advenimiento del mandato de certeza; 3) El poder del

⁴⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ Jesús-María *Política Criminal y Persona*, ed. AD-HOC, Argentina. 2000 p. 28.

⁴¹ Cfr. GONZÁLEZ DE LA VEGA, *op. cit.*, pp. 2 y 3.

Estado para limitar los ámbitos de libertad no es un poder autónomo, discrecional o arbitrario, ello por que el Estado no era un fin en sí mismo –ni actualmente lo puede ser– sino que es una creación al servicio del hombre, de ahí que el poder conferido al denominado “Leviathan” es susceptible de limitaciones que surgen de la propia dignidad humana. En síntesis la visión de origen del derecho penal en la época del pensamiento ilustrado fue la de un poder limitado y racional.⁴²

Las consecuencias de emplear el Derecho penal como la solución de la mayoría de los problemas sociales, ha resultado contraproducente, lo que se evidencia empíricamente con la inflación penal y los excesos del rigor punitivo, que lejos de reforzar los mecanismos inhibitorios y de prevenir el delito, producen efectos criminógenos.⁴³

Se ha entendido por un sector de la doctrina que la misión del derecho penal debe ser la protección de los valores de la actitud interna y mediatizadamente la de bienes jurídicos en tal sentido Welzel dijo: *“La misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares”*.⁴⁴

Como toda política, la política criminal habrá de considerar antes de la definición de un comportamiento como delito los efectos sociales que producirá la prohibición o mandato y habrán de ponderarse los perjuicios y beneficios previsibles que resultarán de su aplicación.

⁴² Cfr. HASSEMER Winfried. *Viejo y Nuevo Derecho Penal*, en Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Ed. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1999, pp. 18 a 19. El original del artículo corresponde a la publicación “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts” que apareció en Zeitschrift für Rechtspolitik, 1992, pp. 378 ss. Y según se informa, fue traducido por Francisco Muñoz Conde con el título “Crisis y Características del Moderno Derecho Penal” en Actualidad Penal. 1993. La cita del título en alemán corresponde a esta última publicación.

⁴³ Cfr. GARCÍA PABLOS, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, ed. Universidad Complutense, Madrid, 1995, p. 274.

⁴⁴ WELZEL Hans, *Derecho Penal Alemán*, Parte General, 11° edición alemana, 4° edición castellana, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile. 1993, p. 5.

De este modo, si su aplicación resulta más nociva que el conflicto que trata de solucionar o inadecuada para los fines que persigue, la norma penal será en consecuencia innecesaria.⁴⁵

Para su obtención el derecho penal deberá contar con los datos y previsiones que puedan aportarle otras ciencias sociales, como la historia, la estadística, la sociología, la antropología o la economía.

Desde esta perspectiva de las consecuencias, puede comprobarse que la prohibición absoluta de todo aborto, por ejemplo, excluyendo el sistema de indicaciones, tiene un carácter criminógeno y discriminador, pues provoca la instalación de clínicas clandestinas administradas por personas que los provocan sin estar cualificadas para este tipo de intervenciones quirúrgicas con los consiguientes daños a la vida y la salud de las mujeres de escasos recursos económicos, ya que las que los tienen pueden acudir a clínicas con buenos profesionales.

En la incriminación secundaria este principio posibilita que se pueda considerar que el Ministerio Público disponga del principio de oportunidad y, en virtud de ello, de la facultad de renunciar al ejercicio de la acción penal en ciertos y determinados casos cuando las consecuencias de la aplicación de la ley produzcan más perjuicios que beneficios.

6.- Comentarios.

La privación de la libertad es una afectación grave y trascendente en los derechos fundamentales de la persona humana, por ende, la pena prisión, aunque se encuentre justificada por el Estado de Derecho, es proclive a atentar contra la dignidad humana si se instrumentaliza al destinatario de la sanción penal como medio para lograr la paz social, sin posibilidad de que se verifique la regularidad de la decisión legislativa.

⁴⁵ Es obvio que la previsión de las hipotéticas consecuencias no puede basarse en meras conjeturas sino en datos científicos.

Resulta de interés, no sólo para el sector de los teóricos del derecho, sino para la sociedad entera, que se problematicen los aspectos que atrae la actuación del Estado cuando obra como represor de conductas delictivas, ya que afecta prerrogativas inherentes a la persona humana.

Al ser de tal magnitud la afectación a derechos fundamentales, la pena de prisión supondría una justificación como *ultima ratio*, es decir, como recurso final para sancionar una conducta antisocial.

Sin embargo, la pena de prisión se ha utilizado por el Estado como un mecanismo para legitimar su actuación frente a la sociedad y mantener el *status quo* del poder.

Analizar si los tipos penales cumplen con el principio de *ultima ratio*, en cualquiera de sus sentidos, es inconcebible en nuestro país, pues aquí no se cuestiona si las leyes penales son, en su aspecto sustancial, el último recurso para solución de las controversias, ni se excluye la aplicación de la fuerza punitiva del Estado en caso de que existan otros medios menos lesivos de solución de conflictos, ya que se encuentra vedado para la juzgador constitucional cuestionar la elección del legislador sobre los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones establecidas en las leyes penales, como se verá en un capítulo posterior.

Sobre ello baste, por el momento, ver el catálogo de delitos que se sancionan con pena de prisión, en las legislaciones punitivas federal y de las entidades federativas, entre los cuales podemos observar delitos cometidos contra la administración de justicia, peculado, narcotráfico, fraude, daño en propiedad ajena, despojo y un sin fin de conductas típicadas como delito, que bien podrían tener medios alternativos de solución, pero que no se establecen así, ya que el Estado a través del legislador procura prever como delictivas, aquéllas conductas que la sociedad repruebe, es decir, atiende exclusivamente a cuestiones de política criminal, dejando de lado la teoría de la justicia y los principios que rigen la materia penal, de importancia tal, como el de mínima intervención penal.

Capítulo II. Escrutinio jurisdiccional.

Un aspecto que conviene tener en cuenta para justificar y explicar la actuación del jurista, no como observador del derecho, sino como dictaminador de la validez o invalidez de los actos y de las normas, es el de la racionalidad de la motivación jurídica, que involucra las valoraciones a reglas y formas que no siempre llegan al mismo resultado, pero que deben acomodarse en el discurso práctico para la solución de conflictos individuales y sociales.

El método de adoptar supuestos se aplica a todas las clases de enunciados derivados de la normatividad positiva, por ejemplo, si decimos que la privación de la vida se ubica en el supuesto normativo de homicidio, derivaríamos que el enunciado correspondiente es indefectiblemente: ante la existencia de la conducta de privar de la vida se actualiza el delito de homicidio.

Sin embargo, no todos los conflictos de derecho pueden resumirse a una fórmula tan simple, aunque las maneras de argumentar jurídicamente, sí pueden examinarse desde tres planos: el conceptual (o ideal), el normativo y el fáctico.

Para Jerzy Wróblewski, estos planos jurídicos se expresan (en la argumentación jurídica) desde un punto de vista externo y otro interno; entonces, la justificación de las premisas argumentativas en el derecho, presupone la incorporación de la actuación del juez al plano democrático, mediante sentencias que no sean arbitrarias o evidentes, basado en el mandato constitucional que le confía el ámbito jurisdiccional.

El razonamiento que emplea la autoridad jurisdiccional para justificar sus decisiones tiene una vinculación directa con la ausencia de legitimación que le es propia por no ser una autoridad electa popularmente dentro de un sistema democrático.⁴⁶

⁴⁶ Así lo reconoce Luigi Ferrajoli, cuando explica el carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los jueces para fundar la independencia respecto a cualquier poder representativo de la mayoría, *Cfr.* FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y Democracia*, en *Jueces y Derecho, Problemas Contemporáneos*, CARBONELL, Miguel, *et al* (compiladores), ed. Porrúa, México, 2004, p. 105.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta, es el de las doctrinas de legitimación; de acuerdo con Ferrajoli las auto-poyéticas consideran al derecho como un valor en sí y asumen el principio de legalidad tanto como principio interno (validez y vigencia) y como principio externo (axiológico), estas doctrinas derivan su fortaleza de la norma o de la fuente; y las hétero-poyéticas que asumen al derecho como una herramienta, como un instrumento para proteger los derechos innatos o naturales, distinguen entre el plano ontológico y el axiológico, proviene su valor no de las formas o de las fuentes, sino de sus contenidos concretos.⁴⁷

Luego, en las doctrinas hétero-poyéticas se niega el valor del derecho intrínseco por el solo hecho de estar vigente y hace patente la necesidad de la prioridad axiológica desde el punto de vista ético político, cuyo papel es la crítica y la transformación del derecho, mientras que las convenciones de las doctrinas auto-poyéticas confunden los planos interno y externo de la validez de la norma, al atribuirle legitimidad por la fortaleza de la forma y de la fuente, esto es, por haber sido emitidos conforme al proceso de producción de las normas y por la autoridad constitucionalmente facultada para ello, soslayando la validez sustancial (de contenido) de la norma.

El Estado decimonónico, de gran influencia en nuestro actual sistema, conserva las exigencias de la pirámide Kelseniana de unidad, coherencia, jerarquía, economía y completitud,⁴⁸ es decir, se basa en las doctrinas auto-poyéticas con esbirros de los estados absolutistas y premodernos, donde la legitimación descendía desde lo alto, cuya cúspide era la fuente de una razón perfecta apriorística e incondicionada, que ahora se traslada al legislador, cuyos actos, entiéndase leyes, gozan de esta validez por el sólo hecho de haber sido emitidas por el órgano constitucionalmente competente para hacerlo.

⁴⁷ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...* p. 881.

⁴⁸ Cfr. VIGO, Rodolfo Luis, Rodolfo Luis, *De la ley al Derecho*, ed. Porrúa, México, 2003, p. 7

Por el contrario, una visión garantista, cambia el paradigma decimonónico y la legitimación se somete a un proceso de mejora constante, en la que la validez de la norma no se mide en función del cumplimiento de los estándares formales de su creación, sino que se somete al escrutinio jurisdiccional para verificar el contenido sustancial que legitima su aplicación.

1.- Argumentación e interpretación jurídica en la decisión judicial.

Sin referirme a la ideología que el juez puede adoptar para resolver un problema de interpretación jurídica (positivismo o iusnaturalismo ideológico), comenzaré diciendo que la mayoría de las teorías de la argumentación se encuentran cimentadas en la incapacidad de las fuentes de derecho de dar solución a los problemas de derecho.

Además de ello, la argumentación jurídica tiene una función íntimamente ligada a lograr justificación en la decisión del juzgador (desde el punto de vista objetivo) dentro de la sociedad democrática.

También debo distinguir entre la interpretación y la argumentación jurídica, en el sentido de que interpretar es, *lato sensu*, dotar de significado a un determinado enunciado; en cambio, argumentar, es dar una o varias razones a fin de sostener una tesis u opinión. Son dos actos del intelecto distintos.

En el ámbito más común del lenguaje ordinario y coloquial, la expresión “dar un argumento” significa ofrecer una razón o conjunto de razones en apoyo de cierta conclusión. Los argumentos son, así, intentos de apoyar ciertas afirmaciones o decisiones con razones. De este modo, argumentar tiene una importancia especial porque constituye una manera de informarse acerca de qué afirmaciones o decisiones son mejores que otras; así como algunas conclusiones pueden apoyarse en buenas razones, otras tienen un sustento más débil.⁴⁹

⁴⁹ Cfr. DEHESA DAVILA, Gerardo, *Introducción a la Retórica y la Argumentación*, Edición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005, pp. 174 y 175.

La teoría de la interpretación, luego de haber confesado la inviabilidad de dar por justificada la decisión judicial, con la sola remisión a la autoridad o a través de inferencias formales, se ha preocupado por estudiar el modo apropiado de argumentar para alcanzar aquella justificación y este terreno originario de la argumentación judicial se ha ido extendiendo a otras decisiones autoritarias incluyendo la legislativa.

Es decir, las sociedades democráticas y pluralistas han forzado a proyectar los estudios de justificación racional judicial a otros ámbitos donde también se dictan órdenes y mandatos a los ciudadanos, quienes exigen que se les brinden razones o argumentos que las respalden apropiadamente. La racionalidad jurídica del redactor de normas originaria y privilegiadamente tratada en torno al juez, ha fructificado en otros ámbitos donde, desde un punto de vista cualitativo, se hacen tareas similares.⁵⁰

Sobre la interpretación, debemos tener presente que es un término que dista mucho de ser un concepto claro, ya que puede designar tanto al proceso interpretativo como al resultado de ese proceso, es decir, el proceso interpretativo como la actividad de interpretar o como el resultado de esa interpretación.

La etimología de la palabra “interpretar” se compone del sustantivo “*praest*” o “*praestatio*”, que significa de oscuro significado y va precedido de la preposición “*inter*”, que nos da idea de una actividad intermedia o de mediador, que se sitúa, en nuestro caso, en la línea de tensión que vincula la realidad con el derecho.

Acerca de la interpretación como una actividad, el diccionario de la Real Academia de España, señala que interpretar es “*explicar o declarar el sentido de una cosa y principalmente el de los textos faltos de claridad*”; con esta

⁵⁰ Cfr. VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al Derecho*, ed., Porrúa, México, 2003, p. 210.

definición, bien podemos concebir la actividad de los que interpretan el contenido de una norma, pero delimitaríamos en mucho sus alcances.

Según la concepción práctica del derecho, la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento, con la precisión de que el intérprete no está al servicio exclusivo ni de una ni de otra, sino, en todo caso, de las dos a la vez, manifestando así cierta autonomía frente a cada una de ellas que deriva del vínculo que hace que una dependa de la otra.⁵¹

En un concepto amplio, podemos encuadrar a la interpretación jurídica como una operación consistente en atribuir significado a cualquier formulación normativa, independientemente de si existen o no dudas o controversias en torno a su interpretación.⁵² En esta concepción, la operación de atribuir significado a un texto, resulta ser siempre una operación valorativa entre el significado propio de las palabras y el contexto que envuelve al precepto normativo.

Una acepción aún más amplia, nos permite incluir dentro de la actividad interpretativa a otras labores que desarrolla el jurista, como la identificación de las fuentes del derecho válido, la sistematización del derecho, la integración de lagunas, la exposición y delimitación de una rama del derecho y la solución de antinomias.

Para referirnos al producto de la interpretación, bastaría acotarlo como un concepto estricto que hace referencia a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de duda o controversia sobre su ámbito de aplicación.⁵³ No obstante, la parte trascendente de esta concepción, se refiere al resultado que produce convicción en el ánimo de intérprete, pues la

⁵¹ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho Dúctil*, ed. Trotta, Madrid, España, 1995, p. 78.

⁵² Cfr. LIFANTE VIDAL, Isabel, *La Interpretación Jurídica en la Teoría del Derecho Contemporáneo*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, México, 1999, p. 90.

⁵³ *Loc. cit.*

respuesta que se origina por un método de interpretación normativa, por sí misma no representa solución absoluta sobre una incongruencia legal, sino que se encuentra a expensas de un mejor método interpretativo o al cambio de las condiciones jurídicas. La interpretación judicial de la ley, es siempre un juicio sobre la ley misma.⁵⁴

Es por ello que los órganos encargados de la interpretación jurídica y el propio legislador, han tratado de diferenciar entre los métodos de interpretación, para discernir en torno a lo apropiado o no de una interpretación, que si bien en principio, proviene de una apreciación subjetiva, debe acotarse a diversos criterios para su emisión, tales como la historia, las condiciones políticas y sociales, el ánimo del legislador, la doctrina y otras disposiciones normativas.

Lo anterior confirma que toda interpretación tiene un punto de partida filosófico, aun cuando luego se desarrolla en diversas modalidades y aplicaciones.

Desde este punto de vista, existe una teoría de la interpretación que es parte de la filosofía del derecho, y que se dedica especialmente a dar cuenta del tipo de argumentaciones que se hacen en el manejo diario del derecho. La filosofía del derecho considera la interpretación como uno de sus más importantes capítulos, pero a la larga como ella es fundamentalmente filosófica, la interpretación se remite a la filosofía general. De esta suerte, la interpretación es, en primer lugar, un problema filosófico; en segundo lugar es un problema filosófico-jurídico y finalmente, es un problema jurídico-dogmático.⁵⁵

Dentro del tema de interpretación constitucional, advertimos un doble objeto posible: o bien se procura con ella fijar el sentido de una norma constitucional;

⁵⁴ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y Democracia*, en *Jueces y Derecho, Problemas Contemporáneos*, CARBONELL, Miguel, et al (compiladores), ed. Porrúa, México, 2004, p. 104.

⁵⁵ Cfr. GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO, *La interpretación constitucional como problema*, en la obra coordinada por FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional*, México, ed. Porrúa, 2000, vol. IV, p. 3412.

o bien interesa para fijar el sentido de una norma o de un comportamiento en relación a la Constitución.⁵⁶

Desde la primera perspectiva, la Constitución es el material jurídico que funciona como la condición primera del acomodamiento sucesivo de los materiales jurídicos, entonces la Constitución contiene las determinaciones más generales de la creación progresiva o escalonada del orden jurídico.⁵⁷ En esta forma, podemos definir a la interpretación constitucional a partir del objeto interpretado, o sea el texto constitucional, y así se amplía el campo subjetivo, dado que se abarca a aquellos que tienen por misión específica ser los guardianes o intérpretes supremos de la ley fundamental, y también a los que incluso carecen de toda autoridad para imponer u oficializar el resultado de su esfuerzo interpretativo.⁵⁸

Si partimos de la segunda premisa, es decir, fijar el sentido de una norma o de un comportamiento con relación a la Constitución, debemos precisar las hipótesis a las que puede llevar la confrontación entre la juridicidad constitucional con la infra-constitucional:

- 1) Cuando la regla constitucional prohíbe hacer algo y la otra norma lo manda o un comportamiento impone efectuarlo.
- 2) Cuando aquélla manda hacer algo y la otra norma infra-constitucional lo prohíbe o impide su realización.
- 3) Cuando la regla constitucional permite hacer algo y otra norma lo prohíbe o el comportamiento de un tercero impide efectuarlo.
- 4) Cuando la regla constitucional prohíbe hacer algo y la otra norma lo permite o un comportamiento impone su realización.
- 5) Cuando la regla constitucional manda hacer algo y la otra norma permite no hacerlo o un comportamiento impide efectuarlo.

⁵⁶ Cfr. VIGO, Luis Rodolfo, *Interpretación Constitucional*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina, 1991, p. 83

⁵⁷ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, *Algunas consideraciones sobre la Interpretación Jurídica*, ed. Moreno Perú, 1975, p. 144.

⁵⁸ Cfr. VIGO, Luis Rodolfo, *op. cit.*, p. 82

6) Cuando la regla constitucional permite no hacer algo y la otra norma lo manda o un comportamiento impone su ejecución.⁵⁹

La interpretación constitucional del último grado en nuestro país se ha confiado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De esta guisa, podemos concluir que a través de la interpretación constitucional se puede incluso llegar a cambiar el significado gramatical de la ley suprema. Esta interpretación puede modificar, anular o vivificar la propia Constitución. En pocas palabras, puede hacer que todo el orden jurídico agonice o resplandezca de acuerdo a si está realmente protegiendo los derechos del ser humano y garantizándolos con efectividad.⁶⁰

La fluctuación constitucional está relacionada con cambios formales pero también con procesos interpretativos. En este sentido los intérpretes constitucionales juegan un papel de gran importancia para fijar el contenido de la norma constitucional. La interpretación no es únicamente una forma de interiorizar el texto, sino también de modificarlo.⁶¹

La interpretación constitucional implica, de ordinario, exclusiva comprensión de normas, pues también habitualmente se realiza como operación previa al examen de la validez constitucional de la ley, de modo que la Constitución a interpretar opera como parámetro de referencia de otra norma que es objeto de la evaluación.

Por ende, la interpretación judicial de una determinada disposición (ya sea constitucional o legal), puede ser entendida como “decisión”, en torno a esa disposición. Las decisiones interpretativas de los jueces producen obviamente efectos jurídicos, aunque sean circunscritos, por regla general, al caso concreto decidido.⁶²

⁵⁹ Cfr. VIGO, Luis Rodolfo, *op. cit.*, pp. 88 y 89

⁶⁰ Cfr. Prólogo de CARPIZO, Jorge, en CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La Interpretación Judicial Constitucional*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1996, p. 10.

⁶¹ Cfr. VALADÉS, Diego, *Estudio introductorio*, en HÁBERLE, Peter, “El Estado Constitucional”, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2003, p. XXXIX.

⁶² Cfr. GUASTINI, Ricardo, *Estudios Sobre la Interpretación Jurídica*, ed. Porrúa, México, 2004, p. 20.

Así, el esfuerzo interpretativo compete a la “razón práctica”, atento a que todo el conocimiento jurídico no tiene por objeto la contemplación, sino que su finalidad es dirigir o valorar, con mayor o menor precisión y rectitud, a la conducta humana en la que aparece comprometida la justicia,⁶³ lo que se ha olvidado es que el razonamiento jurídico es diferente de la lógica formal y clásica y opera con otros componentes y con otros puntos de vista.⁶⁴

La labor interpretativa, se presenta dentro de una decisión judicial, a través de argumentos, es decir, por medio de razonamientos utilizados para probar o refutar una tesis o para convencer a alguien de la veracidad o validez de un aserto.

Esta es la relación que guarda la interpretación con la argumentación judicial, aunque no sean necesariamente lo mismo, pues bien puede existir una interpretación que no se use para dar una razón o argumento que esté orientado a la defensa de una tesis determinada.

Lo importante es que en una sentencia se refleje el contenido, primero interpretativo y luego argumentativo, de la decisión judicial.

El formalismo jurídico permite separar los campos de observación, para distinguir, lo opinable del discurso legal, de aquello que resulta ser el contenido normativo en que se sustenta la decisión judicial.

Es característica del argumento jurídico involucrar los planos del conocimiento ideal, normativo y fáctico en una dialéctica jurídica; dentro del primer campo (ideal), encontramos a los conceptos, como instrumentos necesarios para desarrollar la labor interpretativa, donde el teórico especula con sus intuiciones mentales para identificar, distinguir o componer la consistencia ideal de las nociones, en tanto la conexión sistemática de los conceptos, asegura sus significaciones y reciprocas influencias dentro de la ciencia.

⁶³ Cfr. VIGO, Luis Rodolfo, *op. cit.*, p. 229.

⁶⁴ Cfr. DEHESA DAVILA, Gerardo, *op. cit.* 32.

En el plano normativo, cada regla indica el medio de obtener su cumplimiento y este medio es, a la vez, una acción y un derecho, donde sólo el juez puede proteger los intereses en la medida en que lo fija la regla y de la manera que ella establece.

En cuanto al plano fáctico, lo importante está en ubicar la naturaleza del conflicto, donde la conducta humana se ha impregnado de relaciones imperativas; este punto corresponde a la noción de los hechos, los cuales se caracterizan por estar siempre en el pasado –son los supuestos normativos–. En las personas, el acontecimiento se ubica en la conducta (actos y omisiones), en tanto que el acontecer físico, es un supuesto del que se parte para que el destinatario de la norma se comporte de cierta manera. El acontecer humano puede ser, tanto supuesto, como consecuencia, ya que la norma puede tomar en consideración una conducta para imponer otra, al igual que puede partir de un hecho para mandar una conducta.

Es natural que con estas afirmaciones se forme una gama de eventualidades y discrepancias acerca de la valoración de las normas y principios al caso concreto, pero es cometido del juzgador establecer racionalmente la respuesta correcta a los conflictos o desacuerdos prácticos que se le plantean o, en palabras de María Cristina Redondo *“una condición necesaria (y en algunos casos suficiente) para garantizar la elección de las premisas correctas, es que hayan sido obtenidas a través de un proceso racional de argumentación.”*⁶⁵

Fuera del paradigma irracionalista del que nos habla Rodolfo Luis Vigo, donde convergen un sinnúmero de factores externos sobre la decisión judicial, que la tornan incontrolable en términos de objetividad y racionalidad,⁶⁶ se acostumbra comparar la sentencia judicial con un silogismo clásico, y esto es algo que ha circulado muy extensamente, por cuanto, sin lugar a dudas, la interpretación jurídica por antonomasia es la interpretación judicial que se plasma en una sentencia. Por cierto, no se trata de la única que existe, ni tampoco la de mayor

⁶⁵ REDONDO, María Cristina, *La Justificación de Decisiones Judiciales*, en *Jueces y Derecho, Problemas Contemporáneos*, CARBONELL, Miguel, et al (compiladores), ed. Porrúa, México, 2004, p. 260.

⁶⁶ Cfr. VIGO, Luis Rodolfo, *Interpretación Constitucional...* p. 208.

efecto vinculante, pero es la que muestra más en lo vivo el proceso que lleva a la interpretación de la norma.

Pues bien, la sentencia judicial, como fruto de un proceso interpretativo, se le ha equiparado con un silogismo, con lo cual la interpretación, a la larga, es un producto típicamente lógico.⁶⁷ En palabras de Carlos Baez Silva:

“...cualquier decisión jurídica, sobre todo la de aplicación judicial de normas puede ser, o de hecho es, escrito en forma de silogismo, “con independencia de la forma en que ha sido alcanzada”. Esto significa que se parte de la distinción entre el acto de decidir y la justificación de la decisión. No interesa aquí el cómo se toma la decisión, sino el porqué la decisión tomada debe ser considerada correcta. En esto estriba la justificación de las decisiones judiciales: manifestar las razones por las cuales se considera que la tomada en el caso concreto es la mejor decisión correcta. Si se sostiene que la justificación de la decisión judicial es de tipo silogístico, la verificación de la corrección de la misma consistirá, en un primer momento, en el examen formal del silogismo, es decir, la decisión estará justificada “si se infiere de sus premisas”, las cuales se presuponen válidas. A esta se le denomina justificación interna y atiende a reglas de lógica formal. Sin embargo, especialmente en los casos difíciles, siempre se pueden poner en cuestión las premisas de la inferencia... en tal situación, la premisa misma debe ser objeto de argumentación. Esta es tarea de la justificación externa. Se dice que una decisión jurídica está justificada externamente “cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación. Esto lleva a sostener que, propiamente, el problema de la justificación de la decisión judicial, no radica en el paso lógico de una premisa a otra y de ahí a la conclusión, sino en la justificación de las premisas con que se construye el silogismo final...”⁶⁸

⁶⁷ Cfr. GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO, *La interpretación constitucional como problema*, en la obra coordinada por FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional*, México, ed. Porrúa, 2000, vol. IV, pp. 3413 y 3414.

⁶⁸ BÁEZ SILVA, Carlos, *Las decisiones judiciales: entre la motivación y la argumentación*, en *Cuadernos de ejercicios sobre argumentación jurídica*, publicados por el Instituto de la Judicatura Federal, serie verde, metodología del trabajo judicial, México, 1/2002, p. 1

Para actualizar estos conceptos a la actuación judicial, debemos tener en consideración que la motivación judicial (como forma culminatoria de la exposición de argumentos en la decisión judicial) es una nota característica de las ciencias sociales, ya que casi nunca pueden acudir a la verificación empírica de los hechos (propia de las ciencias naturales) y con escasa frecuencia a la demostración lógico-deductiva. En consecuencia, el pensamiento judicial –puente de enlace entre la norma general y el caso concreto– ha de renunciar a las verificaciones y demostraciones para centrarse en las fundamentaciones (que se expresan en una argumentación) que constituyen, por su parte, la espina dorsal del razonamiento político.⁶⁹

Motivar, según Perelman, es “*justificar la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las opciones que el juez efectúa*”,⁷⁰ motivar no es tanto (aunque también), mostrar que la conclusión ha sido correctamente inferida de las premisas sino (sobre todo) justificar la corrección de las premisas.⁷¹ De esta definición podemos advertir que la motivación, lleva implícita a la argumentación y la propia decisión judicial, entonces, la motivación es una actividad propia del juzgador.

Precisado lo anterior, hay que recordar que la motivación es un deber del juzgador, o sea, nunca puede faltar la *ratio decidendi* de lo decidido en una sentencia.⁷² Desde el proceso romano –lo mismo que en el proceso moderno– las partes acudían al juez a fin de que el mismo dedujera, de la norma ya formulada por el legislador, la concreta voluntad de ley que se adapte al caso particular, por lo que se hace necesario justificar argumentativamente la decisión a efecto de no caer en arbitrariedad, sin desconocer los márgenes de discrecionalidad de que gozan los jueces, directamente previstos en la ley o indirectamente consentidos por ella.⁷³

⁶⁹ Cfr. NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, ed. Ariel, 2000, p.153.

⁷⁰ Cit. por NIETO, Alejandro, *op. cit.*, p. 154.

⁷¹ Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, ed. Taravilla, Madrid, 2003, p. 32

⁷² *Ídem*, p. 22.

⁷³ *Ídem*, p. 32.

Si conceptuáramos así la motivación de las decisiones judiciales, no habría explicación lógica que justificara o apuntara a que el tamaño o volumen de una sentencia lleve consigo el cumplimiento de los extremos de la motivación o justificación en las decisiones judiciales.

Sin embargo, ha sido actitud, más o menos constante de los juzgadores en México, tanto a nivel federal como local, considerar que los requisitos de justificación de la decisión judicial o motivación en la sentencias, se cumplen de mejor manera si se aglutinan una mayor cantidad de palabras, incluso olvidándose de argumentar los puntos de derecho que realmente se encuentran en conflicto. Por ejemplo, es una labor casi imperativa para los juzgadores ordinarios en materia penal (en ambos fueros), realizar una transcripción (que pretende ser completa) de las pruebas que se tienen en consideración para dictar una sentencia o cualquier otra determinación que implique el estudio de la responsabilidad del reo, como puede ser la orden de aprehensión o el auto de término constitucional.

Esta práctica tan arraigada, no tiene justificación alguna, desde el punto de vista de la argumentación jurídica, pues las exigencias de congruencia, exhaustividad, fundamentación y motivación de las sentencias, no se colman por el hecho de transcribir una serie de pruebas, que de hecho se encuentran en el expediente. Por el contrario, el desgaste de recursos tanto materiales como humanos en esta labor tan infructuosa, lleva inmanente la posibilidad, a la postre, de que se descuiden cuestiones primordiales, como revisar que se hayan respetado todos los requisitos del debido proceso legal.

Este desgaste innecesario de energía, incluso puede involucrar el incumplimiento a las formalidades del procedimiento, como la pronta respuesta o la resolución dentro de los plazos legales, que se vincula con la garantía de pronta impartición de justicia que señala el artículo 17 de la Constitución Federal, pues al desperdiciarse inútilmente el tiempo en transcribir constancias que obren en el expediente, se malgastan valiosos momentos que el justiciable aguarda en la incertidumbre jurídica.

En ocasiones la transcripción de pruebas dentro de una sentencia, se justifica porque así el juzgador puede –sin acudir directamente al expediente– conocer el caso sujeto a su consideración.

Justificar esta práctica de esa manera, es una forma implícita de evidenciar que el juzgador es incapaz de atender a las pruebas que conforman los hechos que le son sometidos a su conocimiento, lo que significa su incapacidad de hecho para juzgar, pues como Michele Taruffo, lo refiere, el examen de los medios probatorios, es un requisito esencial para poder hablar de una decisión justa.

En el extremo superior de nuestro sistema judicial, también encontramos esta práctica, incluso mayormente acentuada y convencionalmente aceptada y exigida.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, lleva un record de asuntos que, por su “relevancia”, no pueden simplificarse a su mínima expresión comprensible, sino que deben culminar en una exposición (o mejor dicho transcripción), de todas y cada una de las constancias relevantes del expediente, aunque se ha tratado de menguar esta práctica a partir de la implementación de directrices para dictar las sentencias del Alto Tribunal.

Una decisión judicial debidamente motivada, no es la que consta de trescientas o quinientas páginas, sino aquélla que como requisito mínimo contiene una justificación de la racionalidad interna y externa de las premisas jurídicas (conceptual, normativa y fáctica), sin soslayar (basándome en Jerzy Wróblewski), que las decisiones jurídicas dependen de valores y directivas:

“...Su racionalidad consiste en su justificación. La injustificación, puede demostrar su consistencia solamente si las premisas de la decisión están expresadas de manera apropiada y si existe una clase de reglas para comprobar su consistencia. Esta clase de reglas que da el fundamento a la F-justificación, es difícilmente adecuado para demostrar el razonamiento en cuestión y, por tanto, se usan analogías de razonamientos formalizados que corresponde a intuiciones corrientes.

Hay, con todo, problemas no sustantivos para preservar la racionalidad interna si no se cometen errores obvios. Las verdaderas cuestiones conciernen, no a la corrección del razonamiento, sino a los valores de las premisas como razones de la decisión. Que las razones de la decisión jurídica, que dependen de valores y directivas, sean buenas o malas, eso es objeto de persuasión mediante una argumentación apropiada...⁷⁴

Reducir la actuación interpretativa del juzgador a un silogismo jurídico, tal vez no haya sido (argumentativamente) suficiente en la transición de las decisiones judiciales dentro de la sociedad democrática; pero resulta cien por ciento preferible a una determinación que carece de una cadena argumentativa para resolver los problemas sometidos a la potestad del juez y en su lugar ofrece un enorme legajo de transcripciones o cuestiones conexas que no se hilan por el intérprete para exponer racionalmente, las conclusiones jurídicas que hacen a una decisión justa. Esto es la falsa argumentación jurídica, la pretendida exposición de afirmaciones que se encuentran relacionadas con el asunto en conflicto, pero que carecen de vinculación directa y racional.

Las sentencias y, sobre todo, las que afectan la libertad personal, merecen estructurarse sobre argumentos que operen unidos unos con otros, para llegar a una conclusión que pueda considerarse lo más justa posible, en donde se valoren interna y externamente las premisas jurídicas y se examinen las pruebas con base en las reglas legales y de la sana crítica, neutralizando, en la medida de lo posible, el uso innecesario de recursos destinados a cumplir con las exigencias de impartición de justicia de la sociedad.

2.- Test de proporcionalidad.

La mayoría de las disposiciones constitucionales y en especial los derechos fundamentales, son una categoría de normas jurídicas denominadas principios.⁷⁵

⁷⁴ WROBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y Hecho en el Derecho*, ed. Fontamara, México, 2001, p. 65.

⁷⁵ Cfr. SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El Principio de Proporcionalidad*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007, p. 27.

Los principios jurídicos se distinguen de las reglas en que los primeros tienen una formulación abstracta que los hace aplicables a innumerables supuestos concretos y ordena otro tanto de conductas para ellos, mientras que una regla es aplicable a un conjunto de hechos fácticos y un principio establece una determinada situación que el orden jurídico debe alcanzar.⁷⁶

De ahí que los principios impliquen un mandato de optimización que en palabras de Robert Alexy significa que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.⁷⁷

A diferencia de ello, las reglas sólo admiten una respuesta categórica, se cumplen o no, invalidándose terminantemente una de ellas en caso de conflicto.⁷⁸

De esta guisa, una regla es derrotable, en cuanto lo que prescribe puede cambiar en un contexto absoluto, por ejemplo, si la regla establece que está prohibido que los automóviles ingresen a un parque, por virtud de la seguridad de las personas que ahí se encuentran, dicha cuestión comprendida con carácter absoluto puede cambiar, cuando se está en el caso de que alguien dentro del parque sufrió un accidente y requiere que la ambulancia ingrese al parque para que sea atendido⁷⁹, en cuyo caso, la regla de excepción aplicará y excluirá a la regla prohibitiva.

En cambio, los principios no deben intercambiarse por otros principios, sino que ante su colisión, subsisten en sus respectivos ámbitos, por lo que el intérprete debe tratar de optimizar las consecuencias normativas de cada uno de ellos, buscando la compatibilidad y la armonía entre los derechos antes que la oposición, hasta donde sea posible.⁸⁰ El principio de proporcionalidad es un

⁷⁶ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, ed. Trotta, Madrid 2003, pp. 110 y 111.

⁷⁷ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, ed. Palestra Editores, Lima, 2007, p. 458.

⁷⁸ Cfr. SÁNCHEZ GIL, Rubén, *op. cit.*, pp. 28 y 29.

⁷⁹ Cfr. Disertación de Manuel Atienza acerca del papel del Juez, en revista *Compromiso*, año 7, No. 87, septiembre de 2008, p.20.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 29.

concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones de los tribunales, sobre todo las de control constitucional sobre los actos de los poderes públicos que inciden en el ámbito de los derechos fundamentales.⁸¹

El test de proporcionalidad, también llamado juicio de ponderación, principio de razonabilidad o de proporcionalidad *lato sensu*, impone pautas de decisión a los órganos estatales que enfrentan la colisión de principios y/o bienes jurídicos con el objeto de armonizar su satisfacción⁸² con base en criterios distintos a los aplicables a los conflictos entre reglas. Esta clase de valoración, esta ponderación de los principios en conflicto, será útil en la presente investigación, en la medida en que, en materia penal, los derechos fundamentales del imputado, tales como su libertad personal, su integridad física e incluso su dignidad humana, pueden entrar en colisión (no siempre es así) con diversos derechos fundamentales, como la propia libertad personal, la vida y la integridad física de otros. En tal virtud, será necesario mencionar los subprincipios que, desarrollados por la doctrina, integran el principio de proporcionalidad: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*.

a).- Idoneidad o adecuación

De acuerdo con este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente válido.⁸³

Este subprincipio implica que para que sea lícita una intervención en un derecho fundamental, debe encaminarse hacia un fin legítimo y la medida debe ser objetivamente idónea o adecuada para realizarlo, es decir, que por su

⁸¹ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, México, ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007, p 41.

⁸² Cfr. CARPIO MARCOS, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa- UNAM, 2005, t. I, p. 371.

⁸³ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *op. cit.*, p. 693.

medio pueda alcanzarse una situación que satisfaga el fin a que supuestamente sirve, por ser ella su consecuencia natural.⁸⁴

Eso es, el subprincipio implica no sólo que las medidas sean consecuentes con los fines que persiguen, sino que sean adecuadas para lograrlos, lo que traducido al ámbito penal, significa que una medida del Estado, como el tipificar una conducta como delito, debe ser idónea para el fin que persigue.

El problema estriba en que los fines del delito o bien, los fines que se persiguen con la pena, se encuentran en crisis, ya que ninguna de las teorías que justifican los fines de la pena se encuentra en pie.

Por ejemplo, si se piensa que el fin de la pena es la prevención general o especial, se tendría que objetar, como se hizo previamente, que la medida no es idónea para llegar a tales fines, ya que las penas han demostrado que no previenen a las personas de cometer ilícitos; los delitos culposos no persiguen la prevención porque no se hacen con intención; la readaptación social no es compatible con una aflicción a la persona humana, etcétera.

Empero, para efectos de proseguir con la hipótesis de este trabajo (fuera de los supuestos que se vislumbraron en el campo del abolicionismo), consideraremos que el fin de la pena se justifica para evitar la venganza privada, lo que posibilitará que se cumpla con el subprincipio de idoneidad.

b).- Necesidad o indispensabilidad.

Conforme a este principio, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe sea la más benigna con el derecho intervenido, entre otras todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.⁸⁵

⁸⁴ Cfr. SÁNCHEZ GIL, Rubén, *op. cit.*, p. 40.

⁸⁵ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *op. cit.*, p. 42.

Este subprincipio dispone que la medida que restrinja un derecho fundamental, la medida debe ser estrictamente indispensable para satisfacer el fin, porque es la medida menos gravosa para del derecho afectado, entre las diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin y no existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disponibles afectan el derecho intervenido en una medida mayor,⁸⁶ lo que se identifica con los principios de alternatividad y de subsidiariedad o ultima ratio, que se abordaron en el capítulo primero de este trabajo.

Entonces, una medida del Estado como tipificar una conducta como delito, será una medida necesaria, siempre y cuando sea la última opción para evitar la venganza privada, es decir, la última opción para lograr el fin que persigue y en caso contrario será inválida.

Lo anterior, en términos sencillos, significa que si el Estado tiene otra opción menos gravosa para darle solución al conflicto, debe optar por ella antes de acudir al ámbito penal.

c).- Proporcionalidad en sentido estricto

De acuerdo con este subprincipio, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido, es decir, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.⁸⁷

Este subprincipio supone una valoración entre un derecho fundamental o principio constitucional y el fin que origina su menoscabo a través del examen de los gravámenes que se imponen recíprocamente para establecer si el

⁸⁶ Cfr. SÁNCHEZ GIL, Rubén, *op. cit.*, p. 45

⁸⁷ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *op. cit.* 42.

beneficio obtenido por dicho fin justifica la intensidad en que se menoscaban aquéllos.⁸⁸

Es en este punto, donde el operador jurídico tendrá que valorar, una vez determinado que la medida consistente en la tipificación de una conducta como delito, es idónea y necesaria para los fines que persigue, ósea, para evitar la venganza privada; cuál de los intereses en conflicto tiene mayor peso, ponderando si el beneficio que se obtiene con la medida es proporcional, con la intensidad que la misma tiene sobre el derecho fundamental del gobernado.

Esto es, la autoridad al elegir, debe orientarse por la opción que menos limite la libertad o cualquier otro derecho fundamental y las ventajas que se obtengan deben compensar los perjuicios causados por el derecho limitado.⁸⁹

Los anteriores principios y subprincipios, servirán para poder desarrollar adecuadamente la hipótesis de este trabajo, donde se intenta sostener que el juzgador constitucional en México puede revisar la validez de las decisiones del legislador al fijar el rumbo de la política criminal, haciendo, por ejemplo, un ejercicio de ponderación de la medida legislativa penal y los derechos fundamentales que se ven afectados por la misma.

Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido lo que resulta razón suficiente para declararla inconstitucional.⁹⁰

d).- Proporcionalidad en sentido amplio

El caso del derecho penal, es singular pues se encuentra justificado desde el punto de vista constitucional (aunque sólo materialmente), fundamentalmente en los artículos 14, 16, 19, 20 y 21 constitucionales, lo que nos coloca en la disyuntiva de determinar qué sucede cuando colisionan los principios

⁸⁸ Cfr. SÁNCHEZ GIL, Rubén, *op. cit.*, p. 48

⁸⁹ Cfr. TRON PETIT, Jean Claude y ORTIZ REYES, Gabriel, *La nulidad de los actos administrativos*, ed. Porrúa, México 2005, p. 34.

⁹⁰ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *op. cit.*, p. 43

constitucionales contenidos en las normas mencionadas, con los derechos fundamentales de los gobernados.

En esta tesitura, debe tenerse en cuenta que al colisionar los principios constitucionales, se crea una relación de tensión entre los intereses y pretensiones que en él participan, al formular contradictorias proposiciones normativas concretas de carácter jurídico, para cuya solución es preciso establecer una relación de primacía condicionada entre los principios colidentes, tomando en consideración las circunstancias del caso.⁹¹

En tal supuesto, debe determinarse si el derecho fundamental intervenido debe ceder ante el principio fundamental que apoya el fin legislativo, esto es, si la medida legislativa conculca o no el derecho fundamental, lo cual constituye la ley de colisión comprendida en amplio sentido, a diferencia de aquella empleada en sentido estricto, en donde los factores de valoración provienen del cumplimiento a los subprincipios anotados con anterioridad.

3.- Ponderación a partir del principio de legalidad

El principio de legalidad procesal, según apunta Zaffaroni *“implica la prohibición de la ley ex post facto, habiendo sido precisado por Feuerbach quien le dio la formulación latina que se enuncia usualmente como nullum crimen sine lege, nullum crimen sine poena legale.”*⁹²

Es decir, el principio de legalidad procesal, se traduce en que no puede haber delito que no esté establecido en una ley y que no puede haber delito si no existe una pena establecida en ley, lo que también implica que la ley debe ser anterior al proceso penal y debe contenerse en una ley formal y material.

Desde el punto de vista formal, la legalidad significa que la única fuente productora de la ley penal, son los órganos constitucionalmente habilitados

⁹¹ Cfr. SÁNCHEZ GIL, Rubén, *op. cit.*, p. 57.

⁹² ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Derecho Penal, parte general*, ed. Porrúa, México, 2001, p. 105

para emitir una ley⁹³ y el procedimiento de creación debe adecuarse a las normas sobre su producción, es decir, a las normas constitucionales que prevén el procedimiento legislativo; mientras que desde el punto de vista material, se entiende que el delito y la pena debe preverse en una ley de naturaleza penal, sin que puedan crearse o desarrollarse por órganos ejecutivos, judiciales o de diversa índole a los legislativos formales y materiales.

El principio de legalidad procesal, desde el punto de vista formal y material, exige a su vez, un principio de taxatividad legal que exige al legislador que agote los recursos técnicos para lograr la mayor precisión posible⁹⁴ en los tipos penales, esto es, que precise el verbo típico con la mayor claridad posible, sin exponer conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión, sin que ello implique que no pueda hacer uso de elementos normativos de valoración cultural.

Ello porque el principio de legalidad en materia, puede entenderse desde el punto de vista procesal (formal y material), pero también desde su sustancia o validez sustancial, donde se verifica que la norma penal cumpla con los principios que enmarcan el Derecho Penal, la validez sustancial se complementa con la vigencia de la norma, la forma es la garantía para que la sustancia se produzca o la forma viola la sustancia, perdiendo su cualidad de validez, que es a lo que Ferrajoli denomina “estricta legalidad”.⁹⁵

Así, el ejercicio de ponderación antes mencionado, puede resultar válido en nuestro país, si interpretamos que el artículo 14 constitucional también consagra el principio de legalidad sustancial y por ende, el juzgador constitucional está facultado, al examinar la constitucionalidad de una ley, no sólo para revisar las condiciones de existencia o legitimidad formal de las

⁹³ *Ibidem*, p 106.

⁹⁴ *Ibidem*, p 111

⁹⁵ Cit. por. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *El principio de legalidad contra el principio de proporcionalidad (reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces)*, en “El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”, editor: Miguel Carbonell, Serie de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008, p. 314

normas (quién y cómo debe decidir) sino también las condiciones de su validez o legitimidad sustancial (por qué se puede o debe decidir).

4.- Comentarios

A pesar de los esfuerzos doctrinarios, ninguna tesis sobre los parámetros que debe observar el juzgador para realizar escrutinio jurisdiccional sobre normas que afecten derechos fundamentales es absoluta, pues en última instancia se afirma, todas hacen depender de la moralidad de la sociedad la determinación del carácter de las consecuencias de cada decisión o del conjunto de ellas.

Por lo mismo, un importante sector se ha desviado, pensando que por muy importante que sea delimitar los parámetros estructurales en que se apoye el escrutinio jurisdiccional, tendrá que admitirse que su eficacia se encuentra fuera del alcance de otros ámbitos, como la autonomía legislativa.

Empero, en todo orden jurídico que impregna la conducta humana de relaciones imperativas, ha visto la ciencia un conjunto de parcelas, muchas veces deslindadas por simple inercia, en la suposición de que las ramas clásicas mantienen su autonomía, porque la ramificación tiene su fundamento en la posibilidad de que cada sector viva y se reproduzca por propias y particulares razones, esta es su autonomía.

Frente al descubrimiento de que en la argumentación jurídica formal tampoco aparecen colmadas las lagunas de las normas basadas en el postulado del legislador racional, se ha advertido que una interpretación axiológica, no está separada por tajantes límites sino en situación de desplazamiento recíproco.

Esta situación de mezcla, esta penetración mutua de la justificación racional y la operativa, se efectúa en los nuevos dominios del ámbito constitucional y garantista de los derechos, donde pueden distinguirse las normas pero se colman por derivados axiológicos del arbitrio judicial.

En ambos casos (la decisión basada en ley o en el arbitrio judicial), el fenómeno social es manifiesto, haya o no una disciplina particularmente enfocada a educir las formas de justificación de las resoluciones judiciales, existe, sin embargo, descontento de los operadores y destinatarios del derecho, sobre las consecuencias que atraen los postulados legales a determinados asuntos particulares, en la medida que no satisfacen la exigencia mínima de justicia.

A riesgo de llegar a la destrucción misma de las posibilidades de conceptuar una sola base para el escrutinio jurisdiccional de normas que afectan derechos fundamentales, debe continuarse con las nociones (ahora relacionadas) de las enseñanzas del sistema decimonónico y su postulado del legislador racional, pero agregando un punto definitorio en las cuestiones particulares, basada en un voto de confianza al juzgador, para que racionalmente encuentre la respuesta menos lesiva a los derechos fundamentales (incluso en contra de la ley y más allá de ella), apoyándose y a la vez limitándose en los principios y valores que de la evolución del derecho han emergido.

La racionalidad en la decisión judicial, no debe considerarse una regresión a la arbitrariedad en los Estados absolutistas, sino una evolución basada en la experiencia y madurez que los juzgadores han alcanzado a través del tiempo, donde conceptos como motivación, principios y valores, no son ajenos a la toma de decisiones y otros como justicia, se acercan vertiginosamente para ser cumplidos, no sólo con una justificación argumentativa de las decisiones, sino con miras consecuencialistas, que intenten guiar a términos más aceptables a los justiciables, procurando el bienestar de unos y el menor perjuicio de otros.

La verificación de la legitimidad de las leyes penales, sí merece una valoración moral, pero no necesariamente debe ser extrajurídica, ya que, si se acercan al juzgador los medios necesarios para hacer fluir su sensibilidad sobre los casos concretos, limitándolo en general con principios y valores jurídicos sin olvidar (y examinando preferentemente) los postulados legales, la racionalidad del juzgador puede convertirse en la puerta para entrar en un sistema jurídico con menor represión, que se traducirá en mayor aceptación y bienestar social.

No es saludable generalizar de tal manera que se imposibilite el cambio con el devenir natural de los acontecimientos jurídicos o, dicho de otro modo, la progresión de los actos de derecho, pues ello implicaría desconocer su propia naturaleza, sin embargo, este trabajo entrevé la propuesta en el sentido de que una argumentación judicial válida, puede expresarse desde el punto de vista de justificación interna y externa en el análisis jurisdiccional sobre la proporcionalidad de la tipificación de los delitos.

Se podrá profundizar tanto como se quiera en los aspectos concernientes a la motivación de la decisión judicial, para poner en evidencia todas las oscilaciones, incluso profundas, que se encuentran en la argumentación jurídica que se emplea dentro de los métodos de interpretación, pero quedará de todas formas inmanente la manera en que los juzgadores tiendan a cumplir estas exigencias en la vida práctica.

Lo que importa especialmente es que la impartición de justicia cumpla con los objetivos sociales, siempre que se encuentren garantizados previamente los derechos fundamentales de los individuos, entonces, la decisión judicial, no sólo debe contar con una cadena de argumentos que resuelvan efectivamente el problema planteado, sino que debe evitar desviar la atención del lector hacia aspectos de ornato que enmarcan las sentencias, para lograr sustentar el fallo sobre cuestiones que se relacionan secundariamente con la cuestión jurídica.

Capítulo III. El principio de proporcionalidad dentro de un Estado Garantista.

Para comprender cómo trasciende el principio de proporcionalidad en las decisiones legislativas que afectan derechos fundamentales derivado de la imposición de una pena (específicamente la de prisión), es necesario dar un breve panorama de los objetos de tutela dentro de un Estado garantista.

1. Garantismo penal.

La orientación que desde algún tiempo se conoce con el nombre de garantismo nació en el campo penal como una réplica al creciente desarrollo de la divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores, así como a las culturas jurídicas que lo han avalado, ocultado y alimentado, casi siempre en nombre de la defensa del Estado de derecho y del ordenamiento democrático.⁹⁶

El significado esencial del constitucionalismo y del garantismo, o bien, de lo que Ferrajoli llama democracia constitucional, es un complejo sistema de reglas, vínculos y equilibrios que incluye al parlamentarismo y también, al Estado social, la división de poderes y también la garantía de los derechos.⁹⁷

Ferrajoli pretende que la definición de derechos fundamentales sean todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar.⁹⁸

La obra de Ferrajoli intitulada: *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, impacta notablemente en la conformación actual de los Estados de Derecho, pues la concepción artificial del Estado y del Derecho, es decir que sólo se justifica o legitima en la medida en que se oriente a proteger derechos y bienes individuales, y la consecuente naturalidad de los individuos titulares de esos

⁹⁶ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...* p 851.

⁹⁷ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos Fundamentales*, publicado en Teoría Política XIV/2, 1998, p. 52.

⁹⁸ *Ibidem*, p.19

derechos; es el próximo paso que vislumbra el actual régimen para consolidar los ideales de progresión del mundo jurídico.

De esta manera, es pertinente y hasta necesario, identificar los aspectos jurídicos que implican un retroceso o un obstáculo para el avance de tendencias contemporáneas como el garantismo, intentando problematizar los efectos de los actos que se adviertan dentro del régimen de seguridad jurídica y conciliar los aspectos positivos con la nueva concepción.

En otros términos, dentro del sistema decimonónico basado en el principio de seguridad jurídica, se han instituido diversas figuras que mantienen en relativa armonía al Estado de Derecho; sin embargo, existen otras cuestiones de notable perjuicio para la vida en sociedad (como los efectos de la pena de prisión para los reos, sus familias y la sociedad) que no pueden evitarse dada la conformación del sistema jurídico.

Por tanto, corrientes de pensamiento como el garantismo, buscan derogar aspectos negativos del antiguo régimen y conciliar los positivos dentro del nuevo, esto es, parafraseando a Rodolfo Luis Vigo: no es que se haya renunciado a la *“previsibilidad, pues ella es un buen antídoto contra la arbitrariedad y una conquista de la seguridad; de lo que se trata es que se emplee una seguridad jurídica que supere el umbral de la injusticia extrema.”*⁹⁹

El presente trabajo, se sustenta en estos parámetros, pues lo que aquí se busca es optimizar los derechos fundamentales de la persona humana, en este caso, del inculpado de un delito, mediante una acción de defensa jurídica, como es el juicio de amparo, que permita el examen de las leyes que establecen como sanción la pena corporal, para hacer del Estado mexicano, un Estado constitucional de derecho de corte garantista, antes que un Estado que simplemente guíe su actuar por las presiones sociales.

Un Estado garantista, presupone un sistema que permita a los justiciables la protección efectiva de sus derechos fundamentales, para lo cual, es necesario

⁹⁹ VIGO, Rodolfo Luis, Rodolfo Luis, *De la ley al Derecho*, ed. Porrúa, México, 2003, p. 8

que exista control de la constitucionalidad de los actos de autoridad del propio Estado.

Por ello, el juzgador constitucional, vigila que los actos de autoridad se encuentren apegados a la Constitución incluso los actos legislativos. Esta revisión, cuyo origen es la *judicial review*¹⁰⁰, que a su vez tuvo su origen en el famoso caso *Marbury vs. Madison*, de 1803,¹⁰¹ es un mecanismo idóneo para salvaguardar los derechos de los gobernados que se ven afectados por la actividad estatal, en este caso, al hacer leyes que establezcan sanciones corporales.

2. El *qué* castigar, el *por qué* castigar y el *cómo* castigar

El *qué* castigar, se refiere a lo que el legislador puede escoger como delito, es decir, a la facultad que tiene para determinar qué conductas deben ser castigadas con ese carácter, lo cual, se rige por cuestiones de política criminal únicamente.

Sin duda, la línea que divide al *qué* castigar y al *por qué* castigar, es tenue, pues la razón de la elección del legislador de *por qué* castigar, tiene que ver con el discernimiento que lo llevó a establecer qué conductas pretendía sancionar.

Es decir, en el plano de lo decidible, el legislador primero escoge qué conductas quiere castigar (*qué* castigar) y concomitantemente opera las razones por las cuales considera que esa conducta debe ser castigada (*por qué* castigar).

El *cómo* castigar, se refiere a la manera en que el legislador impondrá un castigo a quien cometa la conducta delictiva, es decir, se refiere a la pena.

¹⁰⁰ Véase CABRERA ACEVEDO, Lucio, *El constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2005, pp. 13 a 18.

¹⁰¹ Véase GUZMÁN OROZCO, Guillermo, *Fallos Históricos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América*, ed. Dirección de Comunicación Sociales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2000, pp. 81 a 87.

En este trabajo nos interesa el *cómo* castigar, ya que es importante conocer si el juzgador constitucional puede verificar que el contenido de la norma sea acorde al texto constitucional, principalmente para revisar su claridad y que no deje lugar a ambigüedades, verificando que la pena sea proporcional al delito cometido.

El *qué* castigar, también es importante en lo que atañe a la operación de decidir qué conductas serán delitos, lo que pone en tela de juicio la asunción de que el legislador cuenta libertad para elegir las conductas que serán delito.

También nos interesa el *por qué* castigar, es decir, examinar la validez de la norma que establece que una conducta es penalmente relevante, atendiendo a los principios constitucionales que debió seguir el legislador, particularmente, el de *última ratio*.

3.- Legitimidad judicial.

Toda Constitución, para serlo de verdad, debe ser democrática, pero lo cierto es que la democracia legitima la Constitución y le permite obtener su cualidad normativa,¹⁰² pero no hay que olvidar que siempre ha existido la necesidad de limitar de alguna forma el principio mayoritario en virtud de que llevarlo hasta sus últimas consecuencias sería contraproducente incluso para la misma forma democrática de Estado.¹⁰³

El límite al principio mayoritario es la justicia constitucional, que plantea el problema teórico de que: si el principio democrático establece que las decisiones que afectan a la colectividad debe ser adoptadas a través de un procedimiento en el que todos puedan participar con su voz y con su voto, bajo la regla de la mayoría, y si en las condiciones actuales de la modernidad ese principio abstracto se concreta en el establecimiento de un sistema representativo en el que un parlamento elegido periódicamente por sufragio

¹⁰² Cfr. ARAGÓN, Manuel, *Constitución y Democracia*, cit. por CARBONELL, Miguel, *Constitución Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, ed. Porrúa, México, 2004, p. 27

¹⁰³ Cfr. CARBONELL, Miguel, *Constitución Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, ed. Porrúa, México, 2004, p. 31

universal toma decisiones por mayoría; entonces ¿por qué deberían someterse las decisiones del parlamento a un ulterior control judicial?.

Desde el punto de vista del ideal democrático, parece que existe una objeción al control judicial de la ley, esta objeción suele denominarse “la dificultad contramayoritaria.”¹⁰⁴

Para salvar la dificultad contramayoritaria se ha propuesto que la propia Constitución es la que ha querido que las leyes se sometan a un control judicial, esto es, la legitimidad de la justicia constitucional deriva de la Constitución, la cual es expresión de la voluntad popular.¹⁰⁵

Sin embargo, lo cierto es que esta justificación teórica sólo ve la solución en el plano estrictamente positivo, pero deja de lado lo realmente trascendente, esto es, cómo se legitima el juzgador frente a los gobernados. En respuesta a ello, una solución congruente con este trabajo, es que los juzgadores se legitiman con los justiciables a través de sus sentencias, lo que significa que deben fundarlas y motivarlas para que su actuación sea aceptada por los particulares y legitimen su función.

El requerimiento de una justificación sustantiva se fundamenta en la idea de que el argumento judicial debe apoyarse en premisas garantizadas. A su vez, esta idea constituye el corolario de un principio de racionalidad más general, según el cual toda justificación tiene que estar basada en razones a su vez justificadas,¹⁰⁶ pues la mayor presencia de los jueces se ha correspondido históricamente en muchos países que han llevado a cabo transiciones a la democracia, con periodos en los que se ha privilegiado el imperio de la ley por encima de los arreglos político-partidistas.¹⁰⁷

Por tanto, el juzgador se encuentra compelido (con más rigor que otros estratos de gobierno) a motivar o argumentar sus determinaciones, pues carece de

¹⁰⁴ Véase FERRERES, Víctor, *Justicia Constitucional y Democracia*, en “Teoría de la Constitución, ensayos escogidos,” comp. CARBONELL, Miguel, ed. Porrúa, México, 2002, pp. 247 y 248

¹⁰⁵ *Loc. Cit.*

¹⁰⁶ Cfr. REDONDO, María Cristina, *op. cit.*, p. 260.

¹⁰⁷ Cfr. CARBONELL, Miguel, *Constitucionalismo y Democracia, Ensayos Críticos*, ed. Porrúa, México 2004.

legitimación representativa dentro del sistema democrático, además de que la ética del juzgador le obliga a cumplir con los requisitos de exhaustividad y congruencia en el dictado de las sentencias.

En congruencia con lo anterior, al referir legitimidad judicial, se abordan algunos aspectos relativos a la razón de que las decisiones de los jueces deban ser aceptadas dentro de una democracia, donde sus integrantes, no sufragaron para designarlos, o más concretamente, la justificación de la actuación del juez frente a la sociedad democrática.

El poder judicial ha sufrido con frecuencia cuestionamientos políticos aduciéndose principalmente su carencia de legitimidad democrática y en consecuencia, su falta de autoridad para imponerse a las decisiones de aquellos poderes que, como el legislativo y el ejecutivo, cuentan con el respaldo que le brinda la elección popular. Normalmente el mayor activismo judicial es respondido por un proporcional incremento en las impugnaciones fundadas en los mecanismos de designación de los jueces, la extracción social de los mismos, su inamovilidad, la ausencia de responsabilidad política, etcétera.¹⁰⁸

Entre legitimidad y legalidad es preciso establecer un puente conceptual construido a través de los términos representación política y democracia, en virtud de que no es la forma jurídica como tal la que legitima el ejercicio de la dominación política, sino sólo la vinculación al derecho legítimamente establecido y sólo puede tenerse por legítimo el derecho que pudiese ser racionalmente aceptado por todos los miembros de la comunidad jurídica en una formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes. Así vista la cuestión, se puede reducir señalando que el poder político sólo es legítimo cuando se adquiere y ejerce según un determinado orden social (entendido como un sistema de normas) producto del acuerdo o de la convención entre los individuos que se alcanza mediante un discurso práctico racional.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Cfr. VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al Derecho*, ed. Porrúa, México, 2003, p. 210.

¹⁰⁹ Cfr. BÁEZ SILVA, Carlos, *Las decisiones judiciales: entre la motivación y la argumentación*, en *Cuadernos de ejercicios sobre argumentación jurídica*, publicados por el Instituto de la Judicatura Federal, serie verde, metodología del trabajo judicial, México, 1/2002, p. 12.

Debido a la naturaleza de la decisión judicial, la sentencia presupone la existencia de un monopolio de la violencia legítima; el juzgador tiene tras de sí todo el aparato coercitivo del Estado para obligar a que sus decisiones se acaten. Las decisiones judiciales, por tanto, pueden hacerse acatar por la fuerza, pero no cualquier fuerza, sino sólo la fuerza legítima. La legitimidad de la fuerza de la que puede disponer el juzgador para hacer obedecer sus decisiones deriva, en primer lugar de la legalidad de la misma y en segunda instancia de las razones que justifican la existencia de tal fuerza; pero esto no es suficiente para tornar obligatoria una decisión judicial, pues es preciso que se particularice la legitimidad de la decisión concreta que se ha tomado en un caso específico. No es necesario con la legitimación *ab origen* de la facultad de tomar decisiones, sino que se requiere legitimar la decisión en concreto. La legitimidad de la decisión judicial es un asunto de justificación del ejercicio del poder en el caso concreto.¹¹⁰

Desde luego, para abordar este tema, debo partir de una óptica subjetiva, que es la que se refiere a la legitimidad del juzgador (en cuanto a su forma de designación) y la otra objetiva, es decir, la justificación de la decisión judicial, aunque, como reconoce María Cristina Redondo *“la justificación formal y la sustantiva tienen idéntica manifestación externa: se realizan mediante la presentación de un argumento.”*¹¹¹

En el aspecto subjetivo, parto de que el juzgador –en su ubicación dentro del Estado Constitucional de Derecho– carece de representatividad, entendida como la relación de una persona con otra o varias, por la cual la voluntad de la primera se considera como expresión inmediata de la voluntad de la última, de suerte que jurídicamente aparecen como una sola persona.¹¹²

Esta particularidad demuestra que no es factible para el poder judicial, argumentar dentro de una sociedad democrática –construida sobre una

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 13.

¹¹¹ REDONDO, María Cristina, *La Justificación de Decisiones Judiciales*, en *Jueces y Derecho, Problemas Contemporáneos*, CARBONELL, Miguel, et al (compiladores), ed. Porrúa, México, 2004, p. 255.

¹¹² Cfr. JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, ed. Oxford, México 1999, p. 340.

estructura como la de nuestro país– que sus decisiones obedecen a la voluntad del pueblo, y tal vez no sea fortuito que así se haya establecido, pues no parece extraño que se limite la voluntad de las mayorías, para conservar el orden social.

En otros términos, el hecho de que la Constitución del Estado se funde en la voluntad del pueblo, expresada por conducto del poder constituyente, no significa que ésta impere sobre las bases de representación directa o indirecta, pues es propósito del propio Estado, que la soberanía popular ceda terreno al gobierno, y éste se rija por la Constitución.

Entonces, es la ley fundamental, la que confiere atribuciones al poder judicial para que actúe en freno y regulación (de acuerdo con los ordenamientos jurídicos) de la actuación de los demás poderes y de los gobernados, lo que llena la condición de legitimación subjetiva del juzgador.

Sobre ello, constituye elocuente testimonio, aunque sólo referido al poder legislativo, lo expresado por Hamilton en el número LXXVIII de *El Federalista*, en el sentido de que “...no es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la Legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad...”¹¹³

Desde el punto de vista objetivo, es decir, refiriéndonos a la decisión judicial, la justificación de la resolución de un juez está dada en función de los argumentos jurídicos que vierta para concretar la solución lógico-jurídica al caso concreto.

Esta premisa, que pareciera no implicar problema alguno, da por hecho que el juez acepta la norma como justa y que sólo se basa en cuestiones jurídicas para resolver, lo cual, parece improbable, si consideramos que la labor del

¹¹³ Se puede consultar en CABRERA ACEVEDO, Lucio, *El Constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review*, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2005, pp. 87 y 88.

juzgador puede ser tan delicada que implique una valoración de cuestiones morales.¹¹⁴

Para Luigi Ferrajoli *“el fundamento de la legitimidad del Poder Judicial no es “democrático” sino “legal”* ¹¹⁵ y queda justificado por la garantía de los derechos fundamentales del ciudadano y el control de legalidad sobre los poderes públicos, es decir, al igual que las condiciones para considerar la existencia de una Constitución en un Estado, la legitimidad de la jurisdicción proviene de la instauración del sistema para la tutela de las libertades de los ciudadanos frente al arbitrio de los jueces.

En esta línea, la legitimidad del Poder Judicial, solventa las dificultades contramayoritarias de la democracia, en tanto sus decisiones están cimentadas en la Carta Magna, que es, a su vez, la expresión primaria de la voluntad de la mayoría a través del poder constituyente, mientras que los argumentos vertidos dentro de la decisión judicial, deben apegarse a los principios constitucionales y jurídicos, para evitar la arbitrariedad frente al justiciable.

Eugenio Raúl Zaffaroni, lo expresa de la siguiente manera:

“...Ante la falta de una jurisdicción que imponga mínimamente la supremacía constitucional y que opere con cierto grado de eficacia en la decisión y solución de conflictos, cada vez serán menos los obstáculos al ejercicio arbitrario del poder, las mayorías coyunturales y los políticos se burlarán cada día más de los límites constitucionales a su poder, no habrá acotado espacio de juego democrático, sino una selva de disputas con cualquier medio y a cualquier precio, la demagogia y la irracionalidad triunfarán cada día más sobre la racionalidad y la serenidad y nuestras débiles democracias serán cada días más dictaduras en envase democrático, hasta acabar despreciando la forma y, lo que es más grave aún, hasta que los mismos pueblos desprecien a las democracias porque en su experiencia histórica concreta no la

¹¹⁴ En este sentido Cfr. REDONDO, María Cristina, *op. cit.* p. 259

¹¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y Democracia*, en *Jueces y Derecho, Problemas Contemporáneos*, CARBONELL, Miguel, *et al* (compiladores), ed. Porrúa, México, 2004, p. 105.

perciben más que como una máscara encubridora de la arbitrariedad. Las palabras también se “gastan” y es muy grave cuando por abuso, se gasta la palabra “democracia”...”¹¹⁶

Así, podemos concluir que la legitimación de la decisión judicial, desde el punto de vista objetivo, obedece a la falta de representatividad de los jueces dentro de la sociedad democrática, pero, a su vez, se corresponde con las implicaciones constitucionales que le otorgan al juzgador la facultad de revisar la actuaciones de otros poderes a la luz de la Carta Magna, para lograr equilibrio¹¹⁷, es decir, al someter también al legislador a la ley constitucional, se transforma el Estado de Derecho en el Estado Constitucional de Derecho.

De esta guisa, ningún objeto de decisión por parte del legislador constitucional, puede ser ajeno al escrutinio de la decisión judicial, pues es precisamente a través de este mecanismo que se verifica su adecuación con el marco supremo.

Así, no puede objetarse, por razones de autonomía legislativa, la legitimación del control jurisdiccional de la Constitución, para revisar que las decisiones de otro poder se adecuen al ámbito de derechos humanos protegido por la propia Carta Magna.

Por ello, ninguna objeción válida existe para que el Juez constitucional revise si la elección de bienes jurídicos tutelados, conductas típicas, antijurídicas y las sanciones penales, se apega a los principios constitucionales en materia de derechos humanos, así como a la razonabilidad y proporcionalidad que deben observar las decisiones legislativas para no vulnerar tales derechos.

A ese efecto, resulta conducente la aplicación de un test de proporcionalidad en los términos precisados en el capítulo anterior, observando la validez de la norma desde una óptica sustancial.

¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio R., *Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático*, en *Jueces y Derecho, Problemas Contemporáneos*, CARBONELL, Miguel, et al (compiladores), ed. Porrúa, México, 2004, pp. 116 y 117.

¹¹⁷ O como lo plasmó Montesquieu, un sistema de pesos y contrapesos, véase JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, ed. Oxford, México 1999, p. 297 y MONTESQUIEU, *El espíritu de las Leyes*, ed. Oxford, México 1999.

4. Teoría jurídica de la validez de la ley.

Apunta Robert Alexy, que “*el concepto de validez de una norma puede ser sociológico, ético o jurídico, según ésta sea obedecida por la sociedad, moralmente justificada o sea eficaz dentro del sistema jurídico al que pertenece.*”¹¹⁸

Esta concepción, esta conceptualización, debe someterse al postulado que Ferrajoli denomina la *doble artificialidad del derecho*, que significa que en el ordenamiento positivista no sólo las condiciones de existencia o legitimidad formal de las normas (quién y cómo debe decidir) sino también las condiciones de su validez o legitimidad sustancial (qué se puede o debe decidir y por qué). Positivista, en suma, las normas del ser y del deber ser.¹¹⁹

De esta manera, se abandona el antiguo concepto de vigencia, justicia y validez, en el que una norma es justa si merece una valoración positiva desde un criterio moral (extrajurídico). Por otro lado, una norma es válida si no adolece de vicios materiales o sustantivos; es decir, si no contradice a una norma jerárquicamente superior. Entonces, una norma es vigente o existe si no adolece de vicios formales, es decir, si ha sido creada por el sujeto competente y mediante el procedimiento jurídicamente previsto. Finalmente, una norma es eficaz, si es observada por sus destinatarios y/o aplicada por los órganos correspondientes.¹²⁰

En efecto, la existencia de normas inválidas puede ser fácilmente explicada con sólo distinguir dos dimensiones de regularidad o legitimidad de las normas: la que se puede llamar vigencia o existencia, que hace referencia a la forma de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las normas formales sobre su formación y la validez propiamente dicha o, si se trata de leyes, la constitucionalidad que, por el contrario, tiene que ver con su

¹¹⁸ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, ed. Gedisa, Barcelona, España 2004, p.87 y ss.

¹¹⁹ Cfr. *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, edit. Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005, pp. 25 y ss

¹²⁰ *Loc cit.*

significado o contenido y que depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción.¹²¹

Como se dijo, en nuestro país se entiende que el principio de legalidad implica que las definiciones legales que establecen las connotaciones de las figuras abstractas del delito y más en general de los conceptos penales, sean lo suficientemente precisas como para permitir, en el ámbito de aplicación de la ley, la denotación jurídica o calificación, clasificación o subsuncional judicial, de hechos empíricos exactamente determinados.

Esta regla puede ser caracterizada como obligación que prescribe al legislador: a) que los términos que utilice en la ley para designar las figuras del 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 intención con palabras no vagas ni valorativas, sino lo más claras y precisas posible; c) que sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos, que sean predispuestas normas para su solución

Empero, la validez de la norma desde el punto de vista sustancial, no sólo puede comprender los postulados antes mencionados, sino que debe examinarse también a la luz de los demás principios que rigen el orden penal, dada la trascendencia que en capítulos anteriores se ha demostrado tienen este tipo de normas, de ahí que sea necesario, si no indispensable, que la validez de una norma penal, se mida con respecto a lo que se entiende por principio de estricta legalidad, que se analizará enseguida.

5. Principio de estricta legalidad.

El principio de legalidad, antaño, sólo se conceptuaba desde un enfoque jurídico formal, ahora tiene matices axiológicos y de eficacia, en cuanto solventar y satisfacer los muy variados y diversos intereses y necesidades de la

¹²¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, ed. Trotta, Madrid, España, 2004, p. 21

comunidad que el Estado Social de Derecho debe atender en sus funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional.¹²²

Como se mencionó en un capítulo previo, en nuestro país, el principio de legalidad penal todavía se asocia a lo que se conoce como exacta aplicación de la ley penal, que deriva del aforismo *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine legale*,¹²³ incluso, se ha precisado por nuestro Máximo Tribunal que el principio de taxatividad es corolario del diverso principio de legalidad, previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y consiste en la exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de la tipificación de la ley, esto es, que la descripción típica no debe ser vaga ni imprecisa, ni abierta o amplia al grado de permitir la arbitrariedad.¹²⁴

Este criterio de taxatividad, se refiere al principio de legalidad procesal desde el punto de vista formal y material, sin embargo, la taxatividad de los contenidos, queda fuera del ámbito de aplicación del criterio en comento y es precisamente esta selección de contenidos, la que constituye el principio de estricta legalidad.

Según apunta Ferrajoli, el principio de estricta legalidad exige dos condiciones: el carácter formal o legal del criterio de definición de la desviación y el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas. La primera condición equivale al principio de la reserva de ley en materia penal y del consiguiente sometimiento del juez a la ley, conforme a ella, el juez puede calificar como delitos todos (o sólo) los fenómenos que considera inmorales o, en todo caso, merecedores de sanción, sino sólo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones, vienen formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena. La segunda condición comporta además el

¹²² Cfr. TRON PETIT, Jean Claude y ORTIZ REYES, Gabriel, *La nulidad de los actos administrativos*, ed. Porrúa, México 2005, p. 173

¹²³ Sobre este principio véase ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Derecho Penal, parte general*, ed. Porrúa, México, 2001, p. 105.

¹²⁴ Véase la Tesis 1a. XXVII/2008, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, novena época, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVII, Marzo de dos mil ocho, página 123.

carácter absoluto de la reserva de ley penal, por virtud del cual el sometimiento del juez lo es solamente a la ley.¹²⁵

De esta manera, podemos identificar al principio de estricta legalidad, como reserva absoluta de ley, que es una norma dirigida al legislador, a quien prescribe la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales o, en lo que interesa para este estudio, el principio de estricta legalidad como técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatorias, las convenciones penales referidas no a hechos, sino directamente a personas y, por tanto, con carácter constitutivo ante el regulativo de lo que es punible.¹²⁶

Para prevenir este problema, debe distinguirse la simple legalidad de la forma y de la fuente, que constituyen la condición de la vigencia o de la existencia de las normas que prevén penas y delitos (cualquiera que sean sus contenidos); de la estricta legalidad o taxatividad de los contenidos, que es condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes, para así poder examinar, no sólo la actuación de los tribunales al aplicar las normas penales, sino la validez de los contenidos de dichas normas basadas en los principios que rigen el derecho penal: legalidad, necesidad o economía del derecho penal, lesividad u ofensividad del acto, materialidad, culpabilidad, jurisdiccionalidad, inocencia, contradictorio, carga de la prueba y de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito.

El principio de estricta legalidad como condición de validez o legitimidad sustancial de la leyes vigentes, desde las normas sobre la producción del derecho, problematiza la validez de las normas penales, de modo que sea necesario cuestionar su constitucionalidad, no sólo basados en que se encuentran emitidas por un órgano formal y materialmente facultado para ello (constitucionalidad formal de la norma) sino si cumplen con los principios constitucionales, dando los argumentos jurídicos pertinentes.

¹²⁵ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, ed. Trotta, Madrid, España, 2004, pp. 34 y ss.

¹²⁶ *Loc. Cit.*

En este contexto, debemos concluir que el principio de estricta legalidad en materia penal atañe al creador de la norma, quien se encuentra obligado a observar los principios que rigen en materia penal al emitir las normas correspondientes a su función, lo que implica no sólo un análisis a nivel formal de las normas penales, sino a nivel sustancial, examinando la validez de los contenidos de las mismas.

6. Principio de estricta legalidad y *ultima ratio*.

Uno de los principios que deben regir en materia penal y que por tanto, debe observar el legislador al efectuar normas en dicha materia, es el de mínima intervención penal acompañado del subprincipio de *ultima ratio*, mismo que en algún aspecto informa la posición del juzgador frente a un determinado conflicto, pero que puede trasladarse con relativa facilidad a la función legislativa compeliendo a expedir leyes que impliquen el agotamiento de todos los recursos del Estado y desarrollar otras alternativas políticas para la solución de conflictos antes de acudir al derecho penal.

Así, una vez justificada la intromisión del juzgador constitucional en el ámbito de decisión del legislador para fijar el rumbo de la política criminal, también se justifica la aplicación del principio de proporcionalidad para verificar si la medida legislativa es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto, esto es revisar si la elección de bienes jurídicos tutelados, conductas típicas y sanciones penales cumple con estos parámetros.

Además de las razones teóricas para justificar esta intromisión jurisdiccional en el campo de la autonomía legislativa, que conduce a cuestionar la política criminal del Estado, cuando se atribuye a los poderes democráticos la función de decidir qué es punible y qué no lo es; observamos que la banalización y administrativización de la ley penal provoca un cambio cualitativo, donde el legislador penal está renunciando a su función programadora de criminalización primaria, que la transfiere a funcionarios del poder ejecutivo y al mismo tiempo,

está incurriendo en el abandono de la cláusula de *ultima ratio* propia del Estado de derecho.¹²⁷

Sin embargo, hemos puesto en evidencia que la validez de la ley debe revisarse por el juzgador a la luz de los principios constitucionales y que el principio de estricta legalidad exige tanto el carácter formal o legal del criterio de definición de la desviación, como el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas.

Así, tenemos que el órgano jurisdiccional de control constitucional, sí se encuentra legitimado para pronunciarse sobre la validez de la norma, en particular sobre el *por qué* castigar, pues superadas las dificultades contramayoritarias, el juez es por su independencia e imparcialidad, el indicado para revisar tales cuestiones en aras de preservar los derechos fundamentales de los enjuiciados penalmente.

Sin embargo, los tribunales de nuestro país, aún no son capaces de asumir esta posición hasta sus últimas consecuencias, pues todavía se considera que el legislador tiene libertad de acción no sólo para establecer delitos, sino para determinar las causas por las cuales consideran que una conducta debe ser delito, acorde con políticas criminales basadas en las necesidades sociales (de las mayorías), que no en pocas ocasiones violan el principio de *ultima ratio*, menoscabando derechos fundamentales de gran valía, por reclamos sociales.

Tal es el caso de delitos sancionados con pena de prisión como el peculado, el fraude, el narcotráfico, el despojo y la extensa lista de delitos que se desprenden de esos y otros géneros, cuyos bienes jurídicos son de menos valía a la libertad personal e incluso en algunas ocasiones son inexistentes, existiendo mecanismos alternativos de solución de tales conflictos.

Como se dijo, los tribunales de nuestro país, no están preparados para declarar la inconstitucionalidad de un tipo penal porque existan otros medios menos lesivos de solución del conflicto, pues dentro del derecho penal, todavía priva

¹²⁷ Cfr. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Derecho Penal, parte general*, ed. Porrúa, México, 2001, p. 109.

una visión de tutela social, que deja de lado los derechos fundamentales de los reos y de sus familiares y la visión garantista que está tomando fuerza con la corriente proveniente del neoconstitucionalismo.

Esta condición es necesaria, si no indispensable, para confrontar la actividad de los poderes constituidos con el marco constitucional de lo no decidible (coto vedado), de modo que resulta legítimo que el juzgador examine la constitucionalidad no sólo del texto de la norma penal (como regularmente se hace), sino de la propia decisión del legislador de prever una conducta como delito, es decir, no sólo decidir sobre el *cómo castigar*, sino el *por qué castigar*, como elemento interno de validez de la norma.

7. Argumentación jurídica y principio de estricta legalidad.

Sin duda, será necesaria una labor argumentativa importante de los jueces constitucionales, para incluir en las sentencias que realicen sobre la constitucionalidad de las leyes penales, una análisis y aplicación del principio de estricta legalidad, lo cual no tiene que ver con el volumen de sus sentencias (como se abordó en un capítulo precedente), sino con los argumentos que sustenten la interpretación amplia del artículo 14 constitucional, para extraer de él, el principio de estricta legalidad y el de validez de la norma.

Lo anterior, pues ya nadie quedaría satisfecho si en el campo de alguna disciplina le fuera dada una argumentación final con base en principios derivados de la sola relación estructural del estado posicional de los elementos categóricos de algún sistema que por su parte se considere unilateralmente acabado. La explicación de la realidad no es demasiado fácil, como en cambio sí lo sería cualquier operación silogística subsuncional, racionalmente formal. Esta etapa de la argumentación ha fracasado y no volverá. Un criterio como el anterior tendrá que desconcertar a los acostumbrados a respetar un supuesto orden de cosas sistemáticamente organizadas y metodológicas accesibles; no obstante, una característica de nuestro tiempo es precisamente evitar la resignación y cuestionar el supuesto equilibrio del orden.

En el caso del derecho penal liberal, se esfuerza por sostener un sistema perfecto de estricta aplicación de la ley, sustentando así una dogmática ambiciosa al pretender la solución sistemática de todos los problemas posibles; pero como el exceso del sistema penal (racionalista-liberal) se brinda el lujo de ocupar una lógica formal subsuncional, que por su rigidez, desemboca sin embargo en lo irracional de la transgresión de derechos fundamentales.

En cambio, en la argumentación basada en los principios, emerge la necesidad de ponderar los derechos que se encuentran en juego, no para ver cuál prevalece frente al otro, sino para optimizarlos en la medida de lo posible

Como se adelantó, la ponderación de principios puede ser un mecanismo adecuado para que el juzgador constitucional verifique la validez sustancial de una norma penal a la luz de los derechos fundamentales y los fines legislativos que se persiguen con la norma penal.

8.- Comentarios

La dogmática penal, no se encuentra exenta de vicios e irracionalismos que pueden hacerla igualmente arbitraria que el Estado absolutista, así que tampoco parece justificarse por esta sistemática el hecho de afectar la libertad personal.

Algunos dirán que no se trata simplemente de afectar la libertad para conservar la paz social, sino para preservar derechos fundamentales, es decir, se imponen penas cuando alguien comete homicidio, para preservar la vida, por ejemplo, sin embargo, esta posición es insostenible cuando se trata de delitos contra el patrimonio o contra la administración de justicia, bienes jurídicos que no coinciden con derechos fundamentales.

Entonces, si se justifica que la imposición de las penas pretende salvaguardar derechos fundamentales, se dejarán de lado los delitos previstos sobre bienes jurídicos diversos a los derechos fundamentales; si se pretende sostener que atiende la paz social, podría recriminarse que se trata de la misma justificación

de los estados absolutistas y arbitrarios, pues en esta tesitura cabría cuestionarse ¿por qué no se permite la tortura y la pena de muerte?, que pueden resultar igual de trascendentales que la pena de prisión; por tanto, la dogmática penal, ha distraído la atención de estos aspectos e intentado justificar la función de la pena como preventiva para que las personas se abstengan de cometer delitos, lo que resulta insostenible en el momento en que el derecho penal se vuelve correctivo; como retribución, que deviene insostenible cuando se ponderan bienes jurídicos de diversa valía; como expiación, que definitivamente es insostenible por el alto nivel de moral que requiere; como readaptación social, que en la vida práctica resulta todo lo contrario; y finalmente como protectora de bienes jurídicos, que como se dijo, no es sino un postulado teórico inaplicable.

Naturalmente, la afectación de la libertad personal debe estar justificada por el Estado a condición de que se satisfagan todos los requisitos del discurso jurídico penal, lo que, a lo más, le quitaría el carácter arbitrario, pero continuaría siendo una afectación de un derecho fundamental.

Es decir, el hecho de que pueda justificarse de una u otra manera, que la imposición de la pena de prisión es justa, legal o necesaria, no significa que desaparezca su esencia misma de afectación a un derecho fundamental y por ende, que afecte la dignidad humana.

Pero reconocer este punto, no debe conducir a eliminar la pena de prisión por atentatoria de la dignidad humana, ya que ésta tampoco puede concebirse (al igual que la libertad personal), como un concepto inafectable, sino que debe procurarse su conservación y respeto, aunque en situaciones excepcionales tenga que verse vulnerada.

Esto no quiere decir que discutamos el fundamento axiológico de las penas con el argumento de que no satisfacen los fines que se les han atribuido, es decir, no cuestionamos la validez de la pena porque no prevenga delitos, porque no reeduce a los condenados o porque incluso tenga una función criminógena opuesta a los fines que se indican como su justificación, pues no es lógico

derivar de argumentos asertivos, como que la pena no satisface los fines a los que fue propuesta, la aceptación o rechazo de proposiciones prescriptivas como que las penas no tienen un fundamento axiológico (teoría de los valores).

Lo verdaderamente trascendente, es que el Estado reconozca, que cuando impone una pena de prisión a un gobernado, le inflinge un perjuicio de la más grave índole, y no que se escude en postulados teóricos que pretenden justificar la pena que resultan insostenibles en una u otra forma.

Una vez reconocido lo anterior, el siguiente paso será legar en el juzgador constitucional la facultad de verificar si fue correcto o no que el legislador establezca delitos que no atienden a ese carácter de excepcionalidad que se ha venido exponiendo por medio de un juicio de proporcionalidad, como se desarrollará más adelante.

En el tema de la legitimidad judicial concluimos que el operador jurídico, en un Estado democrático está facultado para revisar la constitucionalidad de las leyes, solventando las dificultades contramayoritarias, lo que lo obliga a dar una justificación formal y sustancial efectiva de sus fallos, desde el punto de vista interno y externo, lo que se traduce, tratándose de las leyes que establecen tipos penales, en el examen de la validez de la norma, aplicando el test de proporcionalidad por la manifestación inmanente del conflicto entre normas, derechos fundamentales y principios que rige en materia penal.

Bajo estos lineamientos, procederemos en el capítulo subsiguiente a revisar los criterios sostenidos por las cortes constitucionales extranjeras y con jurisdicción convencional internacional en el ámbito regional, confrontándolos con los de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en aplicación del principio de proporcionalidad respecto a decisiones legislativas en materia penal, con el objeto de verificar si cumplen con las exigencias a que se ha hecho referencia en los capítulos precedentes.

Capítulo IV. El principio de proporcionalidad aplicado por tribunales extranjeros al decidir sobre la constitucionalidad de leyes penales.

1.- El caso colombiano

La Corte Constitucional de Colombia ha sentado desde el año 1995,¹²⁸ el criterio de que el legislador cuenta con amplio espacio de configuración legislativa en orden a determinar los bienes jurídicos susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción, las modalidades y la cuantía de la pena, como se aprecia de la siguiente transcripción:

“...No obstante, debe tratarse de una prerrogativa sujeta a límites. Estos límites están dados fundamentalmente por el respeto a los derechos constitucionales de los asociados, el deber de respetar el principio de legalidad estricta, y los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, aplicables tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible. Dentro de las garantías que involucra el principio de legalidad estricta se encuentra la prohibición de delitos y penas indeterminadas. En relación con este aspecto se han estudiado los tipos penales en blanco, respecto de los cuales la jurisprudencia ha admitido su constitucionalidad siempre y cuando la remisión normativa permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente. Dentro de los límites constitucionales que se imponen al legislador para el ejercicio de la potestad de configuración de los delitos y de las penas, se encuentra también el debido proceso (Art. 29), y como una garantía a él adscrita la prohibición de doble incriminación, a la que se hará referencia a continuación. --- La configuración de los tipos penales, como aspecto relevante del diseño de la política criminal, comporta una valoración social en torno a los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas susceptibles de producir amenazas o lesiones a esos bienes jurídicos, el grado de gravedad de la lesión o de la amenaza que de lugar a la intervención punitiva, y el quantum de la pena que deba aplicarse. --- Sobre el ámbito de libertad que la Constitución reconoce al Legislador para la

¹²⁸ De la misma manera que el Pleno de nuestro Alto Tribunal en la jurisprudencia P./J. 102/2008

regulación de estas materias expuso la Corte: --- 'En principio, no existe, de manera expresa, un imperativo constitucional según el cual determinados bienes jurídicos deban, necesariamente, protegerse a través del ordenamiento penal. Por el contrario dentro de una concepción conforme a la cual sólo debe acudir al derecho penal, con su efecto limitativo de las libertades individuales, cuando no exista otro medio de protección de los bienes jurídicos que resulte menos invasivo, la criminalización de una conducta solo puede operar como ultima ratio.' --- Sin embargo, la Corte ha encontrado que en determinados casos, tanto la naturaleza de los bienes jurídicos, como la gravedad de las conductas cuya exclusión se impone como medida para su protección, hacen que del ordenamiento constitucional, incorporados en él los tratados que forman parte del bloque de constitucionalidad, se derive el imperativo de criminalizar ciertos comportamientos. Así, por ejemplo, la Corte ha señalado que existe un deber constitucional de sancionar penalmente conductas tales como la tortura, el genocidio, las ejecuciones extrajudiciales, o las desapariciones forzadas En el otro extremo se encontrarían aquellas conductas que, dado que se desenvuelven en ámbitos de libertad constitucionalmente garantizados, o debido a la escasa significación del bien jurídico que afectan, estarían constitucionalmente excluidas de la posibilidad de ser objeto de sanción penal. --- **Al margen de esos dos extremos, y dentro de los límites generales que el ordenamiento constitucional impone al legislador en materia penal, existe un amplio espacio de configuración legislativa en orden a determinar que bienes jurídicos son susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción, y las modalidades y la cuantía de la pena ...**¹²⁹

No obstante, el propio Tribunal Constitucional Colombiano ha reconocido que esta prerrogativa del legislador está sujeta a límites

“...Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y

¹²⁹ Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana C-225 de 1995, C-368 de 2000, C-177 de 2001, C-226 de 2002 y C-422 de 2011.

enuncia valores y postulados –particularmente en el campo de los derechos fundamentales– que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa, entonces, que **el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales**, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.... **el Legislador puede criminalizar o despenalizar conductas, siempre que al hacerlo respete los principios, derechos y valores establecidos por la Constitución**. En efecto, como bien lo señala uno de los ciudadanos intervinientes, el Legislador puede y debe describir conductas en tipos penales sin que ellas estén prohibidas en forma expresa por la Constitución, **cuando considere que es indispensable acudir al derecho penal, como última ratio, para defender el interés jurídico de eventual menoscabo y garantizar así el goce natural y en función social de los derechos de las personas**. El control constitucional, en este caso, es más un control de límites de la competencia del Legislador, con el fin de evitar excesos punitivos...¹³⁰

Aunque en términos generales la Corte Colombiana ha eludido el estudio del juicio de necesidad cuando aplica el principio de proporcionalidad desde la perspectiva de prohibición del exceso, argumentando la competencia exclusiva del legislador para definir los medios a través de los cuales se pretenden alcanzar los fines que se propone, empero, en otras determinaciones ha declarado la inconstitucionalidad de normas penales aduciendo falta de necesidad como el caso de la sentencia C-417/2009, en la que se argumentó la existencia de otras alternativas distintas al derecho penal para alcanzar el fin legítimo perseguido para proteger el buen nombre y la honra de los individuos, resultando innecesaria y excesiva la limitación penal; así como la sentencia C-575/2009, en la que declaró inconstitucional el delito de ultraje a símbolos

¹³⁰ Sentencia Corte Constitucional Colombiana, C-038 de 1995.

patrios argumentando la existencia de medidas de protección alternativas, que hacían innecesario al recurso penal.¹³¹

De lo anterior, se observa que nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación acogió en 2008 el criterio que la Corte Colombiana ha sostenido desde el año de 1995, pero pasó por alto que dicho tribunal también precisó que el Legislador puede criminalizar o despenalizar conductas, siempre que al hacerlo respete los principios, derechos y valores establecidos por la Constitución.

Esto es, nuestro Alto Tribunal decidió adoptar, casi de manera literal, el criterio del órgano de control de constitucional colombiano acerca de respetar la autonomía legislativa en el plano de configuración de los tipos y las sanciones penales, pero no puso atención en la parte de la decisión que delimitó el radio de acción del legislador sobre la descripción de tipos penales, al marco constitucional, que exige acudir al derecho penal, como *ultima ratio*, para defender el interés jurídico de eventual menoscabo y garantizar así el goce natural y en función social de los derechos de las personas.

Esta limitación en el ámbito de libertad del legislador es medular al momento de verificar el cumplimiento al principio de proporcionalidad en la elección de tipos penales, pues el subprincipio de *ultima ratio* implica que el legislador sólo esté en aptitud de acudir al Derecho Penal, cuando las alternativas dentro del sistema resulten insuficientes, lo cual se adentra en el escrutinio jurisdiccional como un control de límites de la competencia del Legislador, con el fin de evitar excesos punitivos; a diferencia de la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte de justicia en donde toda posibilidad queda vedada como se verá en el capítulo subsiguiente.

2.- El caso argentino

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina al resolver sobre la constitucionalidad de la sanción del delito de contrabando en grado de tentativa

¹³¹ Cfr. LOPERA MESA, Gloria Patricia, "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia", Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXIV, núm. 2, diciembre, 2011, p. 130.

(23 de marzo de 2010), señaló que “...la acción de contrabando que sólo queda en grado de tentativa no genera el mismo nivel de afectación al bien jurídico que el producido por el que sí ha alcanzado la consumación mediante la completa elusión del ejercicio de control que compete al servicio aduanero, y tal diferencia debe necesariamente expresarse en la conminación penal del mismo modo en que se expresa en cualquier delito tipificado en el Código Penal o en las leyes penales especiales, sin que pueda justificarse el apartamiento de esta regla en virtud de las aludidas razones de orden práctico. --- Que, en consecuencia, los argumentos dados a efectos de conferir fundamento al criterio que iguala la respuesta punitiva en supuestos de delitos tentados y consumados, no resultan respetuosos de los principios constitucionales de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión. --- En cuanto al primero, ello es así porque al no tomarse en cuenta el desvalor de resultado, "riesgo" y "lesión" se hallarían equiparados desde la perspectiva del ilícito, soslayándose por completo el carácter progresivo que reconoce toda afectación de un bien jurídico y, por ende, que un delito tentado provoca un conflicto de menor entidad que el que provoca uno que alcanza el grado de consumación (así, mientras que en un homicidio tentado la vida humana se conserva, en uno consumado ella resulta directamente suprimida). --- Que el desconocimiento de dicha realidad vulnera asimismo el principio de proporcionalidad de las penas, al no adecuar la escala penal a las respectivas entidades de los injustos considerados, lo cual también materializa una violación al principio de culpabilidad. --- En efecto, esta Corte ha dicho que las penas no pueden ser crueles, en el sentido que no deben ser desproporcionadas con relación al contenido de injusto del hecho. Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales...”¹³²

¹³²Sentencia Corte Suprema Argentina, B. 984. XLIII.RECURSO DE HECHO Branchessi, Lidia Susana y otra s/causa n1 6979.

El criterio sustentado, por cierto, por el Juez Raúl Zaffaroni, no solo se limita a reflexionar sobre la razonabilidad entre la sanción y la lesión que produce la conducta delictiva¹³³ o acerca de la punibilidad de los delitos tentados,¹³⁴ sino que reconoce en el principio de proporcionalidad, una relación inescindible con la validez de la norma penal, sin la cual no puede adecuarse la escala a las respectivas entidades de los injustos considerados.

Esta determinación se basó en un criterio anterior (2006) de la propia Corte Argentina en el que se estableció:

“...Que la pena y cualquier otra consecuencia jurídico penal del delito impuesta con ese nombre o con el que pudiera nominársela, no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho. Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales. --- Que la vida humana resulta más valiosa que la propiedad es un dato que parte de la propia Constitución Nacional, pero la expresión penal de ello debe concretarse estableciendo una pena más elevada respecto del delito de homicidio que aquella fijada con relación al hurto o al robo. En el caso, Gramajo ha sido imputado por la comisión de un delito contra la propiedad y atendiendo al hecho cometido y a las demás pautas mensurativas establecidas en el Código Penal, se ha fijado a su respecto una pena de dos años de prisión. Sin embargo, con la aplicación de la medida contenida en el art. 52 del Código Penal, la pena que en definitiva habrá de cumplir en prisión virtualmente se acerca a la fijada como mínimo para el delito de homicidio simple, con más otros cinco años de libertad

¹³³ Acerca de ello, como señala Bustos Ramírez “...la afectación de un interés tutelado por el derecho mediante la exteriorización de una voluntad admite o reconoce grados en cuanto a su intensidad, en la medida en que la creación de un riesgo de lesión resulta menos grave que la causación de la lesión misma, configurando el desvalor de resultado un principio garantizador puesto que sin él, no se logra una debida graduación de lo injusto...” Bustos Ramírez, Juan, *Control Social y Sistema Penal*, ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987, p. 175.

¹³⁴ De lo que ya hablaba Beccaria desde 1764, al sostener que “...aunque las leyes no castigan la intención, no por eso deja el delito, comenzado mediante alguna acción que manifieste la voluntad de ejecutarlo, de merecer una pena, si bien menor que la que corresponde a la ejecución misma del delito...”, BECCARIA, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, ed. Porrúa, 16ª edición, México, 2006, p. 287

condicional. Como puede verse, más allá del nomen juris que pretenda adjudicarse a la medida en análisis, o del argumento justificativo al que quiera acudirse, en cualquier caso se traducirá en una pena cruel, entendida como aquella que importa una evidente violación al principio de proporcionalidad de la reacción punitiva con el contenido injusto del hecho. Frente a los valores protegidos por nuestra Constitución, no es posible alterar la jerarquía de los bienes jurídicos de la ley penal imponiendo privaciones de derecho punitivas no importa bajo qué título o nomen juris que coloquen una lesión a la propiedad en un plano igual o superior a la lesión a la vida. ---20) Que ante la afirmación de que la pena es cruel porque viola groseramente el principio de proporcionalidad, porque en la práctica, al autor de un delito que merece una pena de dos años de prisión, se le impone una pena mínima de doce años de reclusión, no vale el argumento de que no se impone en razón del hecho que el tribunal pena con dos años de prisión, sino en razón de los anteriores hechos por los que fuera condenado. Si esto fuese así resulta claro que al procesado se lo está penando dos veces por los mismos hechos. Si Gramajo no hubiese cometido los anteriores hechos, tendría una pena de dos años de prisión. Como los cometió, se le impondría una pena mínima de doce años de reclusión, siempre que cumpla con los requisitos del art. 53. Según las matemáticas, habría como mínimo cinco años de reclusión efectiva y cinco años de libertad condicional que se le imponen por los hechos anteriores, para lo cual se pasa por alto que por éstos ya ha sido juzgado, condenado y ha cumplido las penas impuestas que se hallan agotadas. Por ende, los diez años que como mínimo se le incrementa su pena son una nueva pena por los hechos por los que ya fuera juzgado, condenado y con pena extinguida por agotamiento...”¹³⁵

Conforme a lo transcrito, se observa un mayor énfasis en la relación existente entre la pena y el contenido injusto del hecho, para que pueda estimarse que guarda proporción o razonabilidad con la magnitud del contenido ilícito del

¹³⁵ Sentencia Corte Suprema Argentina, G. 560. XL. recurso de hecho, Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa causa N.1573C.

hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho.

Esta clase de relación no pervive sin la intervención del operador jurídico que verifica la validez de la norma con el objeto de revisar si subsisten las concordancias entre la gravedad de la conducta y la sanción impuesta y aún más, con el merecimiento y necesidad del delito y de la pena.

A diferencia de la concepción de nuestro Alto Tribunal, en el caso argentino no se advierte limitación al ámbito de actuación del juzgador, por el contrario, la tendencia apunta a permitirle la revisión de diversos aspectos de la norma penal. Esta diferencia quizás se deba a la influencia del juez Zaffaroni quien, como se abordó en este trabajo, ha sostenido diversos criterios sobre la debilidad de la legitimación penal y, por consiguiente, la necesidad de su escrutinio estricto.

3.- El caso chileno

El Tribunal Constitucional chileno reconoce la pertinencia de emplear el principio de proporcionalidad para realizar el control de la constitucionalidad de las leyes que afecten derechos fundamentales¹³⁶ a pesar de que la Constitución chilena no precise la exigencia de proporcionalidad de las penas, esto es, la correspondencia entre la gravedad de la pena y del delito.¹³⁷

Al examinar la imposición de la pena prevista para el delito consumado y la tentativa de robo prevista en el artículo 450 del Código Penal Chileno, sostuvo que la diferencia de trato establecida por el legislador perseguía una finalidad lícita, puesto que no se basaba en un criterio de discriminación constitucionalmente proscrito, sino que tomaba en cuenta una conducta voluntaria como lo era la comisión de determinados delitos contra la propiedad, cuya concurrencia el legislador intentaba prevenir a través de un trato punitivo

¹³⁶ Sentencia Tribunal Constitucional Chileno Rol No 519/2006, considerando 19, asimismo Rol No 226 relativa a la inconstitucionalidad de algunas normas del proyecto de ley sobre "libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo"

¹³⁷ Como sí se exige en el artículo 22 de nuestra Constitución Política.

más severo; mientras que, por otro lado, elude el examen de necesidad como se aprecia de la siguiente transcripción:

“...el legislador, para conseguir el abatimiento de ciertos ilícitos, escoge privar a los responsables de la disminución de las penas que generalmente reconoce a los que quedan en grado de tentativa o frustración. Podrá dudarse si el medio empleado es el más adecuado o idóneo. Podrá discutirse si no habrá otros más aptos para alcanzar igual finalidad, pero no es irracional y se encuentra dentro de los márgenes de estimación propios del legislador suponer que logrará disminuir la frecuencia de ciertos delitos al privar a los responsables de aquellos que no alcanzan a consumarse de un beneficio que asigna para los restantes casos. A esta Magistratura no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador, ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos para alcanzar fines constitucionalmente lícitos y se dé la proporcionalidad...”¹³⁸

En un caso diverso, al resolver sobre la inaplicabilidad de la pena de inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio público que se impone a los condenados por el delito de fraude al fisco, el Tribunal Constitucional Chileno, aludió a la exigencia de la proporcionalidad de las penas con el fin de ratificar la deferencia hacia el legislador al considerar que *“hay penas distintas para cada delito e incluso puede haber penas más altas para delitos que nos pueden parecer menos graves. La decisión es del legislador”*.¹³⁹

Con la postura que plasma el tribunal en esta decisión, la libertad de configuración legislativa en materia penal no encontraría límite alguno en la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito.¹⁴⁰

¹³⁸ Sentencia Tribunal Constitucional Chileno, Rol 825/2007 y 829/2007, considerando 21

¹³⁹ Sentencia Tribunal Constitucional Chileno, Rol 1328/2009, considerando 13.

¹⁴⁰ Cfr. LOPERA MESA, Gloria Patricia, *“Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia”*, Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXIV, núm. 2, diciembre, 2011, p. 121

Al resolver sobre la constitucionalidad de la penalización a quien accede carnalmente a actos de sodomía con varón menor de edad, el tribunal desestimó el recurso argumentando que el legislador no ha establecido discriminación arbitraria o carente de razonabilidad, atendiendo al principio de salvaguarda del interés superior del menor, precisando que no existe trato discriminatorio de las relaciones entre mujeres al considerar que *“la penalización del delito de sodomía no se debe a la inclinación sexual del agresor y de la víctima. Se debe al impacto que produce la penetración anal en el desarrollo psicosexual del menor varón, lo que no podría predicarse, en los mismos términos, de una relación entre mujeres en las mismas condiciones...”*¹⁴¹

No obstante, en dicha sentencia se observan votos disidentes en los que se plantean argumentos sobre la falta de idoneidad y necesidad de la norma impugnada: *“...la protección de los menores mediante el sometimiento a un proceso penal no es una vía idónea para garantizar su integridad sexual ni psíquica, ni para que desarrollen una sexualidad responsable. Existen otros medios menos lesivos que el derecho penal para dicho fin. Como es sabido, se partícipe de un proceso penal, aun sin ser el imputado, puede resultar agresivo y perjudicial a los intereses del menor...”*

Lo antedicho revela que existe discrepancia al interior del Tribunal Constitucional Chileno con respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad en el control de la constitucionalidad de normas penales, siendo la tendencia de la mayoría evadir la aplicación del subprincipio de necesidad y emplear un mínimo de intensidad en los restantes subprincipios de idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Como en el caso mexicano, el Tribunal Constitucional de Chile propugna por evadir el análisis de ciertos ámbitos de la norma penal, pero no deben pasar desapercibido los intentos de la minoría por completar el círculo del escrutinio jurisdiccional y, con ello, de sumar legitimidad a los juzgadores.

¹⁴¹ Sentencia Tribunal Constitucional Chileno, Rol 1683/2010, consideración 33.

4.- El caso español.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español se ha empleado el principio de proporcionalidad en la solución de asuntos de diversa índole, pero para efectos de este estudio, importa lo dicho con relación a la aplicación de dicho principio en el Derecho Penal y, particularmente, orientado a las obligaciones del legislador en esa materia.

Las disertaciones en torno a la proporcionalidad de la pena y a la necesidad de la medida en una sociedad democrática se confunden en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, ya que la proporcionalidad en sentido estricto y necesidad de la medida constituyen dos elementos o dos perspectivas complementarias del principio de proporcionalidad de las sanciones penales, no obstante, dicho tribunal reconoce que el derecho a la legalidad penal opera, en primer lugar y ante todo, frente al legislador, quien debe conservar los derechos del imputado como mínimo imprescindible, cuidando que los límites y restricciones de los mismos sean proporcionados.

El citado tribunal constitucional, ha establecido que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza.¹⁴²

También ha precisado que en materia penal, ese sacrificio innecesario o excesivo de los derechos puede producirse bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito (desproporción en sentido estricto). En esta materia, en la que la previsión y aplicación de las normas supone la prohibición de cierto tipo de conductas a través de la amenaza de la privación de ciertos bienes -y, singularmente, en lo que es la pena más tradicional y paradigmática, a través de la amenaza de privación de la libertad personal-, la desproporción

¹⁴² Sentencia Tribunal Constitucional Español (STCE) [62/1982](#), fundamento jurídico 5º; [66/1985](#), fundamento jurídico 1º; [19/1988](#), fundamento jurídico 8º; [85/1992](#), fundamento jurídico 5º; [50/1995](#), fundamento jurídico 7º, STCE [55/1996](#), fundamento jurídico 3º; en el mismo sentido STCE [66/1995](#), fundamentos jurídicos 4º y 5º.

afectará al tratamiento del derecho cuyo ejercicio queda privado o restringido con la sanción.¹⁴³

Así, el Tribunal Constitucional Español ha llegado a la conclusión de que el juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, en lo tocante a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado, debe partir en esta sede de *"la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (...). De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma - intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.- y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena..."*¹⁴⁴

¹⁴³ STCE [55/1996](#), [161/1997](#), [61/1998](#).

¹⁴⁴ STCE [55/1996](#), fundamento jurídico 6º y STCE [161/1997](#), fundamento jurídico 9º

Aunque pareciera, en un primer acercamiento, que la conclusión alcanzada por el Tribunal Constitucional Español es similar a la que nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación adoptó en la jurisprudencia P./J. 102/2008 de rubro **“LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA”**, existen puntos que separan las perspectivas de cada tribunal.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional español, a diferencia del nuestro, acepta que el juzgador verifique que la norma penal no produzca *"un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho"*¹⁴⁵ o una *"actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona"*¹⁴⁶ y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma.

Pese a ello, parece no ser demasiado relevante la injerencia que permite el Tribunal Constitucional Español en la actividad del legislador, pues en sus resoluciones ha determinado que no es factible *"proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma"*¹⁴⁷

Empero, los puntos de diferencia entre dicho tribunal y el nuestro, implican un mayor alcance en el escrutinio jurisdiccional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, que permite que se verifique la proporcionalidad de la reacción penal, con miras a la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución, agregando que la

¹⁴⁵ STCE [55/1996](#), fundamento jurídico 8º

¹⁴⁶ STCE [55/1996](#), fundamento jurídico 9º

¹⁴⁷ STCE [55/1996](#), fundamento jurídico 6º y [161/1997](#), fundamento jurídico 9º.

pena, además, habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada.

Es decir, para determinar si el legislador ha incurrido en exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, se debe 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*".¹⁴⁸

De acuerdo con el criterio del Tribunal Constitucional Español, en segundo lugar habrá de 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.¹⁴⁹

Lo expuesto pone de manifiesto que, a diferencia de nuestro Alto Tribunal, el Español, al final de cuentas, sí aplica el principio de proporcionalidad para evaluar la idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de las normas penales en aspectos que, según el primero, se encuentran imbricados en el ámbito de autonomía legislativa. De ahí que esta última quedé difuminada en abono de la protección de derechos fundamentales, por encima de decisiones legislativas legitimadas por la elección popular.

5.- La visión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Según apunta Fernando Silva la Corte Interamericana de Derechos humanos ha establecido que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas o métodos que puedan reputarse incompatibles con el respeto a los

¹⁴⁸ STCE [66/1995](#), fundamentos jurídicos 4º y 5º, STCE [55/1996](#), fundamento jurídico 7º; en el mismo sentido, STCE [111/1993](#), fundamento jurídico 9º

¹⁴⁹ STCE, 136/1999

derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.¹⁵⁰

Esto deja ver que el criterio del tribunal internacional apunta a que los aspectos relacionados con la proporcionalidad, son exigencias de la propia norma penal, es decir, que no basta que la afectación a la persona provenga de la ley para que no se estime arbitraria, sino que es necesario, además, que la propia norma cumpla con criterios de razonabilidad y previsibilidad.

De esta guisa, no es suficiente que la restricción de la libertad esté consignada en la ley para que se respeten los derechos fundamentales de sus destinatarios, sino que se requiere: “...*que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia...*” además de que las medidas adoptadas sean idóneas para cumplir el fin perseguido.¹⁵¹

Esta acotación de la Corte Interamericana, referente al supprincipio de idoneidad, precisa que éste se colma con el objetivo de asegurar que el acusado no impida el desarrollo del procedimiento; empero, debe destacarse que ello atiende a que en estos casos el Máximo intérprete de la Convención Americana analizó la prisión preventiva, que si bien no participa de la misma naturaleza de la pena de prisión –por ser la primera una medida cautelar– de todos modos implica afectación a la libertad personal, por lo que, con mayor razón, sus exigencias deben trasladarse a la norma que prevé tipos penales sancionados con privación o restricción de la libertad.

El Tribunal Internacional, también ha hecho alusión a que las medidas legislativas sean necesarias, esto es, absolutamente indispensables para

¹⁵⁰ Cfr. SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos, criterios esenciales*, Consejo de la Judicatura Federal, México 2011, p. 136. También se puede consultar en la sentencia de la CIDH, Caso *Tibi Vs Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, No 114.

¹⁵¹ CIDH, Caso *Servellán García y otros Vs Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No 152. Caso *Acosta Calderón Vs Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No 129.

conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, lo que supone que toda limitación a la libertad personal debe ser excepcional¹⁵² de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.¹⁵³

Los criterios anotados reflejan la orientación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a emplear elementos que conforman el principio de proporcionalidad en el análisis de las medidas legislativas de los Estados miembros, que restrinjan derechos fundamentales de valía tal como la libertad personal.

Y aunque el aludido tribunal también ha sostenido posturas para obligar a los Estados parte a emitir leyes penales para sancionar la violación de derechos humanos y la mala praxis médica, entre otros, reconociendo libertad configurativa al legislador,¹⁵⁴ lo cierto es que ello no pugna con la exigencia de que, en los propios tipos penales que llegaran a crearse, se cumplan los requisitos aludidos, lo que confirma la necesidad de que sea el juzgador constitucional quien verifique, en el ámbito interno de cada nación, el cumplimiento a tales elementos.

6.- La óptica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido que si bien cualquier detención debe llevarse a cabo de conformidad con los procedimientos establecidos en la ley nacional, es necesario además que la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos

¹⁵² CIDH, Caso *Palmará Asto y Ramírez Rojas Vs Perú*. Excepción Preliminar. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C no 137

¹⁵³ CIDH, Caso *García Asto Ramírez Rojas Vs Perú*. Excepción Preliminar. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No 137.

¹⁵⁴ CIDH, Caso *Albaján Cornejo y otros Vs Ecuador*. Excepción Preliminar. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No 171

correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con el Convenio Europeo de Derechos Humanos.¹⁵⁵

Asimismo, ha explorado la idoneidad y la necesidad de las medidas que establecen la disolución de los partidos políticos indicando que *“...cuando las jurisdicciones nacionales establecen la presencia de un peligro para la democracia tras un examen minucioso sometido a un control europeo riguroso, deben poder impedir razonablemente la realización de un proyecto político, incompatible con las normas del Convenio, antes de que sea puesto en práctica por actos concretos con riesgo de comprometer la paz y el régimen democrático en el país. --- Por lo tanto, la sanción (disolución) impuesta a los demandantes por el Tribunal Supremo, confirmada por el Tribunal Constitucional, debe ser considerada como necesaria en una sociedad democrática, especialmente para el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades...”*¹⁵⁶ aspectos que conforman el principio de proporcionalidad

Pero más concretamente, en el ámbito penal, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señaló que *“...la posición de dominio que ostentan estas instituciones requiere que las autoridades sean moderadas en el uso de la vía penal... A este respecto, el Tribunal señala que la naturaleza y la gravedad de las penas impuestas son también elementos a tener en consideración cuando se trata de medir la proporcionalidad de la injerencia. Destaca concretamente la severidad de la sanción impuesta: el demandante fue condenado a una pena de un año de prisión. Su condena penal conllevó una suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el cumplimiento de la pena, cuando era un político. --59. El Tribunal ya ha manifestado que aún cuando la fijación de las penas es en principio competencia de las jurisdicciones nacionales, una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el ámbito del discurso político solo es compatible en principio con la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, concretamente cuando se hayan vulnerado gravemente otros derechos fundamentales, como en el caso,*

¹⁵⁵ TEDH, [Asunto Kemmache Vs France, de 24 de noviembre de 1994.](#)

¹⁵⁶ TEDH, [Asunto Herri Batasuna y Batasuna vs España de 30 de junio de 2009.](#)

*por ejemplo, de la difusión de un discurso de odio o de incitación a la violencia...*¹⁵⁷

En este asunto, el demandante alegaba que la resolución del Tribunal Supremo por la que se le declaraba culpable de graves injurias al Rey imponiéndole una pena de prisión, constituía una violación injustificada de su derecho a la libertad de expresión en virtud del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El Tribunal consideró que en las circunstancias del caso, donde las declaraciones litigiosas se realizaron en el contexto del debate político sobre una cuestión de interés público legítimo, no había motivos que justificaran la imposición de tal pena de prisión, porque tal sanción no producía inevitablemente, un efecto disuasorio, a pesar de que se hubiera suspendido la ejecución de la pena del demandante y aun cuando dicha medida hubiera podido aliviar su situación, no eliminaba, sin embargo, su condena ni las repercusiones de cualquier inscripción de antecedentes penales, por lo que, incluso admitiendo la pertinencia de los motivos invocados por las jurisdicciones internas, el Tribunal no los consideró suficientes para demostrar que la injerencia denunciada era necesaria en una sociedad democrática y que la condena del demandante no guardaba proporción con el fin perseguido.

Las posiciones anteriores, dejan ver que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también reconoce limitación para los Estados en la injerencia a los derechos fundamentales, particularmente tratándose de medidas penales en las que, como otros tribunales, se precisa el cumplimiento de mínimos de proporcionalidad, razonabilidad y prohibición del exceso.

Aunque el aludido tribunal internacional no despeja la duda acerca del alcance de la configuración legislativa interna en el ámbito penal, sí destaca su reflexión dirigida hacia la constatación de la necesidad de las medidas legislativas dentro de una sociedad democrática, lo que puede constituir un parámetro relevante para soportar la hipótesis de que la intromisión del juzgador en el ámbito de

¹⁵⁷ TEDH [Asunto Otegi Mondragón vs España de 15 de marzo de 2011](#) y [Bingöl vs Turquía](#), de 22 de junio de 2010

elección de legislador sobre tipos, penas y bienes jurídicos, se justifica como
precondición de la legitimidad democrática del propio legislador.

Capítulo V. El principio de proporcionalidad aplicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al decidir sobre la constitucionalidad de leyes penales.

Como apunta el doctor Zaffaroni:

*“...la criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto. Al ser imposible demostrar la racionalidad de la pena, **el legislador debe demostrar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado...**”¹⁵⁸*

En esta exigencia va implícita la necesidad de que los tribunales de un Estado, garanticen la máxima racionalidad en la interpretación de las decisiones legales que afecten derechos fundamentales de inconmesurable valor –como la libertad personal– y, correlativamente, fijen criterios que no desvirtúen la labor fecunda de protección apoyada en el principio *pro personae*.

Así, cualquier criterio de interpretación que, a la postre, desconozca o haga fútil el esfuerzo de protección de las libertades de la persona frente al Estado, significa también incumplimiento al mínimo de proporcionalidad que deben guardar tales decisiones legislativas.

Por ello, se torna indispensable problematizar y someter a discusión las guías, rúbricas y lineamientos bajo los cuales se efectúa el escrutinio jurisdiccional, particularmente, nos interesa el que ha adoptado nuestro Alto Tribunal en torno a la aplicación del principio de proporcionalidad aplicado en el examen de constitucionalidad de las normas que establecen sanciones de índole penal, específicamente, la pena de prisión.

¹⁵⁸ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Derecho Penal, parte general*, ed. Porrúa, México, 2001, p. 123.

1.- Análisis de los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en aplicación del principio de proporcionalidad en materia penal.

Nuestro Máximo Tribunal, ha señalado que “*el legislador en materia penal tiene amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, es decir, para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales del momento histórico respectivo*”, como se advierte del siguiente criterio

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Septiembre de 2008

Página: 599

Tesis: P./J. 102/2008

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional, Penal

“LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA. El legislador en materia penal tiene amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, es decir, para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales del momento histórico respectivo; sin embargo, al configurar las leyes relativas debe respetar el contenido de diversos principios constitucionales, entre ellos los de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, a fin de que la aplicación de las penas no sea infamante, cruel, excesiva, inusitada, trascendental o contraria a la dignidad del ser humano, conforme a los artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por esa razón, el Juez constitucional, al examinar la constitucionalidad de las leyes penales, debe analizar que exista proporción y razonabilidad suficientes entre la cuantía de la pena y la gravedad del delito cometido, para lo cual debe considerar el daño al bien jurídico protegido, la posibilidad para individualizarla entre un mínimo y un máximo, el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo, la idoneidad del tipo y de la cuantía de la pena para alcanzar la prevención del delito, así como la viabilidad de lograr, mediante su aplicación, la resocialización del sentenciado.”

Es decir, nuestro Máximo Tribunal, considera que el legislador en materia penal cuenta con amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales del momento

histórico respectivo (es decir el *qué* castigar), lo que implica que tales actividades no están sujetas al control de constitucionalidad de las leyes.

El Alto Tribunal, también ha establecido que la gravedad de la conducta incriminada y la cuantía de la pena están determinadas por el bien jurídico tutelado, la afectación a éste o el grado de responsabilidad subjetiva del agente; pero también, por la incidencia del delito o la afectación a la sociedad que éste genera, siempre y cuando haya elementos para pensar que el legislador ha tomado en cuenta esta situación al establecer la pena, poniendo de manifiesto la conveniencia de que el legislador exprese las razones que lo llevan a determinar una pena para un delito como un elemento especialmente relevante para evaluar la constitucionalidad de una intervención penal.¹⁵⁹

Tales posturas y las nuevas reflexiones sustentadas en la aplicación del principio de proporcionalidad, han conducido, recientemente, a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a adoptar criterios como el que se observa en la tesis aislada siguiente:

Décima Época

Registro: 160670

Instancia: Primera Sala

Tesis Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1

Materia(s): Constitucional

Tesis:

Página: 203

“PENAS. LA INTENSIDAD DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD PARA EXAMINAR SU AUMENTO ESTÁ DETERMINADA POR EL AMPLIO MARGEN DE APRECIACIÓN DEL LEGISLADOR EN MATERIA DE POLÍTICA CRIMINAL. El principio de proporcionalidad en sentido amplio no es una herramienta para analizar las normas penales a la luz de los criterios ético-políticos de una determinada ideología o filosofía penal. Como instrumento de control de constitucionalidad, el principio de proporcionalidad está orientado exclusivamente a fundamentar la validez o invalidez de una intervención en derechos fundamentales atendiendo a los límites impuestos al legislador democrático por la propia Constitución. Esta Suprema Corte ha sostenido en varios precedentes que en materia

¹⁵⁹ Cfr tesis jurisprudencial 1a./J. 114/2010 de rubro “PENAS Y SISTEMA PARA SU APLICACIÓN. CORRESPONDE AL PODER LEGISLATIVO JUSTIFICAR EN TODOS LOS CASOS Y EN FORMA EXPRESA, LAS RAZONES DE SU ESTABLECIMIENTO EN LA LEY” [Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXIII, Enero de 2011, Página: 340].

penal el legislador democrático tiene un amplio margen de apreciación para diseñar el rumbo de la política criminal. Esto significa que goza de un considerable margen de acción para elegir los bienes jurídicos tutelados, las conductas típicas, antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales de cada momento y lugar. Por tanto, la intensidad del test de proporcionalidad para examinar una medida legislativa consistente en el aumento de una pena prevista para un determinado delito, debe corresponderse con la amplitud del poder normativo que la Constitución confiere al legislador, de conformidad con la citada interpretación de esta Suprema Corte.”

De dicho criterio se aprecia que la Suprema Corte de Justicia de nuestro país, no reconoce la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio, como herramienta para analizar las normas penales a la luz de criterios ético-políticos de una determinada ideología o filosofía penal, como podría ser el garantismo penal.

De la misma forma, acota tal instrumento de control de constitucionalidad, a la fundamentación de la validez o invalidez de una intervención en derechos fundamentales atendiendo a los límites impuestos al legislador democrático por la propia Constitución, dentro de los que ha establecido que tiene un amplio margen de apreciación para diseñar el rumbo de la política criminal, esto es, un considerable margen de acción para elegir los bienes jurídicos tutelados, las conductas típicas, antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales de cada momento y lugar.

De ahí que concluya que la intensidad del test de proporcionalidad para examinar una medida legislativa consistente en el aumento de una pena prevista para un determinado delito, debe corresponder con la amplitud del poder normativo que la Constitución confiere al legislador.

De los criterios de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, se observa un campo de inacción o prohibición para que opere el principio de proporcionalidad: el atinente al diseño del rumbo de la política criminal en la elección de bienes jurídicos tutelados, conductas típicas y sanciones penales.

La razón de esta exclusión atiende, según nuestro Máximo Tribunal, a que se trata de aspectos concedidos por la propia Constitución al legislador.

A esta posición se le podría objetar, en primer lugar, que son precisamente las actuaciones legislativas las sujetas a control constitucional, es decir, lo que debe verificarse en un examen de control de la constitucionalidad es precisamente si esas decisiones se apegan al marco constitucional y no sólo si la Carta Magna confiere el poder de decisión a determinado órgano.

Empero, esta crítica no se restringe a la inconveniencia de emplear el principio de proporcionalidad en las decisiones del legislador de elección y merecimiento de la pena, sino que relaciona un tema de más profundo calado, el problema de la legitimidad de la jurisdicción constitucional en un Estado Democrático, que también se conoce como dificultad contramayoritaria y que se abordó en un capítulo anterior.

Es segundo término se podría objetar que es precisamente la verificación de las decisiones legislativas lo que confirma su validez democrática (punto de vista sustancial) y no sólo su emisión por el legislador electo por el pueblo (punto de vista formal).

Sin perjuicio de lo anterior, lo que importa dilucidar ahora es si los elementos que ha excluido el Alto Tribunal en el escrutinio constitucional basado en el principio de proporcionalidad, pueden sujetarse a su análisis y si ello abona en beneficio de la protección del ámbito de libertad personal del gobernado.

Con la finalidad de justificar esta hipótesis, haré referencia a distintas objeciones y otras prevenciones que inciden en la aplicación del principio de proporcionalidad a los aspectos antes mencionados.

2.- Desde la óptica de protección social

Según se vio en los capítulos precedentes, el Derecho Penal se emplea como instrumento de protección de la sociedad, afirmando que su objeto radica en

contener, minimizar o erradicar las conductas que el legislador estime nocivas para la convivencia social.

De esta perspectiva se sigue que un escrutinio estricto sobre las decisiones legislativas que tienden a salvaguardar los derechos de la comunidad a través del establecimiento de leyes penales, repercutiría en detrimento de la propia sociedad.

Empero, quedó de manifiesto a lo largo de este trabajo, que cuando el legislador elige las conductas que califican como delito, no debe atender solamente a circunstancias meramente políticas de populismo penal, pues la exigencia social no prevé rangos de aplicación entre la mayor restricción de la libertad y la mayor importancia del bien jurídico lesionado penalmente, lo que ocasiona que infracciones menores puedan tener penas severas equiparables a las infracciones más graves y viceversa.

Así, la deliberación penal basada exclusivamente en la demanda ingente de la sociedad, conlleva la violación a los derechos fundamentales de los propios imputados, quienes ven mermada su libertad personal (primordialmente) por acciones que pueden remediarse por otros mecanismos menos lesivos, lo que equivale a sancionar inocentes, deslegitimando, paradójicamente, al legislador que pretendía proteger a la sociedad con la medida legislativa.

Es por ello que tratadistas como Luigi Ferrajoli afirma que *“no se puede condenar o absolver a un hombre porque convenga a los intereses o la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable”*¹⁶⁰

Consecuentemente, las necesidades o exigencias sociales o la protección de la sociedad, no justifican la inaplicación ni la transgresión al principio de proporcionalidad al momento de elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, pues ello equivaldría a

¹⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, Comisión Estatal de Derechos Humanos, Aguascalientes, México, 2008, p. 24.

violar derechos fundamentales de igual importancia que el orden social, como son los de libertad personal y dignidad de los imputados, así como los principios constitucionales de legalidad e igualdad, en demérito de la conformación de un Estado Democrático respetuoso de los derechos humanos.

En mérito de lo anterior, no resulta válido sostener que el ámbito de autonomía legislativa se sostenga sobre pretensiones de protección social, pues ello ocasionaría, a la postre, que se transgredieran los propios intereses de los individuos que conforman la sociedad.

3.- Desde la óptica de protección a la víctimas del delito

Asociado al punto anterior, pero más enfocado a la protección particular de las víctimas (quienes forman parte de la sociedad), se ha sostenido que el Derecho Penal no sólo debe tener fines preventivos y de readaptación social, sino resarcitorios de los daños ocasionados a los derechos fundamentales de las víctimas.

Sin embargo, esta postura presenta varias objeciones:

- a) No todos los delitos contemplados en la ley tienen una víctima determinada (delitos contra la salud, contra la impartición de justicia, etc).
- b) Esta visión soslaya la importancia de los derechos fundamentales en conflicto, como en el caso del delito de robo (afecta el patrimonio) que se castiga con prisión (afecta la libertad personal).
- c) La postura anotada tiene fines puramente retributivos, que no se reflejan en el contenido constitucional desde finales del siglo pasado.
- d) No existe restitución real de los derechos fundamentales de las víctimas del delito, sino un mecanismo creado por el Estado para evitar la venganza privada.

Luego, la protección o el grado de afectación de las víctimas del delito no excluye la aplicación del principio de proporcionalidad en la elección de los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, por el contrario, constituye un parámetro que debe ponderar el legislador al efectuar estas actividades, cuestión susceptible de revisión por parte del juzgador constitucional, al verificar la razonabilidad de los delitos y las penas con los bienes jurídicos afectados.

4.- Desde la óptica de la legitimidad del legislador sobre los derechos del imputado.

Podría sostenerse que el único legitimado para afectar los derechos fundamentales de un miembro de la sociedad es el Estado y particularmente el legislador electo democráticamente (en la visión tradicional o formal de democracia), lo que excluiría al juzgador para revisar las actuaciones del ente legislativo.

Sobre esto me remito a las formas de solventar la dificultad contramayoritaria que se abordaron en un capítulo precedente, recalando que la labor del juez constitucional al revisar la regularidad constitucional de las leyes penales, sobrepasa el ámbito de elección de los miembros del parlamento, pues su legitimación proviene directamente de la Carta Magna y se apoya sobre un ente con legitimación originaria como es el poder constituyente.

De esta manera, no sólo es posible sino necesario que el juez constitucional revise, en todos los aspectos de la norma penal, si se cumplen con los principios constitucionales que deben regir la actuación del legislativo al emitirla, lo que, desde luego, incluye la elección de los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales

No deben extrañar los alcances de la verificación constitucional de las normas; como se explicó con antelación en este trabajo, desde el caso de *Marbury vs. Madison*, de 1803, el juzgador se adentra en el estudio de todos los ámbitos concernientes al creador de la norma, sin que exista justificación válida para

dejar al legislador una libertad absoluta, con mayor razón al tratarse de aspectos de imposible reparación para los justiciables.

5.- Desde la óptica de la legitimidad de la pena de prisión.

Acerca de la pena de prisión, como se desarrolló en el capítulo primero de esta investigación, ha proseguido, sin grandes cambios, la idea de que se encuentra justificada por el hecho de reconocerse en los ordenamientos fundamentales de cada Estado como la única opción para hacer frente a las afrentas más graves a los intereses de la sociedad.

Dentro de la concepción del Estado, la pena de prisión se ha justificado desde la óptica de la política criminal y en menor medida, desde el punto de vista de los derechos fundamentales que salvaguarda (los llamados “bienes jurídicos tutelados”), evidenciando serias discrepancias y abismos insondables entre la finalidad de la sanción corporal, los bienes jurídicos protegidos y los derechos fundamentales de los inculcados.

En este trabajo, se esbozó que el juzgador constitucional debía verificar a nivel sustancial la validez de los contenidos de las normas penales, basado primordialmente en los principios de intervención penal mínima, así como los subprincipios de *ultima ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad, empleando criterios de racionalidad y proporcionalidad.

Pero estos principios no legitiman la pena, pues sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo, por lo que, aún después de que el operador jurídico concluyera que la norma penal que prevé un delito atiende a los aludidos principios, ello no significaría que la pena de prisión estuviera justificada, sino simplemente se afirma que, dado que el derecho penal debe escoger entre irracionalidades para impedir el paso de las de mayor calibre, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo, se agregue una nota de máxima irracionalidad, por

la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal provocado.¹⁶¹

Los que justifican el derecho penal desde la óptica de los derechos fundamentales –como Ferrajoli– lo encuentran condicionado por principios garantistas sancionados en la Constitución, lesividad y materialidad de los delitos, culpabilidad, garantías del juicio oral, carga acusatoria de la prueba y derechos de la defensa, que han dejado de ser simples principios teóricos para convertirse en normas jurídica vinculantes.

En cuanto al Estado de derecho, Ferrajoli lo concibe como una red de garantías de bienes y derechos que positiviza los derechos vitales del individuo convirtiendo su respeto y realización efectiva en un vínculo al poder político.

Sin embargo, se ha abandonado el estudio de la justificación misma de la pena de prisión, dejando en manos del Estado la potestad de determinar por qué una conducta debe sancionarse como delito, limitándolo exclusivamente a la reserva de ley, la garantía de defensa, el principio de retroactividad en beneficio del reo y el principio de reserva judicial.

Según Ferrajoli, la función específica de las garantías en derecho penal, no es tanto permitir o legitimar, como más bien, condicionar o vincular y por tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva, pero ello no impide que puedan ser motivo de revisión constitucional las conductas mismas que el legislador considera delictuosas, atendiendo al principio *ultima ratio*, es decir, no es suficiente que el proceso penal cumpla con los postulados que sobre el derecho penal enuncia Ferrajoli, sino que, además, debe realizarse por el órgano protector de los derechos fundamentales una revisión de las conductas que se sancionan como delito, para corroborar que éstas hallen sustento en posiciones justas y respetuosas de los derechos fundamentales, esto es, para que la revisión constitucional del derecho penal permita, no sólo que se

¹⁶¹ Cfr. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Derecho Penal, parte general*, ed. Porrúa, México, 2001, p. 123, véase también lo dicho en el plano del abolicionismo en los capítulos primero y segundo de este trabajo.

deslegitime el ejercicio absoluto de la potestad punitiva, sino que se optimicen los derechos fundamentales de los inculpados.

Bajo estas premisas, la pena de prisión en cuanto a sus consecuencias, causas y finalidades dentro del sistema jurídico, tiene doble vertiente; por un lado, proclama seguridad jurídica para los gobernados sobre aspectos que son reprochables para la convivencia en sociedad y por el otro, lesiona los derechos fundamentales de las personas a las que se les aplica, de forma tan trascendental que los daños, en la mayoría de las ocasiones, resultan irreversibles.

Esta investigación contrastó la legitimidad del Estado para conculcar derechos individuales de los condenados a pena de prisión, con la legitimación del juzgador constitucional para examinar las razones por las cuales el legislador determinó tipificar una conducta como delito, es decir el por qué castigar.

Sobre el efecto de justificación de la pena nos remitimos al capítulo primero de este trabajo a las tesis clásicas de prevención general y especial, retribución, intimidación, etcétera y a algunos postulados y características del garantismo de Luigi Ferrajoli, para culminar con la evidencia de la pena de prisión y su posible adecuación en el Estado garantista basado en el principio de *ultima ratio*.

6.- Desde la óptica de la dignidad humana.

Las dificultades que surgen a raíz de la imposición de una sanción corporal, no sólo son teóricas, sino mayormente, se ven reflejadas en el mundo fáctico, por su patente orientación lesiva a la dignidad humana. Así, hablar de un problema que se proyecta, por un lado, en la esfera teórica del derecho, y directamente en la persona y la sociedad, por el otro, es también evidenciar la respuesta a un problema con la generación de otro.

Lo anterior es así, ya que la sanción corporal, lejos de preservar derechos de mayor jerarquía, es considerada en nuestro país, como un mecanismo para

aparentar, falsamente, que el Estado cumple las funciones de seguridad jurídica y bienestar, para los miembros de la sociedad. Sobre ello, en los medios de comunicación (cuando se habla de seguridad social) se aluden propuestas para agravar los delitos o para crear nuevos, es decir se atacan las consecuencias, pero no los problemas de fondo.

Al lado de esta problemática fáctica, se encuentra la dificultad jurídica de justificar la imposición de la pena de prisión que subyace bajo la esfera de corrientes de pensamiento (como el garantismo) donde se procura que los derechos fundamentales preponderen en la labor del Estado.

Sobre estos supuestos, también desde la óptica de respeto a la dignidad de la persona humana, se entrevé la posibilidad de conciliar la imposición de la pena de prisión basados estrictamente en el principio de *ultima ratio*, verificando su acatamiento por medio del principio de proporcionalidad, derivando de su incumplimiento, la transgresión directa y arbitraria de los derechos fundamentales, con la consecuente sanción al Estado transgresor en pro de la conformación del Estado garantista.

7.- Desde la óptica instrumental del principio de proporcionalidad

El carácter instrumental del principio de proporcionalidad, también justifica el análisis de todos los aspectos relacionados con una norma que afecta derechos fundamentales –como la libertad- pues el juicio de razonabilidad se basa precisamente en la constatación de que tal norma legal no constituye una decisión arbitraria, sino que está fundamentada en una decisión legítima.¹⁶²

Es decir, el aludido principio debe servir como instrumento para verificar la regularidad constitucional de una norma, por lo que la restricción para su aplicación en ciertos ámbitos de la decisión legislativa, opera en oposición a dicho carácter instrumental, pues priva de la posibilidad verificar si se trata de una intromisión legítima en los derechos fundamentales.

¹⁶² Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, México, 2007, p. 695.

8.- Por las consecuencias nocivas que ocasiona su inaplicación

Aquí pondremos en evidencia las consecuencias funestas que ocasiona que no se someta a escrutinio jurisdiccional la elección de los bienes jurídicos tutelados, las conductas típicas, antijurídicas y las sanciones penales.

Si se otorga carta abierta al legislador para elegir los bienes jurídicos a proteger, sin más parámetro de acompañamiento que la necesidad social de un tiempo y lugar determinado, puede ocurrir que decida proteger bienes jurídicos de ínfima valía (como la confianza en las instituciones), a los que imponga como sanción la pena de prisión, lo que refleja una contradicción manifiesta entre la trascendencia y alcance de los valores en conflicto.

Pero más allá de ello, tal “remedio” del legislador ante una contingencia social que, según su perspectiva, merece ser frenada, ocasiona de hecho consecuencias nocivas en la propia sociedad, pues cada persona que es sometida al estigma y soporte de la pena de prisión, forja resentimiento hacia aquella y, a la postre, resulta un elemento nocivo para la misma, cuenta habida que el fin de resocialización de la pena de prisión es falaz, como se vio en un capítulo previo.

Entonces, la decisión del legislador acerca de la elección de bienes jurídicos a tutelar, que carece de legitimidad por la desproporción entre los bienes en conflicto o porque sólo es un intento de solución de botepronto a un problema social determinado, priva al juzgador de efectuar el examen de tales decisiones en detrimento de los derechos fundamentales de los gobernados y, a la postre, resulta paradójicamente un elemento nocivo para la propia sociedad.

Por otro lado, si se concede libertad absoluta al legislador para elegir las conductas típicas sin posibilidad de que el juzgador pueda decidir sobre la legitimidad de tal medida, puede ocurrir (como de hecho sucede) que el legislador tipifique como delitos conductas que no ameritan ser delito porque pueden solucionarse a través de una medida menos lesiva como la vía administrativa (delitos contra la administración de justicia o el correcto

funcionamiento de la administración pública por ejemplo) o civil (vbg. abuso de confianza y fraude).

De esta manera, si se imposibilita al juzgador para verificar la regularidad constitucional de la medida legislativa en este aspecto, concretamente aplicando el subprincipio de *ultima ratio*, fragmentariedad o subsidiariedad, se produce una intromisión ilegítima del Estado en el ámbito de derechos del gobernado, con lo que deja de revisar si efectivamente se encuentra justificada la decisión del legislador.

Finalmente, la elección de las sanciones penales aplicables, es un aspecto directamente relacionado con las cuestiones que se acaban de relatar pues en caso de que se trate de la pena de prisión, no puede prescindirse de la verificación del juzgador constitucional, primero de la decisión de adoptar la pena de prisión –en vez de otra menos lesiva– y después, de examinar la razonabilidad de los parámetros en que se fija, pues resulta indispensable para constatar la legitimidad de la elección, que el legislador no exceda los límites de lo razonable y necesario para prevenir o castigar una conducta antisocial.

Incluso, en caso de que desaparezcán las condiciones por las cuales se instauró la pena –no así el delito– o ante la advertencia de un mecanismo menos lesivo para resolver el conflicto, el juzgador constitucional debería tener legitimación para examinar nuevamente el tipo penal y excluir de su aplicación cualquiera de los aspectos antes mencionados con vista al principio de proporcionalidad.

9.- Elementos a considerar para verificar una medida legislativa en materia penal.

Los elementos que se han expuesto a lo largo de este trabajo, dotan de un marco jurídico que constriñe al legislador penal a observar una serie de lineamientos adicionales a los que debe cumplir al dictar medidas de índole civil, laboral o administrativo, en virtud de la deslegitimación penal que ha colocado al *ius puniendi* como un mal necesario sometido a controles constitucionales reforzados.

Partiendo de ello, los elementos a considerar para verificar una medida legislativa en materia penal, comienzan por la aplicación de un principio de proporcionalidad que exige la verificación de que el daño producido por la pena no sea mayor al de la infracción y en caso de serlo¹⁶³ debe someterse a un estudio más riguroso que cruza por los principios de necesidad, lesividad, subsidiaridad, *ultima ratio* y, desde luego, legalidad.

Es decir, cuando se trata de verificar la regularidad constitucional de un tipo penal que establezca una pena privativa de la libertad personal, el juzgador deberá aplicar el test de proporcionalidad en el que, luego de comprobar que se está en presencia de una verdadera afectación a un derecho fundamental (lesividad) y que el fin que se persigue con la medida es lícito (idoneidad), deberá comprobar que se estén protegiendo por el legislador los valores más relevantes (excepcionalidad) porque la intromisión penal sólo está dirigida a un parte ellos (fragmentariedad).

Luego, revisará si se trata de una medida pertinente para solucionar un problema social (necesidad), que no existan mecanismos alternativos menos lesivos para solucionar el conflicto (*ultima ratio*)¹⁶⁴ y, superadas éstas exigencias aún es su obligación verificar si es razonable el *quantum* de la pena con la gravedad de la conducta (proporcionalidad en sentido estricto).

Debe precisarse que en caso de que no se cumpla con cualquiera de las exigencias enunciadas, el resultado será que el delito o la descripción típica sea inconstitucional por violar de forma arbitraria los derechos fundamentales del reo, a diferencia de la ponderación que se realiza respecto de principios jurídicos de otro índole, en la que se intenta maximizar su aplicación, pero

¹⁶³ Regularmente siempre lo será si la pena es prisión, pues la libertad personal es, en principio, un derecho absoluto.

¹⁶⁴ Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *El principio de legalidad contra el principio de proporcionalidad (reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces)*, en "El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional", editor: Miguel Carbonell, Serie de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008, pp. 319 a 321.

subsiste en mayor medida uno sobre otro dependiendo del peso que se le asigne.¹⁶⁵

Señalado lo anterior, nos avocaremos a los tres conceptos que excluyó la Suprema Corte del ámbito de control jurisdiccional constitucional (elección de bienes jurídicos tutelados, conductas típicas y sanciones penales), en un análisis que agrupará los principios antes mencionados en la forma que se estima más fácil de comprender.

a).- Verificación. Lo primero que debe considerarse es el ámbito sustancial de validez de la norma penal,¹⁶⁶ esto es, debe revisarse si se trata de una norma de naturaleza penal, que establece una pena restrictiva de la libertad personal, como es la de prisión,¹⁶⁷ la cual debe cumplir con el principio de mínima intervención penal que rige a las leyes penales, fundamentalmente en la expresión de *ultima ratio*, fragmentariedad o subsidiariedad.

En este apartado se excluirían aquellas normas que restrinjan de manera transitoria la libertad personal, como son las que prevén arrestos administrativos o medidas de apremio de esa naturaleza, pues sólo se busca proteger la razonabilidad en las medidas legislativas que adoptan posiciones en el campo del derecho penal.

De no efectuarse este primer paso podríamos encontrarnos en el supuesto de que fuera innecesario analizar la medida legislativa con los parámetros aquí enunciados por no ubicarse en el ámbito penal o bien porque no resulte necesario su examen, ya sea porque: los bienes jurídicos no se afectan, porque su lesión sea ínfima, porque se trata de derechos de menor cuantía que los valores a proteger, etcétera.

¹⁶⁵ Sobre la fórmula del peso véase ALEXY, Robert, *La fórmula del peso*, en "El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional", editor: Miguel Carbonell, Serie de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008, pp. 13 a 42.

¹⁶⁶ Sobre el ámbito de validez sustancial véase capítulo tercero de este trabajo.

¹⁶⁷ La sanción consistente en multa o similares, no es relevante para este estudio, ya que no restringe derechos trascendentales, sino derechos patrimoniales.

b).- Ponderación de los bienes jurídicos en conflicto. Aquí se debe ponderar la finalidad de la medida legislativa, con el principio que entra en colisión.

Es importante tener presente que cuando se trata de tipos penales que establezcan como sanción la pena de prisión, el derecho a la libertad personal del infractor, siempre se confrontará frente al bien jurídico que se pretende proteger por el legislador con la instauración de la norma penal.

Es decir, debe ponderarse si la medida legislativa se corresponde con el bien jurídico tutelado, pues es lo que supuestamente pretende salvaguardar, siendo que el valor jurídico con el que entra en colisión dicha medida, es el derecho fundamental de la libertad personal del inculcado.

Este análisis es precondition del examen de necesidad de la medida legislativa, pues si el bien jurídico protegido no es tan relevante como el afectado (cuando se trata de la libertad personal regularmente no lo será), alerta al operador jurídico de que tal vez la pena de prisión no sea la sanción menos lesiva para afrontar la conducta antisocial, pero debe tenerse presente que no podrá efectuarse un estudio de ponderación en el sentido clásico, pues como se explicó previamente las medidas penales participan de una naturaleza especial.

c).- Análisis de idoneidad. Una vez establecida la clase de derechos en colisión, el juzgador constitucional deberá efectuar un análisis sobre la idoneidad o adecuación de la medida, esto es, revisar si la ley que establece el tipo penal es adecuada para el fin que persigue.

Aquí debe tenerse presente que el fin debe ser legítimo, es decir, constitucionalmente correcto y adecuado para la sociedad.

Sin embargo, también debe analizarse si la medida es objetivamente idónea o adecuada para realizar tal fin, ósea una vía adecuada para combatir los problemas que pretende el legislador.

En el caso de las normas penales, la finalidad será prevenir, sancionar o atacar una conducta antisocial, lo cual es un fin constitucionalmente válido pero que, como se vio en un capítulo previo, en realidad no resulta enteramente justificable.

d).- Examen de necesidad. Después de analizar la idoneidad de la medida, el operador jurídico debe examinar si la medida es estrictamente indispensable para satisfacer el fin ya sea porque es la medida menos gravosa para proteger el derecho afectado, entre las diversas igualmente idóneas para conseguir el fin, o bien, porque no existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disponibles afectan el derecho intervenido en una medida mayor, cuestión que se identifica con los principios de intervención penal mínima y los subprincipios de alternatividad, fragmentariedad, subsidiariedad o *ultima ratio*.

En este sentido, desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, *"a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador"*.¹⁶⁸

Es en este punto donde el delito debe someterse a un escrutinio aún más estricto para verificar si la pena de prisión es la medida menos gravosa para conseguir el fin deseado o si existen otras alternativas o incluso diversos campos como el ámbito civil, laboral o administrativo que puedan afrontar el problema que se pretende solucionar.

e).- Examen de proporcionalidad en sentido estricto. Finalmente, el operador jurídico debe proceder a verificar si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena, tomando en cuenta que sólo cabrá catalogar la norma penal o la

¹⁶⁸ Sentencia Tribunal Constitucional Español [55/1996](#), fundamento jurídico 8º

sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada *"cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa"*¹⁶⁹

La exigencia de proporción de la reacción penal tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a restricciones directas que procedan de la ley y se individualicen en una sentencia, por lo que se convierte en una regla de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental, negándose así la legitimidad constitucional de las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible, de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos.

10.- Análisis del delito previsto en el artículo 267, fracción I, de la Ley de Amparo vigente a partir del tres de abril de dos mil trece

A manera de ejemplo, podemos aplicar los lineamientos sobre el principio de proporcionalidad desarrollados con antelación, al delito especial contemplado en el artículo 267, fracción I, de la Ley de Amparo vigente a partir del tres de abril de dos mil trece, que dispone:

***“Artículo 267.** Se impondrá pena de cinco a diez años de prisión, multa de cien a mil días, en su caso destitución e inhabilitación de cinco a diez años para desempeñar otro cargo, empleo o comisión públicos a la autoridad que dolosamente:*

I. Incumpla una sentencia de amparo o no la haga cumplir...”

¹⁶⁹ Sentencia Tribunal Constitucional Español [161/1997](#), fundamento jurídico 12; en el mismo sentido Sentencia Tribunal Constitucional Español [55/1996](#), fundamento jurídico 9º

Verificación. La norma que se examina contempla un tipo en materia penal, que importa como sanción la restricción de la libertad personal, entre otras penas. Por lo que desde el ámbito sustancial sí constituye una restricción penal a pesar de que se encuentre contenida en una legislación distinta al Código Penal Federal, ya que se trata de un delito de los que la doctrina denomina “especial”.

Ponderación de los bienes jurídicos en conflicto. La norma en estudio tutela el bien jurídico de la correcta administración de justicia, el cual se enfrenta o colisiona con la libertad personal del imputado, su patrimonio y su honorabilidad.

Cabe precisar que el estudio de ponderación que se realiza en este apartado, no participa de los mismos pasos y tampoco culmina con el mismo resultado que la fórmula clásica de pesos o *balancing* que se emplea ante la colisión de dos o más principios jurídicos,¹⁷⁰ sino que contiene aristas particulares de las cuales no se concluye la limitación de un principio en detrimento del otro, cuidando la máxima optimización entre ambos.

Lo anterior, pues la aparente pugna entre la libertad personal y el bien jurídico o el fin que pretende lograr el legislador mediante la instauración de la norma penal, contienen un elemento extra, el de la decisión del operador jurídico quien, en uso de sus atribuciones de autonomía legislativa, se encuentra en aptitud de desbordar el *ius puniendi* hacia los gobernados.

Luego, al examinar la validez de la medida legislativa, no puede llegarse al extremo de optimizar en mayor o menor grado los bienes o los principios en conflicto, pues resultaría igualmente ilógico llegar a la conclusión de que el derecho a la libertad personal debe ceder ante el bien jurídico protegido o el fin buscado (en este caso la correcta administración de justicia), como lo contrario,

¹⁷⁰ Véase VAZQUEZ-GOMEZ B., Francisco, *La ponderación en movimiento. Un ejemplo de su aplicación como medio para resolver la colisión entre derechos fundamentales*, en revista *Auri Iuris*, No. 44, julio a diciembre de 2010.

esto es que la administración de justicia cede ante la libertad personal, pues en ambos casos se desnaturalizaría la medida legislativa al grado que ya no podría considerársele como una descripción típica.

Es por ello que el examen de los bienes en conflicto sólo será útil, como se explicó previamente, para advertir la entidad de los bienes en conflicto, con la única intención de que se consideren en el examen de los requisitos subsecuentes.

En este apartado, encuentra plena correspondencia la afectación de los derechos patrimoniales y la honorabilidad del inculpado con motivo de la infracción o afectación del bien jurídico de la correcta administración de justicia, el cual resulta indeterminado, pues no tiene una víctima precisa –ya que se afecta a la sociedad en su conjunto– además de que también entraña aspectos similares a los derechos que se transgreden, como son la imagen que debe guardar el Estado en la administración de justicia frente a la sociedad y el gasto que esto implica, frente a la honorabilidad de la persona y su patrimonio.

Es decir, está justificado que se imponga como pena multa porque existe relación con el bien jurídico afectado en cuanto a la erogación que representa para el Estado impartir justicia.

Asimismo, es adecuada la pena de destitución e inhabilitación, pues si bien con ella se afecta la honra y honorabilidad del imputado, existe coincidencia con la propia transgresión hacia la imagen de la institución impartidora de justicia.

Sin embargo, puede advertirse, desde este punto, que la pena de prisión no tiene concordancia con ninguno de los bienes jurídicos en conflicto, puesto que la afectación en la libertad personal no se corresponde con el bien jurídico tutelado, en razón de que el Estado o la sociedad no son titulares de derechos fundamentales similares a la libertad.

No obstante, la medida legislativa podría encontrarse justificada como *ultima ratio*, es decir, como la última opción del Estado para remediar o menguar los

efectos nocivos de la conducta, pero ello será motivo de examen subsecuente en el apartado relativo a la necesidad de la medida.

Análisis de idoneidad. En este apartado, se tiene que la norma penal persigue un fin eminentemente preventivo (de forma general) e intimidatorio, dirigido a las autoridades responsables, a fin de que eviten incumplir con las sentencias de amparo.

Fuera de las objeciones a las formas de prevención tanto general como especial que se abordaron en un capítulo previo, nuestra Carta Magna establece en su artículo 18 que el sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, pero no delimita cuáles son los fines específicos de la pena.

Por ende, puede concluirse que es un fin constitucionalmente válido la preservación, por medio de la prevención general, del orden social y la administración de justicia, pues se trata de una medida constitucionalmente correcta y adecuada para la sociedad.

Desde el punto de vista objetivo, también resulta una medida adecuada para alcanzar tal fin, pues la pena de prisión y las demás que contempla el numeral en examen, son de índole tan trascendente en la esfera del individuo, que probablemente sí provoquen intimidación en su ámbito interno, es decir, prevén consecuencias tan graves sobre su persona, que resulta factible que traten de evitar incurrir en ellas.

Examen de necesidad. La medida legislativa no supera este requisito porque incumple con el subprincipio de subsidiariedad, ya que la reacción legislativa no se manifiesta como *ultima ratio* frente a la conducta que tipifica como delito.

Es decir, aunque el legislador se encuentra en aptitud de justificar la medida consistente en pena de prisión como *ultima ratio*, cuando tipifica conductas que

afectan bienes jurídicos de menor valía que la libertad personal, pero que no pueden remediarse con otros mecanismos menos lesivos por virtud de la problemática social que representan o bien porque otros medios de control han demostrado ser ineficaces para los fines legítimos que se persiguen; lo cierto es que, en el caso, ello no aconteció así.

Lo anterior en razón de que sí existen recursos jurídicos menos gravosos para prevenir e intimidar al infractor, como la propia norma lo reconoce al imponer otras penas como la multa, la destitución e inhabilitación.

Es decir, el tipo penal en estudio pretende proteger un bien jurídico intangible, que en el caso resulta ser la administración de justicia, pero que además puede tener repercusiones materiales en el mundo jurídico que incluso pueden traducirse en un detrimento económico del aparato institucional de impartición de justicia.

Ahora, las sanciones aplicadas en la vía administrativa a los servidores públicos que con sus conductas infringen tales valores, han demostrado ser mecanismos adecuados, no solo para prevenir (con la aplicación e apercibimiento y amonestaciones) y castigar (a través de la imposición de multas de distinta índole), sino para remediar y contener tales conductas antijurídicas (por medio de la destitución e inhabilitación), por lo que no se justifica la aplicación de un remedio *extrema ratio* cuando existen otros mecanismos para atacar la conducta.

Incluso el problema jurídico se podría solucionar en su totalidad en la vía administrativa, pues si lo que se busca es evitar las consecuencias nocivas de tales prácticas, la destitución e inhabilitación de los servidores públicos involucrados es más que suficiente para anular de forma permanente y definitiva los mismos, mientras que tanto la multa, o las sanciones pecuniarias similares, son aptas para castigar, es decir, con fines puramente retributivos y para menguar el impacto económico causado sin necesidad de afectar la libertad personal.

Pero más allá de ello, la privación de la libertad que no encuentra asidero racional en ninguna de las teorías que pretenden justificar su imposición (como se explicó en capítulos precedentes), supone que el legislador sólo pueda emplearla en situaciones cuya gravedad no tenga comparación y que representen para la sociedad un problema irremediable por la vía ordinaria, como puede ser el caso de la delincuencia organizada, el secuestro, el homicidio doloso, etcétera.

De modo que la medida legislativa que aquí se estudia conlleva un sacrificio innecesario o excesivo del derecho de libertad personal del imputado frente a la importancia de los bienes que se pretenden tutelar con el precepto penal,¹⁷¹ por lo que cabe concluir que la reacción penal resulta innecesaria y que las medidas no penales tendrían un grado de "funcionalidad manifiestamente similar", lo que las torna arbitrarias.

Consecuentemente, resulta innecesario el examen de la proporcionalidad de la sanción en sentido estricto, pues no se justificó la reacción penal frente al comportamiento tipificado como delito, lo que hace inoficioso el estudio acerca de la razonabilidad entre el *quantum* de la pena y la intensidad en la afectación del bien jurídico.

11.- Conclusiones

El principio de proporcionalidad es un instrumento para constatar la legitimidad de las decisiones legislativas que involucren derechos fundamentales, por lo que resulta de suma utilidad para verificar la regularidad constitucional de los tipos penales que prevén pena privativa de libertad, pues en este caso, se afecta directamente el derecho fundamental de libertad personal.

¹⁷¹ "...para que una intervención penal en la libertad o en los demás derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la intervención (es decir, la protección del bien jurídico) debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental..." BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 136.

Cuando nos referimos al principio de proporcionalidad que el legislador debe emplear en la creación de leyes penales, tenemos que decir que la intervención del legislador en derechos fundamentales podrá considerarse válida siempre y cuando: 1) persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa.¹⁷²

Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido la aplicación del citado principio en el examen de leyes penales que establezcan descripciones típicas y sanciones privativas de libertad, sin embargo, también ha excluido los aspectos que ubica en el ámbito de autonomía legislativa, concernientes a la orientación en el rumbo de la política criminal a través de la elección de los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales.

En este trabajo se ha puesto de manifiesto que limitar o extirpar del escrutinio jurisdiccional los citados aspectos, otorgando libertad de configuración al legislador, permite el empleo desmedido de las sanciones con fines de populismo penal, que conllevan privación o restricción de la libertad y su establecimiento para proteger bienes jurídicos menos valiosos que la libertad personal que afectan.

Esta condición implica violación al principio de intervención penal mínima que es rector dentro del Estado garantista y referente en cualquier Estado

¹⁷² Cfr. LOPERA Mesa, Gloria, *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*, en "El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional", editor: Miguel Carbonell, Serie de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008, p. 272.

Constitucional de Derecho; ya que soslaya la verificación de la exigencia de fragmentariedad que impone al legislador penal la obligación de castigar únicamente aquellas conductas que vayan contra bienes jurídicos susceptibles de protección penal, esto es, sólo permite hacer frente con esas medidas a los ataques más graves e intolerables.

También impide la verificación del cumplimiento al subprincipio de subsidiariedad, que establece que la intervención del legislador penal es solo residual, cuando se demuestre que el resto de mecanismos del ordenamiento jurídico han fracasado en la tutela de un bien jurídico agredido, es decir, que sólo puede actuar en el ámbito penal como *ultima ratio*.

De forma paralela, se expuso la manera en que debe realizarse el examen de verificación de la regularidad constitucional de las leyes penales con base en el principio de proporcionalidad, a través de la exigencia de adecuación a un fin que implica que la medida o sanción sea adecuada para alcanzar el objetivo buscado; la exigencia de necesidad de la medida, que significa que una pena innecesaria es factor de injusticia grave; y, la proporcionalidad en sentido estricto que exige un juicio de ponderación o valoración donde se mida la carga o gravedad de la pena con la afectación al bien jurídico protegido.

Bajo estos lineamientos, debe concluirse que ninguna justificación válida sustenta la exclusión que ha realizado el Alto Tribunal y, en cambio, sí abona en detrimento de la garantía a los derechos fundamentales de los gobernados, por lo cual, no sólo es posible, sino indispensable aplicar el principio de proporcionalidad para verificar la regularidad de las normas penales en lo atinente a la elección de bienes jurídicamente tutelados, conductas típicas antijurídicas y sanciones penales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, ed. Gedisa, Barcelona, España 2004.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, ed. Palestra Editores, Lima, 2007.
- BECCARIA, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, ed. Porrúa, 16ª edición, México, 2006.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, México, 2007.
- BINDER Alberto M., *Política Criminal. De la formulación a la praxis*, ed. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1997.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Control Social y Sistema Penal*, ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987.
- CABRERA ACEVEDO, Lucio, *El constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2005.
- CABRERA ACEVEDO, Lucio, *El Constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review*, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2005.
- CARBONELL, Miguel, *Constitución Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, ed. Porrúa, México, 2004.
- CARBONELL, Miguel, *Constitucionalismo y Democracia, Ensayos Críticos*, ed. Porrúa, México, 2004.
- CARBONELL, Miguel, *et al* (compiladores) *Jueces y Derecho, Problemas Contemporáneos*, ed. Porrúa, México, 2004.
- CARBONELL, Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, ed. Porrúa, México, 2002.

- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, ed. Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005.
- CARBONELL, Miguel (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Serie de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La Interpretación Judicial Constitucional*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1996.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, ed. Porrúa- UNAM, 2005.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, ed. Porrúa, 2000, vol. IV.
- DEHESA DAVILA, Gerardo, *Introducción a la Retórica y la Argumentación*, Edición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, Comisión Estatal de Derechos Humanos, Aguascalientes, México, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, ed. Trotta, España, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, ed. Trotta, Madrid, España, 2004.
- GALLARDO ROSADO, Maydelí, *et al, Fundamentos de Derecho Penal Mexicano*, Tomo I, ed. Porrúa, México.
- GARCÍA PABLOS, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, ed. Universidad Complutense, Madrid, 1995.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, *Política Criminológica Mexicana*, ed. Porrúa, México 2000.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *Derecho Penal Mexicano*, ed. Porrúa, Cuarta Edición, México, 1997.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios Sobre la Interpretación Jurídica*, ed. Porrúa, México, 2004.
- GÜNTHER, Jakobs, *Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, trad. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, GONZÁLEZ DE

- MURILLO, José Luis Serrano, ed. Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1997.
- GUZMÁN OROZCO, Guillermo, *Fallos Históricos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América*, ed. Dirección de Comunicación Sociales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2000.
 - HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2003.
 - HASSEMER Winfried. *Viejo y Nuevo Derecho Penal*, en Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, ed. Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1999.
 - HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
 - IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, ed. Taravilla, Madrid, 2003.
 - JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, ed. Oxford, México 1999.
 - LIFANTE VIDAL, Isabel, *La Interpretación Jurídica en la Teoría del Derecho Contemporáneo*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, México, 1999.
 - MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, segunda edición, ed. Civitas, Madrid, España, 1993.
 - MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004.
 - MONTESQUIEU, *El espíritu de las Leyes*, ed. Oxford, México 1999.
 - NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, ed. Ariel, 2000.
 - ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *La individualización de la Pena de Prisión*, ed. Porrúa, México, 2003.
 - RODRÍGUEZ NUÑEZ, Alicia, *Formulas para la Resocialización del Delincuente en la Legislación y el Sistema Penitenciario Españoles*, Publicado en el Homenaje a M. de Rivocoba. "El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y criminología", J. L. Guzmán Dalbora (coord.), España, 2004.

- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El Principio de Proporcionalidad*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007.
- SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos, criterios esenciales*, Consejo de la Judicatura Federal, México 2011.
- SILVA SÁNCHEZ Jesús-María *Política Criminal y Persona*, ed. AD-HOC, Argentina. 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal, aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, ed. B de F, Buenos Aires, 2006.
- TAMAYO Y SALMORÁN, *Algunas consideraciones sobre la Interpretación Jurídica*, ed. Moreno Perú, 1975.
- TRON PETIT, Jean Claude y ORTIZ REYES, Gabriel, *La nulidad de los actos administrativos*, ed. Porrúa, México 2005.
- VIGO, Luis Rodolfo, *Interpretación Constitucional*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina, 1991.
- VIGO, Rodolfo Luis, Rodolfo Luis, *De la ley al Derecho*, ed. Porrúa, México, 2003.
- VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Trad. SALDAÑA, Quintiliano, 20ed. España: Madrid, ed. REUS, 3 Vol., publicado por la Dirección General de Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Vol. I, México, 2003.
- WELZEL Hans, *Derecho Penal Alemán*, Parte General, 11° edición alemana, 4° edición castellana, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1993.
- WROBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y Hecho en el Derecho*, ed. Fontamara, México, 2001.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Derecho Penal, parte general*, ed. Porrúa, México, 2001.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *En Busca de las Penas Perdidas*, ed. Ediar, Buenos Aires, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho Dúctil*, ed. Trotta, Madrid, España, 1995.

- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, ed. Trotta, Madrid, 2003.

HEMEROGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, Disertación de acerca del papel del Juez, en revista Compromiso, año 7, No. 87, septiembre de 2008.
- BÁEZ SILVA, Carlos, *Las decisiones judiciales: entre la motivación y la argumentación*, en *Cuadernos de ejercicios sobre argumentación jurídica*, publicados por el Instituto de la Judicatura Federal, serie verde, metodología del trabajo judicial, México, 1/2002.
- CARRANZA, Elías, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD (Proyecto RLA/88/001/D/01/01 “Apoyo al sistema de justicia y derechos humanos para el desarrollo”) y de la Universidad de West Indies UWI. Ediciones Depalma Buenos Aires, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos Fundamentales*, publicado en Teoría Política XIV/2, 1998.
- HEIKO H., Lesch, *La función de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios No. 17, Colombia, 2000.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia*, Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXIV, No. 2, diciembre, 2011.
- VAZQUEZ-GOMEZ B., Francisco, *La ponderación en movimiento. Un ejemplo de su aplicación como medio para resolver la colisión entre derechos fundamentales*”, Revista Auri Iuris, No. 44, julio a diciembre de 2010.

CONSULTA ELECTRÓNICA DE CRITERIOS DE DERECHO COMPARADO:

1.- **Colombia.** En la página de internet de la Corte Constitucional de Colombia:

www.corteconstitucional.gov.co/

2.- Argentina. En la página de internet de la Corte Suprema de Argentina:
www.csjn.gov.ar/

3.- Chile. En la página de internet del Poder Judicial de Chile:
www.poderjudicial.cl/

4.- España. En la página de internet del Tribunal Constitucional Español:
www.tribunalconstitucional.es/

5.- Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la página de internet de la CIDH: www.corteidh.or.cr/

6.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Página internet jurisprudencia del TEDH: www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/TEDH/sentencia/

CONSULTA ELECTRÓNICA DE CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: En la página de internet de dicho tribunal:
www.scjn.gob.mx