



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO

---

---

**POSGRADO EN DERECHO**

TITULO DEL TRABAJO:

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS**

**TESIS**

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:  
MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:

JONATHAN ZÚÑIGA RAMÍREZ

Director de tesis:

Dr. Pedro Ugalde Segundo  
Posgrado Derecho, FES Aragón.



FES Aragón

Nezahualcóyotl, Estado de México, Febrero, 2017.



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

ÍNDICE.....I

### CAPÍTULO 1

#### ASPECTOS HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1.1 Introducción.....1

1.2 El principio de proporcionalidad en el código de Hammurabi.....4

1.3 El principio de proporcionalidad en la Biblia.....10

    1.3.1. Ley Mosaica.....12

1.4 El principio de proporcionalidad en el Derecho Romano.....14

1.5 El principio de proporcionalidad en la época de la Ilustración.....17

1.6 El principio de proporcionalidad de las penas en la obra César Beccaria.....22

1.7 El principio de proporcionalidad en la actualidad.....25

1.8 El principio de proporcionalidad como derecho fundamental.....32

    1.8.1 Dignidad Humana.....32

    1.8.2 Derechos Humano.....40

    1.8.3 La persona y su naturaleza de ser humano.....55

## **CAPITULO 2**

### **PROBLEMAS ACTUALES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

<b>2.1 Derecho penal del enemigo y el discurso de la emergencia.....</b>	<b>59</b>
<b>2.2 La afectación de la proporcionalidad debido a los postulados del derecho penal del enemigo.....</b>	<b>70</b>
<b>2.3 El derecho penal del enemigo, ningún postulado nuevo.....</b>	<b>75</b>
<b>2.4 La problemática que presenta la escala de punibilidad.....</b>	<b>81</b>
<b>2.5 Principio de proporcionalidad y Lesividad.....</b>	<b>87</b>
2.5.1 Principio de lesividad.....	89
<b>2.6 El bien jurídico legalmente definido.....</b>	<b>96</b>
<b>2.7 Proporcionalidad como límite.....</b>	<b>98</b>
<b>2.8 Ciencia de la legislación, la creación de las normas penales.....</b>	<b>103</b>
2.8.1 La predeterminación de la pena como problema de la ciencia de la legislación.....	106
2.8.2 La Razonabilidad como técnica legislativa penal.....	110

## **CAPÍTULO 3**

### **LOS PRINCIPIOS INFORMADORES Y LIMITADORES DEL PODER PUNITIVO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE TODO SISTEMA JURÍDICO PENAL**

<b>3.1 Fundamentos teleológicos de la construcción de un sistema de derecho limitador.....</b>	<b>117</b>
<b>3.2 Clasificación de los principios limitadores del poder punitivo.....</b>	<b>121</b>
<b>3.3 Análisis particular de los principios y su interrelación como sistema... </b>	<b>122</b>
<b>3.4 Algunos otros principios.....</b>	<b>156</b>

## **CAPÍTULO 4**

### **ANÁLISIS TEÓRICO DOGMÁTICO DE LA PENA**

<b>4.1 Criterio de algunos autores respecto de la pena</b> .....	165
<b>4.2 Los fines de la pena y sus teorías</b> .....	173
<b>4.3 Teorías absolutas de la pena</b> .....	175
<b>4.4 Teoría relativas de la pena</b> .....	180
<b>4.5 Teoría de la prevención general negativa</b> .....	182
<b>4.6 Teoría de la prevención general positiva</b> .....	188
<b>4.7 Teoría de la prevención especial</b> .....	190
<b>4.7.1 Positiva y negativa</b> .....	190
<b>4.8 Teorías mixtas</b> .....	198
<b>4.9 La prevención especial positiva como fundamento de las penas en el Estado Mexicano</b> .....	206
<b>Conclusiones</b> .....	214
<b>Fuentes consultadas</b> .....	219

## PRIMER CAPÍTULO

### 1. ASPECTOS HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

#### 1.1 Introducción.

¿Qué es la proporcionalidad? A manera de introducción queremos señalar que el concepto de proporcionalidad es una noción general que a grandes rasgos puede aplicarse y entenderse sin problema en cualquier área del conocimiento humano y no exclusivamente en el ámbito jurídico. Primeramente se empleó en las matemáticas así como en la filosofía clásica griega y en varios campos específicos del derecho.

Al respecto es interesante el pensamiento de Aristóteles y el uso que hace de la proporcionalidad como criterio de valoración moral al señalar que “la virtud es por tanto, un ámbito selectivo, consistente en una posición intermedia para nosotros determinada por la razón y tal como la determina el hombre prudente. Posición intermedia entre dos vicios el uno por exceso y el otro por defecto”.<sup>1</sup>

La proporcionalidad es una cualidad percibida por el ser humano a través de nuestros sentidos y el razonamiento. Podemos decir que consiste en una relación adecuada de cosas diversas y evoca las ideas de *orden* y *armonía* entre ellas.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Clásicos de Grecia y Roma, México, alianza editorial, 2004, libro 2, p. 6.

<sup>2</sup> Cfr. Doczi, Gyorgy, *El poder de los límites, proporciones armónicas en la naturaleza, el arte y la arquitectura*, trad., de Alejandro Vucetich, Buenos Aires, Troquel, 2004, p. 9.

El concepto de proporcionalidad no solo ha influenciado la obra humana de manera consciente e inconscientemente en diferentes planos, hasta llegar a la regulación normativa de la conducta del ser humano, primeramente a partir de la ética para luego adentrarse en el ámbito jurídico.<sup>3</sup>

La idea de *relación adecuada* entre cosas diversas no puede desterrarse del ámbito normativo humano y con ello se relaciona el principio de proporcionalidad. De hecho uno de los principales valores del derecho, como lo es la justicia se funda precisamente en ella; en una determinada proporción entre las cosas, cuya trasgresión torna injusta su relación, es decir, la vuelve desproporcionada.<sup>4</sup>

Como lo señala Sánchez Gil, “Siempre que el concepto de justicia interviene en algún aspecto jurídico, implica la idea de proporcionalidad y por tanto, este concepto no es de modo alguno ajeno a la ciencia del derecho sino, por el contrario, es usado en los más diversos ámbitos jurídicos.”<sup>5</sup>

El principio de proporcionalidad juega un papel importante en varios dominios del derecho, ya sea en el derecho internacional (la represalia debe ser una respuesta proporcional a la violación de un derecho cometido por otro Estado), en el derecho civil (verbigracia en la fijación de la pensión alimenticia según las necesidades del acreedor y las posibilidades del deudor), en el derecho fiscal (respecto del pago de las contribuciones), en el derecho penal (la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito y al daño o puesta en peligro del bien jurídico), etcétera.

---

<sup>3</sup> *Cfr. Idem.*

<sup>4</sup> *Cfr. Recaséns Siches, Luis, Tratado general de filosofía del derecho, 14ª. ed., México, Porrúa, p. 481.*

<sup>5</sup> Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 14.

En el desarrollo de nuestra tesis, nos proponemos analizar el principio de proporcionalidad como principio orientador y limitador del *ius puniendi*, desde una perspectiva de los derechos humanos.

El poder punitivo desde sus orígenes hasta la actualidad se ha encontrado en constante dinamismo, aparejado de una evolución de sus fundamentos filosóficos, ideológicos, sus instituciones y principios que a su vez son reguladores de la ley penal.

Desde la venganza de sangre, hasta el actual derecho científico (pasando por la venganza privada, divina, publica y el periodo humanitario), dicha evolución del derecho penal, ha sido acompañada del principio de proporcionalidad, el cual consideramos uno de los principios de mayor trascendencia (junto con algunos otros con los que interactúa y se complementa, para limitar y regular el instrumento más poderoso con el que cuenta el Estado, para castigar los delitos.<sup>6</sup>

Cabe señalar que todas las instituciones del derecho penal, han sufrido un cambio, verbigracia en la época primitiva la víctima tenía una connotación religiosa, puesto que tiene sus orígenes en los sacrificios humanos con componente sagrado e institucional.

De manera atinada él Dr. Elías Polanco Braga, nos aclara, que en la época primitiva “los sacrificios de víctimas humanas, era un fenómeno de universal constancia en las religiones primitivas, y que tales victimizaciones son producto de la mirada trascendente del hombre primitivo en cuya tensión anímica interaccionan lo sagrado y lo profano, por lo que la víctima actuaba como

---

<sup>6</sup> Cfr. Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 49ª. ed., México, Porrúa, 2009, pp. 31-37.

instrumento de mediación entre lo trascendente y lo inmanente por mandato social.”<sup>7</sup>

De igual forma nos ilustra diciendo que “conforma a la evolución socio-cultural- jurídica, se abandona tanto el sacrificio como la venganza, para pasar a las legislaciones que establecen derechos y protección a la víctima.”<sup>8</sup>

Regresando a nuestro objeto de estudio, desde épocas antiguas el principio de proporcionalidad estaba ya previsto en distintos cuerpos normativos tales como; el código de Hammurabi, las leyes Mosaicas (en el antiguo testamento), las leyes griegas de Saleukos, el Derecho Romano arcaico, sólo por mencionar algunos.

En la *lex talionis* se regulaba como una forma de limitar la venganza privada que surgía como un derecho de sangre por la comisión de un delito, pero fue hasta la época de la ilustración que se desarrolló de una manera más científica, principalmente con la obra clásica de César Beccaria *De los delitos y las penas*, donde entre otras cosas se enfatiza sobre la relevancia de que las penas fueran proporcionales a la gravedad del delito cometido. Por lo que a continuación procederemos analizar y a desarrollar la evolución histórica de este principio, en las diferentes fuentes históricas del derecho.

## **1.2 El principio de proporcionalidad en el código de Hammurabi.**

El doctor Gumesindo al respecto nos señala, que el antecedente jurídico más remoto del que tenemos conocimiento respecto del principio de proporcionalidad de las penas apareció en el Código de Hammurabi, posteriormente en las sagradas escrituras (en particular en el antiguo testamento;

---

<sup>7</sup> Polanco Braga, Elías, *Lecciones del nuevo procedimiento penal mexicano: oral acusatorio y adversarial*, México, UNAM, 2015, pp. 20-21.

<sup>8</sup> *Idem*.

Éxodo, Levítico, Deuteronomio), y es recogido también en la ley de las XII tablas, así como en las instituciones de Gayo (que fue uno de los juristas más sobresalientes de la época clásica del derecho romano), y en las leyes griegas de Saleukos, así como en otros ordenamientos.<sup>9</sup>

Respecto al aspecto semántico de la ley del talión, el mismo profesor nos aclara que “la voz talión proviene del latín *talio*, *-onis*. (De *talis*, *-e*, tal, igual, idéntico), y va frecuentemente relacionado con *qualis*, *-e*, cual.”<sup>10</sup>

El código de Hammurabi, es uno de los conjuntos de leyes más antiguos que se han encontrado y uno de los ejemplares mejor conservados de este tipo de documentos creados en la Antigua Mesopotamia. El descubrimiento del Código de Hammurabi, se debe a las excavaciones realizadas en una misión francesa, encabezada por M. Jacques de Morgan, al comienzo del siglo pasado en diciembre del 1901.<sup>11</sup>

El objetivo de este código, era homogeneizar jurídicamente el reino de Hammurabi, dando a todas las partes del reino una legislación común, para así poder controlar al conjunto con mayor facilidad.

Sobre el particular Felipe Espílez nos dice:

---

<sup>9</sup> Cfr. Padilla Sahagún, Gumesindo, *Derecho romano*, 4<sup>a</sup>. ed., México, Mc Grall Hill, 2008, p.167.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> Cfr. Franco, Gabriel, *Las leyes de Hammurabi, versión española, introducción y anotaciones*, Revista de ciencias sociales, p. 1. Consultada el 10 de septiembre del 2016, a las 11:15 pm., versión en línea: [http://rcsdigital.homestead.com/files/Vol\\_VI\\_Nm\\_3\\_1962/Franco.pdf](http://rcsdigital.homestead.com/files/Vol_VI_Nm_3_1962/Franco.pdf)

Aunque éste código es considerado como una de las primeras manifestaciones legislativas de la Humanidad en la que se reconoce ya una cierta técnica legislativa, no debe, sin embargo, entenderse como una legislación original, sino más bien como una recopilación y exposición de leyes vigentes. En este sentido, hablar de un código podría ser engañoso si no se recuerda este aspecto.<sup>12</sup>

Por su parte Franco Gabriel, señala que “Durante las diferentes invasiones de Babilonia, el código fue trasladado, hacia el 1200 a. C., a la ciudad de Susa actualmente en el Juzestán, Irán. El código está inscrito en un bloque de diorita que mide 2.25 m. de altura, el contorno de la parte alta 1.65, y el de la sección inferior, 1.90 metros.”<sup>13</sup>

Según la historia, Hammurabi fue rey de Babilonia, número sexto de la primera dinastía y dejó fama de buen gobernante, legislador y guerrero.

La inscripción del código consta de tres partes: el preámbulo, las disposiciones legales y el epílogo. La primera parte está dedicada en gran medida a perpetuar los títulos de Hammurabi y sus hechos gloriosos. Comienza diciendo que Anu, el supremo, y Ben, señor del cielo y de la tierra, confiaron a Marduk el cuidado de la humanidad, y a Hammurabi, el temeroso de dios, la encomienda de hacer justicia en la tierra, destruir el malvado, extirpar el mal y velar para que el fuerte no oprima al débil. Me llaman Hammurabi el pastor, el elegido de Bel para llevar la felicidad al ser humano.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Espilez Murciano, Felipe, *Regulación de la vivienda en el código de Hammurabi*, Revista ciudad y territorio, estudios territoriales, Madrid, Estudios territoriales, 2009, pp. 411- 417.

<sup>13</sup> Franco, Gabriel, *op. cit.*, pp. 2-3.

<sup>14</sup> *Cfr. Ibidem*, pp. 3 y ss.

Por lo que nos podemos percatar que este conjunto de disposiciones normativas tenía un alto grado de influencia religiosa, tal y como ocurre en la mayoría de los cuerpos normativos de la antigüedad, en el cual las leyes estaban determinadas por un ente divino y en algunas ocasiones ni si quiere el rey las podía modificar so pena de ser maldecido por las divinidades.

En el mismo sentido se pronuncia Felipe Espílez al señalar que:

En el prólogo, se sientan las bases del origen divino de las leyes que componen el Código otorgando al Estado legitimidad para la fijación del castigo. Éste consistía fundamentalmente en 5 penas, susceptibles de ser aplicadas individualmente o, incluso, simultaneando alguna de ellas: pena de muerte, castigos corporales, composición económica, multas, y expulsión del individuo de la comunidad.<sup>15</sup>

La sección relativa de las penas y los delitos en el código de Hammurabi están inspiradas en la ley del talión; el conocido enunciado de *vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura* -según el Dr. Gumesindo Padilla- consiste en “un sistema regulador de la venganza privada, que permite infligir al delincuente un daño de igual intensidad al sufrido y así evitar el exceso.”<sup>16</sup>

La crudeza de la sanción que reclama *ojo por ojo y diente por diente* se mitiga algunas veces con contraprestaciones pecuniarias, y otras se agravan, cuando se consideraba la clase social del causante. Por lo que el principio de proporcionalidad no se aplicaba de manera estricta y por obvias razones, sin ninguna base teórica jurídica.

---

<sup>15</sup> Espílez Murciano, Felipe, *op. cit.*, p. 411.

<sup>16</sup> Padilla Sahagún, Gumesindo, *op. cit.*, p. 167.

Algunos autores como Kant, consideraron que la *lex talionis*, se refiere a un principio jurídico de justicia retributiva en el que la norma imponía un castigo que se identificaba con el crimen cometido, de esta manera, no sólo se habla de una pena equivalente, sino de una pena idéntica, cuestión en la que discordamos ya que si analizamos los preceptos del código de Hammurabi, del derecho romano, o las leyes griegas, podemos percatarnos que este principio no siempre tenía un castigo idéntico muchas veces el castigo dependía del nivel o condición social del sujeto activo o pasivo del delito, como por ejemplo si era un sujeto libre o esclavo, o si era de una clase social alta.

Lo que no podemos negar, es que históricamente constituye el primer intento por establecer una proporcionalidad entre el daño causado por un delito y el castigo como respuesta del mismo, siendo así el primer límite a la venganza.

Multitud de ordenamientos jurídicos se han inspirado en la ley del talión, especialmente en la Edad Antigua y en la Edad Media. Aunque pudiera parecer una ley primitiva, el espíritu de esta era noble, pues buscaba establecer una proporcionalidad entre delito y castigo para evitar una respuesta mayor que surgía con la venganza de sangre, donde se convertían en matanza masivas.

En el Código de Hammurabi, el principio de proporcionalidad exacta se utiliza con gran claridad en las siguientes leyes:

En la ley 229, establecía que si un arquitecto construía una casa para otro, y no la había hecho sólida, y si la casa construida se derrumbaba matando al propietario de la misma, el arquitecto sería muerto; respecto a esta hipótesis podemos considerar que la normatividad tomaba sólo en consideración el daño causado (daño en concreto), sin tomar en consideración el aspecto interno del sujeto activo como es el dolo o la culpa.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Cfr. Franco, Gabriel, *op. cit.*, p. 23.

En la ley 230 prescribía que si la casa se había derrumbado matando al hijo del propietario de la casa, se mataría al hijo del arquitecto, lo que a su vez es un claro reflejo de lo arcaico de las leyes penales, pues se imponían penas trascendentales, es decir, que van más allá del sujeto a quien le era atribuible la conducta.<sup>18</sup>

Aunque en las 282 leyes que integraban este código no se establece como se resolvería en caso de que se actualizara esta hipótesis normativa y el arquitecto no tuviera descendientes, situación que consideramos se resolvía a través de los sujetos que fungían como administradores de justicia.

Un siguiente nivel de penas consistía en la mutilación de una parte del cuerpo en proporción al daño causado. Por ejemplo:

La ley 195, establecía que si un hijo había golpeado al padre, se le cortarían las manos; la ley 196 sostenía que si un hombre libre saca el ojo de otro hombre libre, se le sacara un ojo; la ley 197, ratificaba que si quebraba un hueso de un hombre libre, se quebraría el hueso del agresor; la ley 200, establecía que si alguien le rompe los dientes a un hombre de la misma condición, se le romperán los dientes.<sup>19</sup>

Para los delitos señalados en el párrafo que antecede si podemos observar una pena idéntica al daño causado, sin soslayas que esta también dependerá de la clase social que tenga el sujeto activo o pasivo del delito, es decir, para aplicar una pena idéntica deben gozar de la misma condición social.

Respecto a las clases sociales Felipe Espílez, afirma que las penas tanto económicas como corporales, variaban según la categoría social de la persona contra quien se hubiese cometido un delito. Tal circunstancia nos ofrece una

---

<sup>18</sup> *Cfr. Idem.*

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 21.

visión de la estructura social de la época, en la que se aprecian, además de la realeza y el clérigo, tres clases sociales; los hombres libres, los subordinados y los esclavos. Los primeros eran patricios que poseían el derecho de la propiedad y el del comercio, estando sometidos a tributación. Los subordinados eran hombres libres que habían perdido su antigua posición y sólo poseían el derecho de la propiedad mobiliaria. Por último, los esclavos que podían serlo por nacimiento, como consecuencia de guerras o por deudas. En este último, caso la esclavitud era de carácter temporal.<sup>20</sup>

Las penas menores consistían en la reparación del daño devolviendo materias primas tales como plata, trigo, vino, etc. aunque cabe aclarar que esta proporcionalidad no aplicaba en todos los casos por ejemplo cuando no existía daño físico, se buscaba una forma de compensación física, de modo tal, que al autor de un robo se le cortaba la mano.<sup>21</sup>

### **1.3 El principio de proporcionalidad en la Biblia.**

La Biblia (del latín *biblia*, y este del griego βιβλία *biblia*, *libros*)<sup>22</sup> es el conjunto de libros canónicos del judaísmo y el cristianismo. La religiosidad de cada libro varía dependiendo de la tradición adoptada. Según las religiones, este libro transmite la palabra de Dios.

Dicha expresión fue empleada por los hebreos helenizados (aquellos que habitaban en ciudades de habla griega) mucho tiempo antes del nacimiento de Jesús de Nazaret para al Antiguo Testamento. Muchos años después empezó a ser utilizada por los cristianos para referirse al conjunto de libros que forman el

---

<sup>20</sup> *Cfr.* Espilez Murciano, Felipe, *op. cit.*, pp. 411- 412.

<sup>21</sup> *Cfr. Ibidem*, pp. 413- 417.

<sup>22</sup> Diccionario de la lengua española, Real academia española, dos volúmenes, 22<sup>a</sup>. ed., España, Espasa Calpe, 2001, p. 119.

Antiguo Testamento así como los Evangelios y las cartas apostólicas, es decir, el Nuevo Testamento.

Sobre este conjunto de libros de carácter religioso señala Biondi que:

La biblia es, eminentemente, el libro espiritual por excelencia. Pero no puede ni tampoco desea evitar la relación de temas que de alguna manera sirven de escenario temporal a la vida religiosa; así, ambos testamentos tienen mucho de historia, política economía, costumbres, crónicas y aspectos jurídicos. El problema del derecho, convoca a no pocas páginas y versículos del Evangelio, llegando incluso a hablar, del ya clásico ensayo de su juridicidad.<sup>23</sup>

“La biblia armoniza dos órdenes o esferas diferentes, por un lado la espiritual y por el otro la secular, aunque puede afirmarse a la luz de los textos expresos que quizás el antiguo testamento convoca mayores imágenes jurídicas que el nuevo, lo que ha llevado a varios autores a señalar una mayor juridicidad en la religión hebrea o judaica que en la cristiana.”<sup>24</sup>

El principio de proporcionalidad en su versión más arcaica, esto es, en la forma talionaria, se observa en la biblia en el Antiguo testamento, más concretamente, aparece en Éxodo 21:23-25, en Levítico 24:19-21, y en Deuteronomio 19:21.

Este principio de justicia retributiva seguirá vigente para el judaísmo hasta la época talmúdica donde los rabinos del momento determinaron que la pena se

---

<sup>23</sup> Biondi, Biondo, *La juridicidad del evangelio, en arte ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1953, p 212.

<sup>24</sup> Giacchi, Orio, *Consenso en el matrimonio canónico*, 1950, p.9, *cit. post.*, Biondi, *op. cit.*, p. 221.

transformaría en un resarcimiento económico. También el cristianismo lo deja sin efecto a raíz del Sermón del monte de Jesús de Nazaret (Mateo 5:38-39)<sup>25</sup>.

Es obvio el abandono de la ley del talión por parte de los cristianos, pues para entender los motivos de dicho abandono basta con leer la parte del nuevo testamento que señala “Oísteis que fue dicho: ojo por ojo, y diente por diente. Pero yo os digo: No resistáis al que es malo; antes, a cualquiera que te hiera en la mejilla derecha, vuélvele también la otra”.<sup>26</sup>

Algo que no podemos soslayar es que el cristianismo, desde una visión religiosa no es sólo una doctrina que influye en la vida interior del ser humano, sino que es una forma de pensar y de vivir y por lo tanto influye en la conducta exterior del hombre.

### **1.3.1. Ley Mosaica.**

En la actualidad se conoce como ley mosaica, al conjunto de preceptos que abarcan la ley moral, la ley ceremonial y la ley civil, se refiere a la ley del antiguo pueblo de Israel en la biblia hebrea.

En hebreo se llama la Torá (Ley), un título que también se refiere a los primeros cinco libros de la Biblia hebrea.; según las antiguas escrituras esta fue dada por Jehová a Moisés para lograr la dirección del pueblo hebreo.

Se tenía una compilación de leyes que también son conocidas como la ley de Moisés, los cinco libros de Moisés se encuentran dentro de la biblia, estos son de gran importancia y han influido en las sociedades cristianas y judía. Los libros son el Génesis, Éxodo, Levítico, números y Deuteronomio. Hay bases para

---

<sup>25</sup> *Cfr. Idem.*

<sup>26</sup> Mateo 5, 38-39, La santa biblia, *antiguo y nuevo testamento*, revisado por Cipriano de Valera, Sociedades Bíblicas Unidas, 1964, p. 879.

suponer influencia directa de la normatividad babilonia a los hebreos, como las hay para ver influencia del Código de Hammurabi en la legislación romana.

Como lo mencionamos con antelación, quinientos años después de Hammurabi, Moisés también, dio al pueblo de Israel una serie de prescripciones y Leyes, que de igual forma contenían una fuerte base religiosa, lo que se conoce como los diez mandamientos.<sup>27</sup>

La primera, fue cuando los israelitas acamparon frente al monte Sinaí. Allí ordenó: “Se cobrará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal”<sup>28</sup>. En este ordenamiento podemos percatarnos que opera una justicia retributiva, es decir, la aplicación de un mal por el daño causado, sin establecer un fin.

Algunos meses más tarde, también en el monte Sinaí, Moisés, volvió a ordenar su cumplimiento diciendo: “Si alguno causa lesión a su prójimo sufrirá la misma lesión: fractura por fractura, ojo por ojo, diente por diente. El que mate a un animal, devolverá un animal. El que mate a un hombre morirá.”<sup>29</sup> Quizá estas disposiciones a la mayoría de nosotros nos podrán parecer bastante severas, pero consideramos que es una característica de la mayoría de los ordenamientos jurídicos antiguos, (lo mismo pasa si analizamos el derecho prehispánico de las diversas culturas que habitaban en nuestro país).

Y la tercera vez que esta Ley aparece, es en las llanuras de Moab, años más tarde, cuando los hebreos están por lanzarse a la conquista de la tierra

---

<sup>27</sup> Éxodo 20, 1-17. *Ibidem*, pp. 76-77.

<sup>28</sup> Éxodo 21,23-25. *Ibidem*, p. 78.

<sup>29</sup> Levítico 24,19-21. *Ibidem*, p. 126.

prometida. Moisés a punto de morir, los reúne y les manda: “Harás pagar vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie”.<sup>30</sup>

Podemos observar claramente, que la Ley Mosaica tiene muchas similitudes con las leyes del Código de Hammurabi, por lo que la mayoría de los estudiosos han afirmado que los hebreos derivaron su derecho del babilonio. Además, es evidente la influencia que debió tener el Código en las tribus hebreas que vivieron por tanto tiempo en territorio mesopotámico.

También hay que tener en cuenta que mientras Hammurabi fue un personaje histórico real no hay constancia histórica de la existencia de Moisés, como tampoco la hay de las vidas de Abraham, Isaac, Jacob y otros personajes bíblicos. Los encuentros de Moisés con Yahvé en lo alto del monte Sinaí, donde recibe las Tablas de la Ley con los diez mandamientos, la caída de los muros de Jericó a los sonos de las trompetas y la prodigiosa arca de la alianza forman parte de una narración mítica, salpicada de elementos históricos reales como hacen desde siempre los novelistas para dar verosimilitud a sus tramas.<sup>31</sup>

#### **1.4 El principio de proporcionalidad en el Derecho Romano.**

Podemos definir al Derecho Romano como “el ordenamiento jurídico que rigió al pueblo desde sus orígenes, con la fundación de la ciudad en el año 753 a. C., hasta la época del emperador Justiniano quien reinó del año 527 al 565.”<sup>32</sup>

Consideramos que es necesario examinar los aspectos históricos de una de las grandes culturas antiguas, ya que como sabemos Roma fue cuna de grandes juristas y su normatividad influyó en todos los países que tienen un modelo jurídico *romano-germánico*, y que son ejemplo del desarrollo del pragmatismo

---

<sup>30</sup> Deuteronomio 19,21. *Ibidem*, p. 197.

<sup>31</sup> *Cfr.* Biondi, Biondo, *op. cit.*, p. 215

<sup>32</sup> Padilla Sahagún, Gumesindo, *op. cit.*, p. 1.

jurídico, (principalmente en la época del derecho romano clásico), a su vez son la base de nuestro derecho privado mexicano.

La *lex doudecim tabularum* (Ley de las XII Tablas) de Roma muestra en la tabla VIII una curiosa combinación entre normas inspiradas en la ley del talión, y normas correspondientes a sistemas jurídicos más refinados. Esta mezcla suele ser atribuida al momento de transición jurídica en que surge el primer cuerpo legal de Roma. Ya que no debemos olvidar que el derecho romano se clasifica por etapas, de la siguiente forma:

Derecho antiguo desde la fundación de roma hasta el siglo I. a. C., en derecho clásico que abarca desde el año 130 a.C. al 230 d.C., el derecho posclásico del año 230 al 527 d. C., y finalmente la época del derecho Justiniano desde el año 527, hasta la caída del imperio.<sup>33</sup>

Nos señala el romanista español Alvaro D Ors, que algunos autores hacen la distinción entre crímenes y delitos, estableciendo que los primeros son aquellos que ofenden a la comunidad como tal, son ilícitos que afectan directamente la seguridad y convivencia de la república, mientras que los delitos, lesionan a un particular en su persona, en su familia o en su patrimonio y su persecución se inicia a petición de la víctima u ofendido.

Sin embargo como lo hace notar el sobresaliente barcelonés, -citado por Gumesindo Padilla- “la distinción terminológica entre *delictum* y *crimen*, no es muy rigurosa, se trata de términos de lenguaje corriente que los juristas utilizan en un sentido u otro tan solo preferentemente.”<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Cfr. D. Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, 10<sup>a</sup>. ed., Pamplona, Eunsa, 2004, pp. 1-3.

<sup>34</sup> D. Ors, Álvaro, *cit. post.*, Padilla Sahagún, Gumesindo, *op. cit.*, p. 156.

Algunas de las veces, esta clasificación sirva para comprender el tipo de castigo que se le imponía al autor del delito, aunque no debemos olvidar que al igual que en el código de Hammurabi, influían otros aspectos como el nivel social del delincuente y en algunos casos el de la víctima u ofendido.

Tenemos que considerar que ley de las doce tablas fue uno de los primeros ordenamientos de esta civilización, cabe señalar que el principio de proporcionalidad no se aplicaba de manera rigurosa, situación de la que nos podemos percatar a través de algunos ejemplos:

En los casos de *furtum* el castigo que se imponía no era corporal, sino tenía como consecuencia jurídica la imposición de una pena económica, atendiendo el caso hipotético, podría ser *in duplum*, o *in triplum*<sup>35</sup> del valor de lo robado, pero no debemos olvidar que en la época clásica subsistieron tanto disposiciones pretorias como de la ley de las XII tablas, la que a su vez imponía pena de azotes y después la muerte al *furmanifestus* que en la actualidad se equipararía a un robo en flagrancia.

La ley de las doce tablas sólo considera *injuria* las lesiones inferidas a las personas y admite tres casos:

a) *membrum ruptu*, que consistía en la mutilación o invalidez de una parte del cuerpo, se sanciona al delincuente con la ley del talión a menos que hubiese un pacto de composición.

b) *Os fractu*, la fractura de huesos era castigada con una pena de 300 ases, si se trataba de hombre libre y de 150 si era esclavo.

---

<sup>35</sup> Cfr. Padilla Sahagún, Gumesindo, *op. cit.*, pp. 156-160.

c) *Injuria*, son lesiones menores, que se castigaban con una pena de 25 ases.<sup>36</sup>

Nos podemos percatar que la filosofía de todos los tiempos ha reconocido la justificación del poder para castigar aunque fundamentándola de manera diversa, Platón en su libro las leyes, fundamentaba la pena atendiendo al principio de la expiación; retomando esta idea Seneca y reduciéndola a la frase *nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*;<sup>37</sup> (ningún hombre prudente pena porque se ha pecado, sino para que no se peque).

Para los romanos maestros del pragmatismo jurídico, justificaron el derecho de castigar, por la ejemplaridad intimidante de las penas. La iglesia después, refiriéndose todo problema a Dios, hizo del derecho de castigar una delegación divina y concibió el delito como un pecado y la pena como una penitencia; mediante el arrepentimiento y la penitencia el pecador se somete a la ley divina y logra su enmienda (con la confesión lograba la purificación de su alma), satisfaciendo la ofensa causada con el pecado con la justa retribución.

### **1.5 El principio de proporcionalidad en la época de la Ilustración.**

Iniciaremos este apartado dando una pequeña reseña de lo que fue este movimiento filosófico, científico, social, y literario, que se desarrolló en Europa y cómo influyo en el pensamiento de toda la humanidad, enfocándonos en el ámbito jurídico, pero en lo particular en el derecho penal.

---

<sup>36</sup> *Idem.*

<sup>37</sup> *Cfr.* Raynaud, Philippe y Rials, Stéphane, *Diccionario Akal de filosofía política*, Madrid, Ediciones Akal, 2001, p. 179.

Este movimiento que tuvo su origen principalmente en los países de Francia e Inglaterra, y comenzó a finales del siglo XVII hasta el inicio de la revolución Francesa, aunque en algunos países se prolongó durante los primeros años del siglo XIX.

“Fue denominado así, por su declarada finalidad de disipar las tinieblas de la humanidad mediante las luces de la razón, ya que no debemos de olvidar que el pensamiento humano se encontraba enclaustrado en la época del obscurantismo. El siglo XVIII es conocido, por este motivo, como el Siglo de las Luces.”<sup>38</sup>

Los pensadores de la Ilustración (Beccaria, Rousseau, Montesquieu, etc.) sostenían que la razón humana podía combatir la ignorancia, la superstición, la tiranía, y algunos otros males que aquejaban a la humanidad, con la finalidad de construir un mundo mejor.<sup>39</sup> La Ilustración tuvo una gran influencia en aspectos económicos, políticos, sociales, jurídicos, etcétera, de la época.

Según el filósofo francés D' Alembert, -citado por Juan José Ferrero-, afirmó que la ilustración fue un movimiento que:

Lo discutió, analizó y agitó todo; desde las ciencias profanas a los fundamentos de la revelación; desde la metafísica a las materias del gusto; desde la música hasta la moral; desde las disputas escolásticas de los teólogos hasta los objetos del comercio; desde los derechos de los príncipes a los derechos de los pueblos; desde la ley natural hasta las leyes

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 397-400.

<sup>39</sup> *Cfr.* Pérez Daza, Alfonso, *Derecho penal, introducción*, México D. F., Porrúa, 2002, pp. 137-142.

arbitrarias de las naciones; en una palabra, desde las cuestiones que más nos atañen a las que nos interesan más débilmente.<sup>40</sup>

Consideramos que en estas palabras, el enciclopedista trata de representarnos la importancia y trascendencia de este movimiento, más que el contenido mismo de sus doctrinas, lo original del movimiento fue la forma del pensamiento. Por obvias razones este modelo del pensamiento impactó en la fundamentación y justificación de la pena.

No debemos olvidar que a lo largo del tiempo, la función represiva se ha orientado hacia diversas rutas según el lugar y el tiempo del que se trate. Pero a medida que el Estado alcanza mayor solidez, comienza a generalizarse la distinción entre delitos privados y públicos según el hecho lesione de manera directa los intereses de los particulares o el orden público.

Es cuando aparece la etapa llamada de la *venganza pública* y donde los tribunales juzgan en nombre de la colectividad, al respecto nuestro maestro Elías Polanco, refiere:

Se establece una pugna entre el Estado y los particulares, en la aprehensión del control social, en donde se declina la reclamación del daño por los particulares, para dar paso a la reclamación oficial judicial; por lo que el derecho penal de daños se llega a formalizar en el derecho penal de delitos, en el que la reparación del daño se cuantifica para ser

---

<sup>40</sup> D' Alembert, *cit. post.*, José Ferrero, Juan, *Teoría de la educación, lecciones y lecturas*, 2ª. ed., Bilbao, Universidad de Deusto, 1998, p. 34.

compensatorio, de esta regulación posteriormente se logra dar la característica de sanción pecuniaria a la reparación del daño.<sup>41</sup>

Para la supuesta salvaguarda de la sociedad, se imponían penas cada vez más crueles e inhumanas; los jueces y tribunales eran omnipotentes y podían incriminar delitos no tipificados en las leyes penales (tipos penales judiciales). De estos poderes ilimitados nos enseña la historia, que abusaron los juzgadores; y no fueron utilizados para servir a la justicia, sino a los tiranos depositarios del poder.

No sólo en Europa imperó esta concepción, en donde la arbitrariedad era la regla única, sino también en Oriente y en América, para conseguir de los súbditos, por medio del terror y la intimidación, el sometimiento al soberano o a los grupos políticamente fuertes. En este periodo, -puntualiza Carranca y Trujillo- “el hombre aguzó su ingenia para inventar suplicios, para vengarse con refinado encarnizamiento.”<sup>42</sup> Ya que el hombre invento un gran número de instrumentos, maquinas o formas para causar un extremado sufrimiento en la persona de aquellos infelices a los que se les inculpara de cometer algún delito.

Debido a toda esta excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de las penas y, en general de los sistemas penales. Comenzando esta transformación con las ideas de pensadores de la ilustración tales como Voltaire, Rousseau, Montesquieu y D'Alembert, pero tuvo su auge en la segunda mitad del siglo XVIII con César Bonnesana, marques de Beccaria.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Polanco Braga, Elias, *Lecciones del nuevo procedimiento penal mexicano...*, cit. p. 21.

<sup>42</sup> Carranca y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano I*, 4<sup>a</sup>. ed., México, Porrúa, 1955, p. 60.

<sup>43</sup> Cfr. Pérez Daza, Alfonso, *op. cit.*, p, 137.

La obra de becaria vio la luz tímidamente en el año de 1764, publicándose anónimamente fuera de Milán, ciudad natal y asiento de la vida y actividad del autor; pronto se habían agotado 32 ediciones, con traducción a 22 idiomas diferentes. En este libro *Dei delitti e delle pene*, se une la crítica demoledora de los sistemas empleados hasta entonces, a la proposición creadora de nuevos conceptos y nuevas prácticas; se pugna por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarias, se propone la certeza contra las atrocidades de las penas, se orienta la represión hacia el porvenir, subrayando la utilidad de las penas sin desconocer su necesaria justificación.<sup>44</sup>

En suma la construcción de la ciencia penal tal y como hoy la entendemos se inicia con el pensamiento de la ilustración, significativamente con la famosa obra de Beccaria *De los Delitos de y de las penas* en las que el autor plantea una serie de retos relativos a la humanización del derecho penal, que hasta el día de hoy, muchos no han perdido su vigencia.

Desde que se empezó a sistematizar los estudios en materia penal, puede hablarse del periodo humanitario. Esta etapa, en rigor, se inicia con la multicitada obra de Beccaria y culmina con la de Francisco Carrara<sup>45</sup> ya en ambas se habla del principio de proporcionalidad desde una manera más científica, se estimula el nacimiento de un sistema penal propio, independiente de la justicia divina, fundado en la utilidad y el interés general en consorcio con la ley moral.

En esa época hubo algunos otros autores que trataron el tópico de la proporcionalidad de las penas entre los más relevantes figura Emanuel Kant, que afirmaba que la pena era un imperativo categórico, una exigencia de la razón y de la justicia así como consecuencia jurídica del delito realizado, según este autor la imposición de la pena no aspira a obtener fines de utilidad, sino puramente de

---

<sup>44</sup> Castellanos Tena, *op. cit.*, p. 35.

<sup>45</sup> *Cfr. Ibidem*, p. 36.

justicia;<sup>46</sup> su fundamento se halla en el principio absoluto de la retribución jurídica, por lo que la pena encuentra su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores. Para entender la concepción de Kant resulta ilustrativo *el ejemplo de la isla a punto de desaparecer* en la que sus habitantes antes de abandonarla, deberían de ejecutar al último asesino que hubiera en la cárcel para que todo el mundo supiera el valor que merece este hecho.<sup>47</sup>

### **1.6 El principio de proporcionalidad de las penas en la obra de César Beccaria.**

Debido a la importancia de esta obra y la relación directa que tiene con nuestro tema de investigación, consideramos pertinente dedicarle algunas líneas para analizar y estudiar los tópicos relativos a la pena y su proporcionalidad; ha de señalarse en principio que Beccaria considera a las leyes como la consecuencia de la unión de hombres independientes que se unieron en sociedad, cansados de estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla, sacrificando una parte de ella para gozar la restante en tranquilidad, buscando el bien común y en caso de ser trasgredido el mecanismo sería la aplicación de una sanción prevista en una ley.<sup>48</sup>

Consideramos que la idea de la que parte Bonesana es la expuesta años antes por Rousseau en su obra *el contrato social* pues ambos parten de la misma hipótesis central, es decir, de que los ciudadanos se desprenden de una parte de

---

<sup>46</sup> Cfr. Kant, Emanuel, *Lo bello y lo sublime, Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, Grupo editorial, 2004, pp. 199-203.

<sup>47</sup> Cfr. Polaino Navarrete, Miguel, *Lecciones de derecho penal parte general*, 2ª. ed., Sevilla, Tecnos, 2015, Tomo1, p. 35.

<sup>48</sup> Cfr. Beccaria, César, *De los delitos y de las penas, con estudio preliminar de Agudelo Betancur*, Santa Fe de Bogotá, Linotipia Bolívar, 1992, p. 23-25.

su libertad para crear un ente soberano que les garantice el goce de la libertad restante.

Respecto al derecho de castigar nuestro autor funda la justificación de las penas en la necesidad, esto se desprende del texto cuando manifiesta:

Todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico. He aquí pues el fundamento del derecho del soberano a penar los delitos: la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserva a los súbditos.<sup>49</sup>

Desde este momento podemos vislumbrar que para Beccaria, las penas tenían que ser necesarias, pero también justas lo que implica de manera implícita la proporcionalidad en el castigo que se va aplicar a toda aquel que infringe una norma estatal.

En ese orden de ideas, el marqués de Beccaria, agrega que las sumas de estas pequeñas porciones posibles de libertad, forma el derecho de castigar, todo lo demás es abuso y no justicia; es hecho y no derecho.<sup>50</sup>

Por lo que todo abuso del poder punitivo de castiga, es decir, toda falta de proporcionalidad de las penas se convierte de hecho en una injusticia. Entendiendo a la justicia como el vínculo necesario para tener unidos los intereses particulares, sin el cual se reducirían al antiguo estado de insociabilidad. Todas las

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>50</sup> *Cfr. Ibidem*, pp. 19-21.

penas que sobrepasan la necesidad de conservar este vínculo son injustas por su naturaleza.<sup>51</sup>

Coincidimos con nuestro autor respecto que “es del interés común que no se comentan delitos, así pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres a no cometer estas conductas a medida que son contrarios al bien público, restringiendo los estímulos que los inducen a cometerlos, debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas.”<sup>52</sup>

Es necesario en la aritmética política sustituir la exactitud matemática por el cálculo de la probabilidad. Si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas, en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura; pero bastará al *sabio legislador* señalar los puntos principales, sin turbar el orden, no decretando contra los delitos del primer grado las penas del último. Por lo que desde hace siglos ya Bonesana, había establecido que el legislador tenía que utilizar un método para la aplicación adecuada de las penas, tomando en consideración la gravedad del delito cometido (el daño que causaba en la sociedad) para la aplicación de la pena.<sup>53</sup>

Agregando que en caso de haber una exacta y universal escala de las penas y de los delitos, tendríamos una común y probable medida de los grados de tiranía, de libertad, y del fondo de humanidad o de malicia de todas las naciones. Circunstancia similar a lo manifestado en alguna ocasión por el Dr. Miguel Polaino Orts, en las aulas de nuestra universidad, al referir que el derecho penal es una carta de presentación de los Estados que lo crean y aplican.

---

<sup>51</sup> *Cfr. Ibidem*, p. 23.

<sup>52</sup> *Ibidem*, pp. 25-26.

<sup>53</sup> *Cfr. Idem*.

Podemos decir -afirma Beccaria- que “si se destina una pena igual a dos o más delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el de mayor gravedad, cuando hallen en él mayor ventaja.”<sup>54</sup>

La reflexión precedente nos permite afirmar, que la verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la sociedad, lo que actualmente la doctrina penal consideraría como aquellas conductas que afectan los bienes jurídicos de mayor importancia.

Consideramos que en la actualidad es inoperante atender el sistema de aquellos que gradúan la pena respecto a la dignidad de la persona ofendida, más que por su importancia respecto del bien público (bien jurídico). Si esta fuese la verdadera medida, -afirma Bonasena – “una irreverencia contra el Ser supremo debería castigarse más atrozmente que el asesinato de un monarca, siendo la diferencia de la ofensa de una recompensa infinita por la superioridad de la naturaleza.”<sup>55</sup>

Por lo que respecta a este apartado, podemos concluir que el gran jurista italiano sentó las bases de un modelo de derecho penal humanitario, donde trata de justificar la creación de una sociedad regida por normas, bajo la dirección de un soberano, así como la aplicación de penas justas y necesarias que atiendan al daño causado, sin soslayar los lineamientos que todo legislador debe seguir para la creación de las leyes penales.

### **1.7 El principio de proporcionalidad en la actualidad.**

“En la actualidad podemos mencionar que existe ambigüedad y dificultad para conceptuar el término proporcionalidad, ya que no existe una unanimidad

---

<sup>54</sup> *Idem.*

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 27.

doctrinaria sobre la denominación y el contenido de este principio.”<sup>56</sup> Como hemos visto el concepto de proporcionalidad es producto de una evolución histórica, que ha servido, entre otras cosas, para limitar el poder punitivo estatal.

Este principio ha sido también denominado como prohibición de exceso, razonabilidad, proporcionalidad de medios y proporcionalidad de la injerencia, etc., independientemente de su denominación, no podemos perder de vista que debemos observar este principio a la luz de los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo que se pretende preservar la proporcionalidad de las leyes ligado con los principios de un Estado democrático de derecho, y por ende con el valor de la justicia.<sup>57</sup>

EL magistrado, José Nieves Luna Castro, ha venido sosteniendo desde hace varios años ya una serie de críticas al sistema penal respecto a la forma de prever y aplicar las penas en México, debido a la inaplicación de los principios democráticos y constitucionales limitadores del *ius puniendi* especialmente en la proporcionalidad de las penas.<sup>58</sup>

El magistrado federal, sostiene, que existe una problemática que afecta a todo el sistema jurídico penal donde se manifiesta la falta de un verdadero

---

<sup>56</sup> Rojas, Ivonne, *La proporcionalidad de las penas*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 1. Consultado el 27 de septiembre del 2016, a las 20:30 p.m., versión en línea: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2937/15.pdf>

<sup>57</sup> *Cfr. Idem.*

<sup>58</sup> *Cfr.* Luna Castro, José Nieves, *La proporcionalidad como principio limitador en la determinación e imposición de las penas*, Libro electrónico perteneciente a la biblioteca jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 316-317. Consultado el 23 de enero del 2016, a las 11:30 a.m., versión en línea: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20160408\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160408_03.pdf)

sistema de punibilidad regido por la proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica, que deben ser características de un auténtico Estado democrático de derecho.

Continúa diciendo el autor; “en el caso mexicano, además, esta problemática se muestra como otro de los efectos negativos de la dispersión de codificaciones punitivas, es decir, la grave condición que en materia de justicia penal subsiste por la falta de unificación de la legislación penal.”<sup>59</sup>

Al respecto consideramos que le asiste la razón al magistrado, pues aun no encontramos razón suficiente de porque no se ha unificado la legislación penal, en el sentido de crear un código único aplicable para toda la República Mexicana tanto en el fuero común como en el ámbito federal, idea que por cierto, surgió en aulas de la universidad en los años cincuenta por catedráticos de nuestra máxima casa de estudios.

Continuando con José Nieves, citando a Bustos Ramírez y al maestro Hormazábal Malarée, nos dice que:

El derecho penal moderno deriva de la intencionalidad política de poner límites al poder coactivo del Estado absoluto, por tanto, es producto de una reflexión político-criminal, marcando así una línea de evolución caracterizada por avances y retrocesos, de modo que si bien... la idea de esa evolución gira en torno a la de profundizar en la concreción de esos límites, y además se ha visto fortalecida por el desarrollo de los derecho humanos.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 317.

<sup>60</sup> Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hermán, *cit. post.*, Luna Castro, José Nieves, *op. cit.*, p. 318.

Por su parte, el mandato de racionalidad impone al poder judicial del Estado Mexicano (y podemos afirmar que a todos los poderes estatales) en su rol protector de la Constitución y órgano aplicador de la ley, que procure una reducción de la selectividad inherente a la función de criminalización secundaria, esto es una acción punitiva ejercida sobre personas concretas determinadas por un perfil.

También hay que hacer referencia al principio de racionalidad de intervención del Estado que lleva a cabo en materia penal a través de su poder legislativo. En términos empíricos podríamos determinar que la mayor cantidad de irracionalidad de la injerencia estatal se advierte en el ámbito legislativo.

Hay que tener en cuenta que el mandato de racionalidad estatal se proyecta, por cierto, sobre todas las agencias del Estado, incluidas las que de una u otra forma, tienen injerencia en el ejercicio del poder punitivo.

El principio de proporcionalidad regula y limita el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de los derechos y las libertades, (verbigracia; la aplicación de medidas cautelares en el nuevo sistema procesal penal) ya que persigue la intervención mínima del Estado en el ámbito penal, es decir, se aplica en el momento en que el legislador crea la norma en abstracto, cuando se actualiza la hipótesis en un caso concreto y el juez individualiza la norma y finalmente en la fase de la ejecución.<sup>61</sup>

Los límites al *ius puniendi*, caracterizan en menor o mayor medida la existencia de un auténtico Estado democrático de derecho, pues de su naturaleza es que emanan tales principios limitadores, principalmente en opinión de Bustos

---

<sup>61</sup> Cfr. Rojas, Ivonne, *op. cit.*, p. 1.

Ramírez, los de carácter normativo material, los cuales se complementan con los denominados normativos formales.<sup>62</sup>

Respecto de la base de los principios limitadores del *ius puniendi*, tomando como base la división de poderes y el principio de supremacía constitucional, el magistrado José Nieve, llega a la conclusión de que "(...) el fundamento constitucional de los principios limitadores del derecho penal se origina de los propios principios jurídicos establecidos en el ordenamiento constitucional en tanto ley fundamental o suprema y, por ende, de la que emana el resto del ordenamiento jurídico en su conjunto".<sup>63</sup>

El principio de proporcionalidad, no opera de manera aislada sino para su entendimiento opera como un derecho de garantías, que busca la protección absoluta de los derechos humanos, cuya aplicación aparece interrelacionado con una serie de principios irrenunciables, (tales como el de legalidad, irretroactividad, taxatividad, *non bis in ídem*, de culpabilidad, *non reformato in peyus*, mínima intervención, exclusiva protección del bien jurídico, subsidiaridad, fragmentación, humanidad, respeto al ámbito histórico de lo prohibido, etcétera).

Sobre los principios orientadores o limitadores del saber jurídico penal existen varias clasificaciones dependiendo del autor que la realice, sin embargo, en lo que sí coinciden, es en su carácter indispensable de un Estado democrático y constitucional de derecho. De igual forma son coincidentes en la importancia para salvaguardar los derechos de las personas sometidas a un determinado ordenamiento jurídico.

En cuanto hace a nuestro país, el 18 de junio del 2008, el Estado Mexicano impulsó una importante reforma que transformo el sistema de justicia

---

<sup>62</sup> Cfr. Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hermán, *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid, Trotta, p. 25 y ss.

<sup>63</sup> Luna Castro, José Nieves, *op. cit.*, p. 319.

penal, en la que se modificaron diez artículos de la constitución, siete de ellos en materia punitiva con el fin de transformar de raíz el ordenamiento represivo, esto es, del artículo 16 al artículo 22; uno sobre las facultades del Congreso de la Unión (el numeral 73 de nuestra ley suprema), otro más sobre el desarrollo municipal (numeral 115) y finalmente el ordinal 123 en materia laboral.

Otro de los objetivos de dicha reforma fue ajustar el sistema normativo, a los principios de un Estado democrático y constitucional de derecho, para tutelar de manera más amplia los derechos fundamentales de las víctimas, cabe mencionar que en el nuevo sistema penal las víctimas adquieren un papel más importante y activo dentro del proceso casi equiparando a los derechos de los imputados, con lo que se busca la igualdad procesal, así como implantar prácticas más eficaces en el sistema penitenciario.

Por otro lado los derechos fundamentales y las garantías que se establecen a favor de todo inculcado constriñen a todas las autoridades de los diferentes niveles de gobierno (tanto a nivel federal, local y municipal), a dar cabal cumplimiento a lo establecido a rango constitucional, pero de igual manera a dar cumplimiento con los compromisos que ha adquirido el Estado Mexicano en los diferentes instrumentos internacionales que ha suscrito y de los que es parte.

Entrando en materia en cuanto hace a nuestro objetivo de la investigación, el principio de proporcionalidad se establece en el párrafo primero del artículo 22 de Nuestra Constitución Política, el cual a su letra establece lo siguiente:

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas

inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.<sup>64</sup>

Consideramos que al incorporarse la proporcionalidad de las penas, debería eliminarse el llamado populismo punitivo, consistente en incrementar las penas de manera irracional, para aparentar mano dura contra la delincuencia y allegarse de seguidores políticos que están cansados de la delincuencia. “Los bienes jurídicos a los que se refiere la frase del numeral 22 constitucional son las garantías que protegen la vida, integridad, tranquilidad y patrimonio de las personas y la comunidad.”<sup>65</sup>

La implementación de la proporcionalidad trae consigo la necesidad de utilizar métodos y técnicas por parte del legislador para la predeterminación de las penas. Pero desafortunadamente el legislador actualmente no cuenta con un mecanismo que le permita determinar las penas para los delitos ya que casi siempre actúa de manera contingente y regula un hecho alarmante en la sociedad o respondiendo a factores reales de poder.

Consideramos que la política criminal, no solo constituye un sector de las políticas del Estado, sino también un sector del conocimiento, cuya materia es, precisamente, el estudio de la criminalidad y la legislación que lo contempla, pero siempre limitado por el derecho penal.

De tal suerte que los aportes sobre la eficacia de los distintos mecanismos, estrategias, medidas e instrumentos penales y extra penales tendientes a evitar el delito, son una contribución de la que no puede prescindir el derecho penal, pero siempre con un estándar de racionalidad.

---

<sup>64</sup> Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

<sup>65</sup> Reforma Constitucional de seguridad y justicia, Libro informativo del Senado de la Republica, LX Legislatura, publicado por el Gobierno Federal, p. 6.

Deben invertirse recursos para la investigación, persecución y castigo de los delitos más graves y más lesivos para para la convivencia social, y en forma secundaria, o subsidiaria, a la persecución y juzgamiento de los delitos de mediana gravedad y de bagatela.

Si analizamos los tipos penales tanto del código Federal, como del Distrito Federal, es indudable que nuestro actual derecho penal vulnera flagrantemente los lineamientos de todo sistema de derecho penal racional, debido a las penas exorbitantes establecidas por los legisladores.

Para que exista proporcionalidad entre penas y delitos debe existir una equiparación valorativa, de tal forma que la pena sea adecuada al acto, es por esto que el legislador al momento de establecer una pena a un delito lo debe hacer con criterio técnico metodológico, más no atendiendo a particulares circunstancias meramente sociales o políticas populistas; provocando esto una inobservancia del principio de proporcionalidad, que establece que a mayor restricción de la libertad mayor importancia del bien jurídico y grado de lesión.<sup>66</sup> Dicha distorsión hace que en la actualidad infracciones menores tengan penas severas equiparables a las infracciones más graves y viceversa.

## **1.8 El principio de proporcionalidad como derecho fundamental.**

### **1.8.1 Dignidad Humana.**

Una de las cosas que es importante establecer en el presente trabajo, es definir qué se entiende por dignidad humana en el campo del derecho. Pues no podemos negar que hoy en día la dignidad humana, es uno de los pilares para

---

<sup>66</sup> Cfr. Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *El principio de Proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Coordinador Miguel Carbonell, 5ª. ed., Serie Justicia y Derechos Humanos, número 6, MJDH, 2009, p. 18.

construcción de cualquier Estado democrático y constitucional de derecho, y por ende, de cualquier sistema jurídico.

Kant en su obra *la metafísica de las costumbres*, refiriéndose a la dignidad humana, afirmaba era aquello “que se haya por encima de todo precio, y por tanto no admite nada equivalente”<sup>67</sup> y que la autonomía es, así pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda la naturaleza racional.

Es evidente que nuestro sistema jurídico ha adoptado figuras provenientes de otras ciencias, principalmente de la filosofía y la sociología; la dignidad humana es un claro ejemplo de este fenómeno, pues dicho concepto tiene una base filosófica que llega al ámbito normativo pero sin una conceptualización muy clara, provocando que sea invocado sin que se sepa con certeza el sentido en el que se utilizando.

Lo que si es cierto, es que la dignidad a dejado de ser sólo un valor o una pretensión, para convertirse en una figura jurídica que debe ser efectivamente protegida por los Estados ante cualquier ataque.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio del 2011, incluyo en su texto a la dignidad, por lo que dota al Estado Mexicano de una vocación humanista y protectora de todos los ciudadanos; dignidad que debe ser respetada por las autoridades, por lo que su defensa por parte del Estado es imprescindible en cualquier rama del derecho como un complemento a la procuración y administración de justicia.

En particular el artículo primero de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos menciona a la dignidad como parte de la *no*

---

<sup>67</sup> Kant, Emanuel, *Lo bello y lo sublime... cit.*, pp. 199-203.

*discriminación*; al respecto nuestro máximo tribunal al tratar de conceptualizarla, la señala como el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos. Por lo que a continuación transcribimos el criterio del quinto tribunal colegiado en materia civil del primer circuito:

#### DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO.

La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna.<sup>68</sup>

De igual forma, nuestro máximo tribunal ha considerado a la dignidad humana como condición y base de los demás derechos fundamentales, por lo que su entendimiento es imprescindible, ya que es una de las bases del sistema jurídico reconocida a favor de los gobernados y oponible a los gobernantes.

Ha de hacerse notar que dicha base jurídica (dignidad humana), no es comúnmente definida por lo que existe incertidumbre en cuanto a su alcance y naturaleza, por lo que realizaremos un pequeño análisis para establecer la línea sobre la cual se va a trabajar tan importante concepto.

Según el diccionario de la real academia de la lengua española define la palabra dignidad como:

---

<sup>68</sup> Tesis I.5º.C. J/31 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, t. III, libro I, octubre de 2011, p. 1529.

1. Cualidad de digno. 2. f. excelencia, realce. 3. f. gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse. 4. (...).<sup>69</sup>

Omitimos las otras acepciones ya que no son aplicables al campo del derecho, sin embargo, la segunda acepción indica que el ente tiene la capacidad de sobresalir y por lo tanto, ese ente tiene un aprecio, un valor, obviamente no desde el punto de vista económico o por su utilidad, sino un valor *per se* .

Como vemos, ese adjetivo se le atribuye a seres que por alguna situación en especial son merecedores de algo.

Un interesante análisis de la concepción de dignidad, la realizan los autores Raúl Rodríguez Vidal, Oscar Enrique Castillo Flores y Víctor Pedro Rodríguez Vidal, en donde desglosan varias acepciones, en particular; dignidad, digno, y decoro, lo que los lleva a establecer que “para que exista dignidad debe de estar presente de forma imprescindible el respeto... “el respeto se le debe a una persona por su nacimiento, lo que sienta la base de que basta que exista un ser humano para que sea merecedor de respeto.”<sup>70</sup>

La dignidad también puede ser entendida como un valor, su estudio corresponde a la axiología, al respecto Guadarrama González manifiesta:

Los valores están constituidos por todos aquellos aspectos positivos que surgen del ser humano, que le permiten realizarse como tal en forma individual y que lo llevan a una verdadera conciencia social..., el concepto de los valores sea que se enfoquen a través de la introspección o de la

---

<sup>69</sup> Diccionario de la lengua española, Real academia española, dos volúmenes, 22<sup>a</sup>. ed., España, Espasa Calpe, 2001, v I, p. 823.

<sup>70</sup> Rodríguez Vidal, Raúl, *et al.*, *Concepto jurídico de dignidad, ubi societas ubi ius*, año II volumen IV, México, Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Chihuahua, 2016, pp. 52- 55.

extrospección surgen en el ser humano y es el mismo ser humano quien aplica dicho concepto de valor a los demás seres o quien descalifica la posibilidad de que este concepto exista.<sup>71</sup>

En el campo de lo jurídico esto se confirma, puesto que los diversos valores que se van manejando como constitutivos del derecho, son producto de los fines que el hombre persigue al crear las normas jurídicas.<sup>72</sup>

Nosotros, en el mismo sentido consideramos que la dignidad humana es un aspecto positivo que permite al ser humano desarrollarse para alcanzar los fines que se establezca, de igual forma creemos que el hombre es el origen y fin de todos los valores, por lo que pueden servir como objeto de las normas jurídicas para su protección.

El profesor Antonio Millán Puelles, señala que existen dos sentidos en los que se puede utilizar la palabra dignidad, el primero de ellos es en relación a la forma de proceder o actuar de un sujeto en relación a su vida diaria, o al cargo o profesión que desempeñe;<sup>73</sup> y en una segunda acepción, le da un sentido más amplio como a continuación veremos:

La dignidad es algo que no se puede, en principio, atribuir a todas las personas, sino únicamente a las que en la práctica proceden de una manera recta y decorosa. Pero otras veces la palabra dignidad significa la superioridad o la importancia que corresponde a un ser,

---

<sup>71</sup> Guadarrama González, Álvaro, *La axiología jurídica en la formación integral de los estudiantes de derecho*, 2ª. ed., corregida y aumentada, México, Porrúa, 2010, p. 44.

<sup>72</sup> Cfr. Rodríguez Vidal, Raúl, *et al.*, *op. cit.*, pp. 52-55.

<sup>73</sup> Cfr. Millán Puelles, Antonio, *Persona humana y justicia social*, México, Editora de revistas, 1990, p. 15.

independientemente de la forma en que este se comporte. Y así cuando se habla en general de la dignidad de la persona humana, no se piensa tan sólo en el valor de los hombres que actúan rectamente, sino que todo hombre, por el hecho de ser una persona, tiene una categoría superior a la de cualquier ser irracional. Esta categoría o dignidad de toda persona humana es completamente independiente de la situación en que uno pueda hallarse y de las cualidades que posea.<sup>74</sup>

Al respecto cabe señalar, que el segundo sentido en que nuestro autor utiliza la palabra dignidad es el que interesa para este trabajo, ya que coloca al ser humano en un nivel superior respecto de sujetos u objetos de otras especies, pero en un plano de igualdad con sus semejantes.

Por lo que, la anterior idea ratifica que la persona física es inseparable del concepto de dignidad humana, desde nuestro punto de vista independiente de lo que se establezca en la ley, pues como bien lo hacen notar los juristas Daniel Cenalmor, y Jorge Miras:

Con arreglo a la concepción positivista, la condición de sujeto dependería, más que de las cualidades ontológicas del sujeto, de lo que establezca el legislador. En otras palabras, un ente tendría subjetividad o personalidad jurídica en la medida que el derecho positivo se lo otorgara. Pero este criterio es erróneo, y acaba suponiendo un menosprecio a la dignidad de la persona, que es dejada así a merced de las leyes positivas, hasta en sus derechos y deberes más fundamentales.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> *Ibidem*, pp. 15-16.

<sup>75</sup> Cenalmor, Daniel y Miras, Jorge, *El derecho de la iglesia*, 2ª. ed., España, Eunsa, 2005, p. 100.

Otero Parga nos dice “la dignidad es un derecho inherente al ser humano que debe ser positivizado por parte del Estado a fin de evitar el abuso de los poderes”.<sup>76</sup>

En un sentido muy similar se pronuncia Armenta Ponce de León, al referir “La principal función del Estado como organización política es la realización plena del ser humano que sólo es posible mediante la protección permanente de sus derechos humanos fundamentales y su entorno natural, lo cual implica su dignidad y su calidad de vida”.<sup>77</sup>

Regresando a los autores Raúl Rodríguez Vidal, Oscar Enrique Castillo Flores y Víctor Pedro Rodríguez Vidal, sobre el tópico se pronuncian de la siguiente manera:

Entonces, tenemos que la función primordial del Estado es proporcionar medios para la defensa de derechos humanos, y estos medios deben ser eficaces y estar al alcance del público en general, no basta solamente que existan tribunales que emitan resoluciones, sino también se requieren medios de conciliación o dependencias que brinden asistencia jurídica sin que se necesite pagar por tal servicio.<sup>78</sup>

En ese orden de ideas, es inconcuso, que el Estado mexicano está obligado a reconocer y respetar la dignidad humana, tal y como lo sostiene la siguiente tesis aislada del pleno de nuestra suprema corte de justicia de la nación:

---

<sup>76</sup> Otero Parga, Milagros, *Dignidad y solidaridad, dos derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2006, p. 34.

<sup>77</sup> Ponce de León Armenta, Luis, *Modelo trans-universal del derecho y del Estado*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2001, p. 14.

<sup>78</sup> Rodríguez Vidal, Raúl, *et al.*, *op. cit.*, p. 74.

DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES.

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> Tesis P. LXV/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 8.

Los multicitados autores Raúl Rodríguez Vidal, Oscar Enrique Castillo Flores y Víctor Pedro Rodríguez Vidal, sostienen que existen tres teorías sobre la dignidad humana:

Una biológica; sustentada en la propia naturaleza del individuo; el ser humano tiene dignidad por el sólo hecho de ser un ser humano. Una teoría religiosa; que postula que el humano tiene dignidad porque un ser supremo o deidad se la otorgó por ser similares en cuanto a su forma. Y finalmente una tercera postura filosófica; que dice que el ser humano cuenta con la característica de la dignidad, por ser un fin en sí mismo y por lo tanto puede exigir ser respetado.<sup>80</sup>

Coincidimos con los autores citados, cuando al respecto sostienen que “el ser humano es el titular de los derechos humanos, por serle propios, entonces éste ente biológico es quien tiene la obligación de abstenerse de vulnerar la esfera de sus semejantes, y a la vez tienen la facultad de exigir respeto de su propia esfera.”<sup>81</sup>

En este orden argumentativo, podemos decir que el Estado al crear y aplicar las normas jurídicas (entre ellas las leyes penales) deben cuidar que no trastoquen la dignidad humana. En nuestro punto de vista una pena desprovista de proporcionalidad trasgrede la dignidad del individuo, más aquellas que se convierten literalmente en cadenas perpetuas, pues en este caso el discurso oficial de la reinserción pierde su razón de ser, y se le priva al sujeto de la oportunidad de reintegrarse en la sociedad, en agravio de su libertad personal, pues nunca más podrá gozar de la misma.

### **1.8.2 Derechos Humano.**

---

<sup>80</sup> Rodríguez Vidal, Raúl, *et al., op. cit.* p. 75.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p.77.

Como ya dijimos la cuestión de la dignidad humana está íntimamente ligada y es inseparable de los derechos humanos, pues la dignidad humana es la base de estos derechos, y pilar fundamental para la creación de todo el ordenamiento jurídico.

El respeto por el ser humano, es decir, por la persona humana, es la piedra angular de cualquier Estado civilizado. Nuestra cultura reconoce como antecedentes fuentes históricas al Código de Hammurabi, las leyes de Solom, la Biblia, la filosofía greco-romana, la escolástica, etcétera. En otro contexto, los derechos humanos se respaldaron en la Carta Magna de 1215, en la Declaración de los Derechos de Virginia y la Declaración de los Derechos Humanos y Civiles de la Revolución Francesa, etcétera.

Así en el año 1948 se aprueba la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, y ese mismo año la Declaración Universal de los Derechos humanos. Convención sobre Derecho de los Tratados (derechos humanos: *ius cogens*) y la Conferencia Mundial de Derechos humanos celebrada en Viena en el año 1993.<sup>82</sup>

En el año 1826 en Panamá, el Tratado de la Unión refiere la completa abolición y extirpación del tráfico de esclavos de África. En 1938 la VIII conferencia Panamericana aprueba una declaración de Defensa de los Derechos humanos y en el año 1945, en México, se emite la resolución XL sobre la protección internacional de los Derechos del hombre. En 1959 se crea la Comisión Interamericana de Derechos humanos y una Corte Interamericana de Derechos humanos. El día 22 de noviembre de 1969 se firma la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como el pacto de San José de Costa Rica. En 1988 se le adicionan a dicho Pacto las cuestiones sobre derechos

---

<sup>82</sup> Feldman, Gustavo, *El Pacto de San José de Costa Rica*, El Rosario, editorial Rubinzal-Culzoni, 1997, pp. 17-19.

económicos, sociales y culturales y en 1990 el Protocolo relativo a la abolición de la pena de muerte.<sup>83</sup>

En ajustada síntesis están aquí entre otros hitos trascendentes en materia de Derechos Humanos, los siguientes: La declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976; La Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 1981; La Declaración sobre principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas y fortalecimiento de la paz y comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el apartheid y la incitación a la guerra de 1978; La declaración sobre la raza y los prejuicios raciales de 1978.<sup>84</sup>

Podemos conceptualiza a los derechos humanos como aquellos derechos que una persona posee por el simple hecho de ser un humano, es decir, aquellas prerrogativas que el sujeto tiene por pertenecer a la raza humana.

El eximio profesor de nuestra máxima casa de estudios Ignacio Burgoa, nos dice que “Los derechos humanos se traducen en imperativos éticos emanados de la naturaleza del hombre que se traducen en el respeto a su vida, dignidad y libertad en su dimensión de persona”.<sup>85</sup>

El maestro Díaz de León, refiere que “los derechos humanos pueden ser considerados como valores y principios inherentes a la dignidad humana, cuyo reconocimiento y protección, por parte de las instituciones jurídicas, es

---

<sup>83</sup> *Cfr. Idem.*

<sup>84</sup> *Cfr. Idem.*

<sup>85</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 30ª. ed., México, Porrúa, 2002, p. 51.

indispensable para que el hombre pueda alcanzar su desarrollo como persona digna.”<sup>86</sup>

Lo que se puede resaltar del anterior aporte, es lo indispensable del reconocimiento (reciproco, legal, institucional y personal), y protección de los derechos humanos, pues sin estos dos elementos, tales derechos pierden su sentido de ser.

Quintana Roldan y Sabido Peniche, adhiriéndose a la tendencia más actual respecto a los derechos humanos, ofrecen la siguiente definición:

Se entiende por derechos humanos al conjunto de garantías que establecen los ordenamientos legales nacionales e internacionales con objeto de proteger frente al poder público los derechos fundamentales de los seres humanos, en cuanto a su dignidad y el respeto que merecen por el mero hecho de pertenecer a la especie humana.<sup>87</sup>

Esta definición, por un lado nos deja en claro que los derechos humanos no sólo se encuentran en el ordenamiento jurídico nacional, sino atendiendo a la supremacía de la ley establecida en nuestro artículo 133 de nuestra Constitución, también en el ámbito internacional se cuenta con ciertas prerrogativas, es decir, aquellos derechos humanos establecidos en los tratados internacionales en donde el Estado Mexicano sea parte. Y por otro lado, establece que existen instrumentos jurídicos dedicados a su protección, que operan como medios de defensa legales.

Los anteriores autores añaden al concepto de derechos humanos, que son “el conjunto de prerrogativas y garantías que salvaguardan la vida y la dignidad de

---

<sup>86</sup> Díaz de León, Marco Antonio, *Vademécum de derechos humanos*, México, INCEPAC, 2004, p. X.

<sup>87</sup> Quintana Roldan, Carlos Francisco y Sabido Peniche, Norma Dolores, *Derechos humanos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2001, p. 21.

los seres humanos y que los criterios valorativos de la cultura y de la civilización moderna atribuyen a todos los integrantes de la especie humana sin distinción alguna”.<sup>88</sup>

Dicho lo cual, podemos deducir que la dignidad humana y los derechos humanos son inseparables de su titular, de cualquier individuo perteneciente a la raza humana.

Cabe hacer notar, que algunos autores hacen diferencia respecto de la concepción de derechos humanos y derechos fundamentales, verbigracia para el Dr. Carbonell “son fundamentales los derechos que están previstos en el texto constitucional y en los tratados internacionales”.<sup>89</sup>

Según la opinión de los autores Raúl Rodríguez Vidal, Oscar Enrique Castillo Flores y Víctor Pedro Rodríguez Vidal:

La diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos, en primer lugar, se encuentra en que aquellos están contenidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales y estos son valores que no necesariamente se encuentran en ambos cuerpos normativos mencionados, sino que su presencia engloba a toda la normatividad aplicable en territorio nacional.<sup>90</sup>

Y como sabemos en la redacción de nuestra constitución se utiliza el término de derechos humanos, rebasando la delimitación señalada con anterioridad.

De igual forma los autores Rodríguez Vidal, señalan:

---

<sup>88</sup> *Idem.*

<sup>89</sup> Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 3<sup>a</sup>. ed., México, Porrúa-CNDH-UNAM, 2009, p.8.

<sup>90</sup> Rodríguez Vidal, Raúl, *et al.*, *op. cit.*, pp. 90-91.

Entonces, la Constitución reafirma su status de norma suprema, porque garantiza la protección de los derechos humanos por ella reconocidos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, además de englobar a todas aquellas prerrogativas que se derivan del resto del sistema normativo y de los criterios interpretativos.<sup>91</sup>

Un aporte digno de resaltar, es que una fuente importante de los derechos fundamentales es la interpretación jurídica que hacen los órganos investidos de facultades para realizar tal actividad, es decir, los órganos del poder judicial que se encuentran facultados para crear jurisprudencia.

Respecto a la definición de garantías, nuestro apreciado maestro el Dr. Alberto del Castillo Del Valle, sostiene que las garantías del gobernado son “los medios jurídicos de protección de los derechos del hombre, oponibles frente a las autoridades estatales y que prevé, preferentemente (y no de manera exclusiva), la Constitución Política”.<sup>92</sup>

Chávez Catillo tomando de base al maestro Burgoa, nos dice que la garantía individual es:

Un derecho subjetivo público consagrado en la Constitución Política a favor de los gobernados, que surge de una relación jurídica entre el gobernado por un lado, y el Estado y sus autoridades por el otro, de donde nace la facultad para el primero de exigir del segundo el respeto a los derechos

---

<sup>91</sup> *Idem.*

<sup>92</sup> Del Catillo del Valle, Alberto, *Derechos humanos, garantías y amparo*, 3ª. ed., México, Ediciones Jurídicas Alma, 1997, pp. 44-45.

fundamentales del hombre, tales como la vida, la libertad, la propiedad y la seguridad jurídica.<sup>93</sup>

Aunque a nuestro criterio, la conceptualización doctrinaria de los derechos humanos aun no es cuestión pacífica, resulta útil traer a colación el pensamiento del Maestro Norberto Bobbio, que consideraba que el problema del fundamento de los derechos humanos había sido resuelto en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. De allí que Bobbio diga en su conferencia *Presente y porvenir de los derechos humanos* que la labor por realizar en este campo “no es tanto la de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados”.<sup>94</sup>

Cabe aclarar que el presente trabajo se desarrollara bajo la perspectiva de la dignidad humana, y la universalidad de los derechos fundamentales, según la cual, cada Estado, en el ejercicio de su soberanía que el pueblo le confiere, más o menos de manera democrática o coactivamente, tiene la potestad de adaptar dichas normas a las peculiaridades políticas, religiosas, económicas y culturales de dichos pueblos, pero en ningún caso contradecir abiertamente lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que sean parte contratante.

---

<sup>93</sup> Chávez Castillo, Raúl, *Juicio de amparo, diccionarios jurídicos temáticos*, México, Harla, 1997, p. 24.

<sup>94</sup> Bobbio, Norberto, *Presente y porvenir de los derechos humanos*, Anuario de Derechos Humanos del año 1981, Madrid, Universidad Complutense, 1982, p.10. en el mismo sentido en Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra y la vía de la paz*, Barcelona, Gedisa, 1992, p. 16.

El derecho de actuar conforme a las propias convicciones culturales o religiosas no debe servir de pretexto, ni invocarse e interpretarse los derechos culturales de modo que supongan la violación o denegación de otros derechos humanos.

Por lo que nos adherimos a la crítica de Ferrajoli sobre los *Estados de derecho que él llama de democracias avanzadas*, caracterizadas por la anomia, por leyes inadecuadas, obsoletas, relativas o limitadas para el control social, la falta de efectividad de técnicas de garantía y por la tendencia a la concentración del poder político en pocas manos sin límites jurídicos. Su obra *Derecho y Razón* se enmarca dentro de una teoría que se apoya en los ideales de la ética, la razón, y el humanismo, y es por ello que su análisis y estudio constituye una orientación contundente hacia el Estado de derecho pleno y es una de las teorías base de nuestra investigación.

Consideramos que los postulados de Alessandro Baratta son correctos para formar una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. En donde se realiza una articulación de la idea del derecho penal mínimo que pretende ser una respuesta a la cuestión acerca de los requisitos mínimos de respeto de los derechos humanos por parte de los gobernantes y por consiguiente de la ley penal.<sup>95</sup>

En este sentido, los derechos fundamentales representan un determinado poder social alcanzado, ya que en nuestras sociedades, todo reconocimiento jurídico presupone un conflicto de intereses formalmente dirimido. Tras una norma jurídica de pretensión universal, subyacen siempre intereses concretos, que

---

<sup>95</sup> Cfr. Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2004, pp. 299-333. Consultado el 01 de septiembre del 2016, a las 10:30 p.m., versión en línea en: <https://es.scribd.com/document/59608648/alessandro-baratta-principios-de-derecho-penal-minimo>

pueden ser particulares o no, pero que reclaman ser parte constitutiva de un nuevo sentido de lo humano, que no descansa solamente en el reconocimiento de lo común, sino que se extiende al ámbito de la diferencia. Se trata, por lo tanto, de una lucha a la cual subyace un nuevo modo de entender lo universal.<sup>96</sup>

Retomando el principio de proporcionalidad, cabe señalar, que actualmente en nuestro país, existen propuestas partidistas de elevación de las sanciones, de algunas conductas tipificadas por las leyes penales, al grado de proponer la pena de muerte,<sup>97</sup> o penas vitalicias, esto debido al auge delictivo que se presenta en sociedades completamente inequitativas y centralizadoras, donde la creación de las normas no responde a los intereses públicos, sino a unos cuantos intereses particulares.<sup>98</sup>

Aquí entra también “la falta de ética en el discurso legislativo, ya que esto provoca que en los debates no se tematizen todos los elementos relevantes de la situación problemática que el plan legal pretende resolver, debido a las actitudes instrumentales, estratégicas o dramáticas de los legisladores.”<sup>99</sup>

Algo que podemos observar claramente en las discusiones de aumento de las penas, ya que no se tematizan adecuadamente los aspectos en contra de cada una de las alternativa, sino que se incurre en falacias abstractivas, mediante la

---

<sup>96</sup> Cfr. Balbin Álvarez, William y Arango Velásquez, Oscar, *Globalización de los derechos... Repensando la condición humana*, Medellín, Instituto Popular de Capacitación, 2003, p. 18.

<sup>97</sup> Tal es el caso de las propuestas del partido verde ecologista, así como del PRI, de querer aprobar la pena de muerte el delito de secuestro, en el Estado de México.

<sup>98</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes, la crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 1 y ss.

<sup>99</sup> Berumen Campos, Arturo, *La ética del discurso jurídico*, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, México, p. 46.

realización de acciones estratégicas (como desviar la atención a temas incidentales) o acciones dramáticas (como la exagerada alarma social por la inseguridad pública).

Así mismo se simula un consenso entre los especialistas para ocultar las contradicciones del discurso oficial que se maneja y las repercusiones en la realidad social. Ello lleva por supuesto, a reducir las alternativas de acción legal, pues todo se orienta bajo premisas falsas, y que tiene como consecuencia vulnerar los derechos fundamentales y reducir las garantías penales de los imputados, como única alternativa para reducir la criminalidad y la inseguridad, descuidando las acciones no penales de prevención del delito.

Por lo que hace a nuestro país, de manera empírica podemos percatarnos que las reformas<sup>100</sup> que buscan combatir la delincuencia y garantizar la seguridad pública no han logrado la eficacia esperada, pues aún con el aumento de las penas no se ha reducido en índice de delincuencia.

Hemos de señalar, que no todos los factores del aumento de las penas se tematizan en el procedimiento legislativo, como es el caso de la trasgresión a derechos fundamentales, una adecuada ponderación de los derechos en colisión, la ponderación del bien jurídico del que se trate, la finalidad o función de la pena que se esté asignando, los costos a los contribuyentes, el alto índice de reincidencia, la crisis del sistema penitenciario, entre otros.

Si se analizaran en cada reforma legislativa todos los factores, entonces, es posible que las alternativas, hubieran comprendido medidas preventivas no penales, además de las represivas y, en consecuencia, la disminución de la

---

<sup>100</sup> Verbigracias la reforma aprobada por la cámara de diputados el 29 de abril del 2014, a la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en materia de Secuestro y al Código Penal Federal, con el objetivo de duplicar las sanciones vigentes para quienes cometan este ilícito y aplicarles hasta 140 años de prisión.

impunidad y de la inseguridad hubiera sido más eficaz, lo cual no ha sido posible, porque los legisladores sólo buscaban el éxito político, el cual sin embargo, no se identifica con el éxito en la coordinación de la acción social para disminuir la delincuencia, mediante el discurso jurídico, legislativo y judicial.<sup>101</sup>

Como parámetros de evaluación de la técnica legislativa penal se propone la utilización del principio de proporcionalidad, con los tres sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que ya se desarrollaran posteriormente con mayor profundidad.

Por otro lado, el aumento drástico de las penas lo único que produce es que actualmente exista una sobrepoblación carcelaria y un sistema penitenciario que no cuenta con las políticas necesarias para la reinserción de los delincuentes, que han llegado al grado de perder el carácter de persona y son desvalorizados en un grado máximo.

Derivado de esto, surge la pregunta ¿es correcto que se utilice una coyuntura política o un momento de crisis social para modificar, crear, o aumentar una pena? Cuando el legislador modifique, cree, o aumente una pena, debe hacerlo con ciertos límites, con base en criterios cuantificables, y objetivos para mejorar el sistema jurídico penal.

En este sentido, toman gran vigencia la reflexión de Ferrajoli –citado por Jorge Adame- cuando nos menciona que “no existirá una verdadera justicia social hasta que la política se encuentre subordinada al derecho. Ya que no debemos de olvidar que el derecho constituye la ciencia del orden social y la tenemos que

---

<sup>101</sup> *Cfr. Ibidem*, pp. 46-47.

visualizar como la ciencia de lo justo aplicable.”<sup>102</sup> Ya que un conocimiento desprovisto de un fin no tiene ningún valor.

Aunque en este trabajo nos enfocamos primordialmente a la proporcionalidad de la norma penal *in abstracto*, esta proporcionalidad también aplica cuando el juez en un caso concreto establece la pena individualizada (así como en el procedimiento); y un tercer momento, tiene que ver con la parte ejecutiva de la pena, es decir su cumplimiento efectivo en los centros carcelarios.

Los jueces en su función jurisdiccional son aquellos encargados de velar por la legalidad, y proteger los derechos humanos al aplicar una norma de carácter general a los casos concretos, cumpliendo con todas las prerrogativas de los gobernados y respetando cabalmente el principio de proporcionalidad.

En México prevalece la concepción del derecho positivo como un orden normativo o conjunto de normas que rigen la vida social, pero el legislador no debe pasar por alto que al crear una norma jurídica, debe respetar los aspectos axiológicos que rige a todo el sistema jurídico.

Creemos que fue un avance la creación de un código nacional de procedimientos penales, donde la restricción de la libertad es *última ratio* y donde se pone en práctica otras formas de penas que no es exclusivamente la restrictiva de la libertad. Ya que en muchos de los casos, lo que las víctimas requieren es que se les repare integralmente los daños causados, más que se les prive de la libertad a los infractores, por lo que era necesaria una normatividad que respete de manera íntegra los derechos fundamentales de todos los gobernados.

---

<sup>102</sup> Ferrajoli, Luigi, *cit. post.*, Adame Goddard, Jorge, *La objetividad de las proposiciones jurídicas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pp. 5-6.

El legislador sólo debe criminalizar las conductas verdaderamente dañinas para la sociedad y no las necesarias para proteger intereses particulares o de un determinado grupo de poder, con el argumento de que se protege a la colectividad.

Desde este enfoque, podemos señalar que el derecho es fundamentalmente el orden normativo que rige la vida social, y es impuesto por la potestad política por medio de las leyes y otras decisiones potestativas, su contenido es esencialmente variable, dependiendo de las circunstancias sociales, sobre todo de la voluntad política, pero esta voluntad política tiene un límite, que son los derechos consagrados a favor de todo sujeto en los Estados con un régimen democrático y constitucional de derecho.

Coincidimos con Fernández Carrasquillas, cuando dice “la dogmática jurídica penal debe tomar la forma de una ciencia lógica-axiológica teniendo como referente los derechos humanos y la equidad.”<sup>103</sup>

La Constitución obliga al legislador a adecuarse a un programa penal que consta en su parte dogmática, cuando define tipos penales y establece sus sanciones, está ante una paradoja, pues por un lado, debe promover los derechos humanos y evitar su restricción; por otro lado, debe restringir los derechos de las personas que cometen delitos. En este dilema, el legislador debe, para no dejar a las víctimas de violaciones a sus derechos en la impunidad y para garantizar que van a tener un trato justo, tanto en el procedimiento como en la sanción que restringirá sus derechos, basar su actividad en algunos principios básicos.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal liberal de hoy*, Bogotá, Editorial Gustavo Ibáñez, 2006, p. 149.

<sup>104</sup> Ramiro Ávila, Santamaría, El principio de legalidad vs el principio de proporcionalidad, *El principio de Proporcionalidad y la interpretación*

En un Estado constitucional, el principio de proporcionalidad hace que las penas no sean excesivas, limita la actividad del legislador y de los órganos jurisdiccionales (en la creación y establecimiento de las penas) y establece que se parta de categorías axiológicas.

Es por esto que Ferrajoli, sostiene que el único modelo de derecho penal es el Estado constitucional que se llama *garantismo penal*, entendiéndolo como “un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la Constitución y la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones.”<sup>105</sup>

Según el jurista español Luis Prieto Sanchís, “la consecuencia inmediata de toda constitucionalización es el surgimiento de una obligación de respeto por parte de todos los poderes públicos y, especialmente aquí, por parte del legislador.”<sup>106</sup>

La mayoría de tratadistas del derecho penal – dice Ferrajoli– “tratan este asunto esencialmente como un instrumento de defensa social.”<sup>107</sup> El garantismo penal hace que se las considere a todas las personas, desviadas y no desviadas de forma igualitaria, respetándoseles la vida y la libertad personal. Concluye diciendo 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

---

*constitucional*, Coordinador Miguel Carbonell, Serie Justicia y Derechos Humanos, número 6, MJDH, Quito, 2009, p. 319.

<sup>105</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho Penal mínimo y otros ensayos*, Aguascalientes, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos, 2008, p. 27.

<sup>106</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 268.

<sup>107</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho Penal mínimo...*, *cit.*, p. 21.

sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable".<sup>108</sup>

Esto debido a que aunque una mayoría tenga determinado criterio jurídico o político no puede ir en contra de las prerrogativas establecidas a favor de todos los gobernados, ya que se instituyen para el beneficio de todos. Al momento que el legislador crea penas en un sistema constitucionalizado lo tiene que hacer también, pensando y recordando la situación carcelaria con la que se enfrenta y la historia de la represión penal.

Podemos observar que la mayoría de los autores coinciden que la libertad es uno de los derechos humanos más preciados para el hombre, por lo que si el Estado pretende restringirla o afectarla, debe de ser en la menor medida posible, es decir, lo estrictamente necesario para conseguir el fin que se ha planteado, en este orden argumentativo si el fin de la pena según el artículo 18 del pacto federal es la reinserción del delincuente, la sanción establecida al sujeto debe ser la mínima posible para tal fin, y si ese fin no se consiguió en el tiempo establecido en la pena se debe dejar al sujeto en libertad, pues debemos por un lado, observar a la reinserción social como una facultad del individuo y por otro lado como una obligación del Estado.

Coincidimos con Alessandro Baratta en su afirmación de que en la actualmente tenemos una práctica política dirigida no a modificar la realidad, sino la imagen de la realidad en los ciudadanos, a la denomina *política como espectáculo* o al también denominado *populismo penal* que consiste en aumento de penas, creación de nuevos delitos, propuestas de pena de muerte, castración química, reducción de la edad penal para juzgar a menores, legislaciones de emergencia, recorte de las facultades judiciales, ampliación desmesurada de las

---

<sup>108</sup> *Idem.*

facultades policiales, mayores restricciones penitenciaria, militarización, entre algunas otras propuestas.<sup>109</sup>

En esta política como espectáculo, el legislador no respeta la técnica legislativa en amplio ni en estricto sentido:

Cuando hablamos de técnica legislativa nos referimos a la misma en un sentido amplio y restringido. Esta última se refiere al estudio de la composición y redacción de las leyes y disposiciones jurídicas. Mientras que la técnica legislativa en sentido amplio tiene que ver con el estudio de las normas como parte integrante del ordenamiento jurídico, al efecto de conseguir la mayor coherencia del sistema normativo<sup>110</sup>

### **1.8.3 La persona y su naturaleza de ser humano.**

Con respecto al término persona hay coincidencia que deviene del griego *prósopon*, que significa máscara o careta con la que se cubría el rostro el actor en el teatro clásico para representar al personaje.

Al respecto el Maestro Gumesindo Pandilla, nos dice “la palabra *persona* designaba, en sentido recto, la máscara (*dramatis personae*) que usaban los actores en escena. De aquí se empleó en sentido figurado para expresar el papel que un individuo podría representar en la sociedad, por ejemplo, la persona como padre de familia, como hijo, como tutor, etcétera.”<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> Cfr. Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, Introducción a la sociología jurídico penal, siglo XXI editores Argentina, México D.F., 2004, pp. 180-193.

<sup>110</sup> Sainz Moreno, Fernando, “La técnica normativa. Visión unitaria de una materia plural”, en *La Técnica legislativa a debate*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 65.

<sup>111</sup> Padilla Sahagún, Gumesindo, *op. cit.*, p.33.

Pero más importante que la conceptualización o el origen semántico de la palabra, es establecer, que todo ser humano es persona y que por tanto, todas las personas debemos tener los mismos derechos.

Así para Emanuel Kant, “persona es el sujeto, cuyas acciones son imputables...”<sup>112</sup>

Leibniz por su parte sostenía que “la palabra persona lleva consigo la idea de un ser pensante e inteligente, capaz de razón y reflexión...”.<sup>113</sup>

Kelsen sostuvo que la persona es un centro de derechos y obligaciones, o sea un centro de normas jurídicas que así lo establecen.

Desde esta perspectiva, cualquier idea que se oponga a lo anterior, trasgrediera la idea de respeto a la persona humana.

Jakobs retomando a Hegel establece que la norma originaria es la siguiente: sé persona, lo que significa: cumple el deber frente al grupo, es decir, para este autor ser persona significa tener que representar un papel, un determinado rol establecido por la propia norma. Por lo que si un individuo no respeta o defrauda este rol de persona pierde su *status* de ciudadano,<sup>114</sup> lo cual desde nuestro punto de vista no es aceptable, puesto que un sujeto no puede

---

<sup>112</sup> Filosofía I, *La reflexión filosófica sobre el ser humano*, Ministerio de Educación, Gobierno de España, Consultado el 28 de septiembre del 2016, a las 18: 23, versión en línea en: <http://recursostic.educacion.es/bachillerato/proyctofilosofia/web/ruta1.php?tipo=2&seccion=1&ruta=10&etapa=5&explorador=1>

<sup>113</sup> *Idem.*

<sup>114</sup> Cfr. Jakobs, Günter, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, traducción de Peñaranda, Madrid, Estudios de Derecho Penal, 1997, pp. 294-298.

perder sus derechos y sólo conservar sus obligaciones, ni puede estar al arbitrio de los legislados su calidad o no de persona.

El filósofo Carlos Cossio –citado por Ramella Pablo- concluía que “la personalidad jurídica del hombre no puede ser negada, ni atribuida su existencia al arbitrio del legislador, por una razón esencial: el hombre, como protagonista, es siempre sujeto del Derecho y no objeto”.<sup>115</sup>

Coincidimos con Roxin en que “Un Estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal”.<sup>116</sup>

Precisamente la garantía de los derechos individuales es la función más importante del sistema jurídico. Como dice Ronald Dworkin, “El derecho no es más que un dispositivo que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de la mayoría y del gobierno”.<sup>117</sup>

De allí que sostengamos, que el hecho de ser persona, es un valor primero y previo a todos los demás valores humanos, de lo que se deduce que la sociedad debe ser para la persona y no viceversa. En otras palabras el ser humano es el elemento más importante y funge como condicionante del derecho.

La justicia en el derecho tiene que ver con la manera en que las normas jurídicas y las instituciones del Estado garantizan y protegen los derechos humanos y desarrollan los procedimientos democráticos.

---

<sup>115</sup> Carlos Cossio, *cit., post.*, Ramella, Pablo, *Introducción al derecho*, 2ª. ed., San Juan, Universidad Católica de Cuyo, 1980, p. 223.

<sup>116</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Trad. Luzón Peña, Diego-Manuel, *et. al.*, Madrid, Civitas, 1997, p. 137.

<sup>117</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 1989, p. 17.

El punto de partida de la ciencia del derecho es el hombre, que socialmente debe ser visto como persona. Así, el derecho surge de la persona que vive en sociedad. En este sentido, el derecho puede facilitar o dificultar la realización de la libertad humana o cualquier otro fin o valor.

Es misiones de los investigadores y de los operadores jurídicos en general, construir o aportar elementos para crear un sistema jurídico que sea tendiente a maximizar la protección de las personas, de sus derechos, y rechazar cualquier postura que intente perder de vista que el elemento condicionante y más importante del derecho es el ser humana, con dignidad y capacidad de elección, visto no desde su naturaleza biológica sino desde una dimensión filosófica.

## **CAPÍTULO 2**

### **2. PROBLEMAS ACTUALES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.**

No debemos pasar por alto que debido a la preocupación social en la que vivimos provocada por la creciente tasa de criminalidad, y la influencia de los medios masivos de comunicación, la respuesta que se ofrece desde el ámbito legislativo<sup>118</sup> y político en general, es *una serie de reformas supuestamente sustanciales* en el ámbito penal, procesal penal y penitenciario. Nuestros representantes se aferran al recurso más sencillo con el que cuentan, desde un punto de vista económico, social, cultural, populista-electoral, etcétera, es decir, la oferta de una política criminal de mano dura, publicitándola como el remedio de todos los problemas que acogen a nuestra realidad social.

---

<sup>118</sup> Lo que algunos autores han denominado como *Populismo penal*, en este sentido Cfr. Máximo, Sozzo, *¿Qué es el populismo penal?*, Revista Latinoamericana de estudios de seguridad, número 11, Ecuador, 2012, pp. 117-122.

Pero la respuesta que se necesita en la actualidad debe ser real, y no una mera respuesta simbólica, que calme momentáneamente a la sociedad. Pareciera una constancia común que cada vez que en las sociedades la inseguridad pública gana espacio, se piden rigurosas condenas.

Al respecto Terradillos Basoco, nos refiere que “este tipo de creación legislativa de seguridad no es en el sentido de una mejor garantía de los bienes jurídicos, sino de una seguridad como sensación subjetiva de la ciudadanía, a la que sirve un derecho meramente simbólico...”<sup>119</sup>

Por lo que las interrogantes que aquí surgen son; ¿estas medidas populistas y poco reflexionadas nos pueden llevar a la creación de normas desproporcionales e irracionales que afecten garantías constitucionales y derechos humanos? y ¿Vamos en un camino hacia los postulados de derecho penal del enemigo? Del cual uno de los principales postulados es el aumento desmedido de las penas, circunstancia que trataremos de analizar.

## **2.1 Derecho penal del enemigo y el discurso de la emergencia.**

Todos sabemos que el derecho penal corresponde a una de las principales prerrogativas del poder público, lo que establece la determinación de los límites de las libertades individuales. Eso explica que el Estado se haya reservado el monopolio de esta rama del derecho para determinar cuáles son las conductas antisociales intolerables y en qué consiste la reacción de la sociedad institucionalizada contra estos comportamientos.

Podemos afirmar que la pena privativa de la libertad es el instrumento para castigar más agresivo con el que cuenta el Estado para tratar de mitigar las conductas indeseadas.

---

<sup>119</sup> Terradillos Basoco, Juan María, *Las reformas penales españolas de 2003, valoración político criminal*, Madrid, Nuevo Foro Penal, 2005, p. 136.

En pero, en la actualidad pareciera que ya no se teme ni simbólicamente y de ese modo ni realmente, a las autoridades y al castigo. Lógicamente *una política criminal de mano dura* pareciera necesaria. Desde este enfoque algunas teorías como la de Jakobs pueden sonar encantadoras y presentarse como una solución milagrosa al problema de la criminalidad.

La primera referencia del derecho penal del enemigo aparece en un trabajo de Jakobs en 1985,<sup>120</sup> pero en los últimos años aparece con un delineamiento mucho más claro, dando un soporte iusfilosófico basándose principalmente en las ideas de Hobbes y Kant.

El investigador francés Alexis de Tocqueville indica en su obra *De la democracia en América*, que las soluciones muy simples, bien que siendo falsas siempre tendrán más auditorio que las explicaciones certeras pero más complicadas.<sup>121</sup> El derecho penal del enemigo es una solución simple. Es cierto, los habitantes de un Estado tienen derecho a la seguridad, pero de ahí no se deriva que el Estado pueda actuar de cualquier forma con el fin de satisfacer dicho derecho. Por lo que es totalmente criticable justificar el medio en función del fin perseguido ya que esto puede resultar peligroso, es decir, asimilar la categoría de delincuente a un enemigo, es sólo atacar la parte más visible del problema

La historia nos demuestra que ya se han implantado estas políticas criminales, los nacional socialistas alemanes utilizaron el código penal para cazar a los *enemigos del pueblo* los estalinistas a los *enemigos de la revolución* los partisanos del senador Mac Carthy a los comunistas, *enemigos del Estado* y conocemos sus desafortunados resultados.

---

<sup>120</sup> Cfr. Jakobs, Günter, *Criminalización en el estadio previo a la lesión...*, cit., pp. 294-298.

<sup>121</sup> Cfr. De Tocqueville, Alexis, *De la democracia en América*, México D.F., Alianza editorial, 2004, p. 5.

Coincidimos con el jurista Argentino Carlos Parma, cuando al respecto nos dice que “Sin certeza y con ausencia de comprobación científica, la pena no ha podido gritar a los cuatro vientos que su función rehabilitadora se cumpla”.<sup>122</sup>

“El derecho penal del enemigo del Dr. Jakobs es un refrito de la tesis lombrosiana y hobessiana, pero rescatar estas tesis en la actualidad, es retroceder a un pensamiento que, compártase o no, la posmodernidad no acepta...”<sup>123</sup>

Este mismo autor establece que “la consigna represiva nunca fue buena compañera en la gran batalla que se libra contra el delito. Se sabe a ciencia cierta que la prevención es la única salida posible... Sosteniendo la tesis, “solo reduciendo la violencia, en todas sus formas y géneros, el derecho penal estará a resguardo”.<sup>124</sup>

Cuando se sostiene la falacia que reza *la represión hace el derecho*, se cumple lo que técnicamente en estricta lógica se denomina *argumento ad baculum* (apelación por la fuerza). Así el uso y la amenaza de los métodos de mano fuerte para doblegar opositores suministra ejemplos contemporáneos de esta falacia... el argumento *argumentum ad baculu* significa la guerra o la amenaza de guerra.<sup>125</sup>

No hace falta ser un eximio criminólogo para comprender que la política criminal no sólo debe orientar al derecho penal, sino nutrirse de cuanta disciplina sirva para que el flagelo del delito no sea más que la consecuencia multifactorial

---

<sup>122</sup> Parma, Carlos, *Roxin o Jakobs ¿Quién es el enemigo en el derecho penal? El espejo del derecho penal*, Bogotá, D. C. Colombia, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009, P. 4.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p.8.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>125</sup> *Cfr.* Copi, Irving, *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 1968, p. 62.

irreversible, verbigracia de la desnutrición infantil, la falta de vivienda, la falta de fuente laboral, el consumo desmedido de drogas, la desintegración, así como la violencia intrafamiliar, la falta de oportunidades para estudiar, la pobreza extrema, la ausencia o insuficiencia de servicios públicos, entre algunos otros.

Es obvio que como refiere José Sáez “no existe verificación empírica – y nosotros agregaríamos que *de ningún tipo*- de que el aumento de la pena, tenga un mayor efecto preventivo. Es que con aumento de penas no se resolverá el problema”.<sup>126</sup>

En la actualidad nos encontramos ante un grave olvido de consideraciones ético valorativos, fundado en determinadas teorías que conlleva a la imposición de cualquier tipo de pena. Tal y como lo ha sostenido el maestro Parma:

Estas teorías sólo se preocupan de que sus modelos den resultados positivos, pretendiendo ignorar que el castigo se aplica sobre el cuerpo de un ser humano. Se determinan sanciones que dejan de lado la medida del injusto y de la culpabilidad del acto... si la aplicación de la pena de muerte generara resultados positivos frente al delito y minimizara los costos que debe soportar la sociedad, no habría ningún obstáculo para llevarla a cabo. El principio de proporcionalidad y el principio de humanidad son los grandes ausentes en estos análisis éticos, en fin, es el elemento del que carecen los mismos.<sup>127</sup>

Pero no debemos de pasar por alto que cuando los poderes estatales sacrifican los principios que definen y limitan el ejercicio del poder punitivo están renunciando en una buena parte a su legitimación.

---

<sup>126</sup> Sáez Capel, José, *Apareció un cometa, un nuevo Mesías de la seguridad*, 2ª. ed., Buenos Aires, Revista *Urbe et ius*, 2004, p. 29.

<sup>127</sup> Parma, Carlos, *El espejo del derecho penal...*, cit., p. 17.

La producción de normas penales en nuestro país (y como observamos es una tendencia mundial), es tendiente a aumentar indiscriminadamente la punibilidad de los tipos penales (los de nueva creación y los ya añejos) , están justificadas y son aceptadas más allá de su eficacia práctica, porque en términos de costos sociales implican un esfuerzo económico mucho menor de lo que sería afrontar plausiblemente el problema, esto es, atacar las múltiples causas sociales del fenómeno delictivo, por ejemplo mejorar la calidad del servicio de procuración y administración de justicia, capacitación a todos los intervinientes y una mejor retribución para estos, sin descuidar todas y cada una de las acciones de prevención penales y extra penales.

Esta tendencia actual del populismo penal que vemos hoy en día, ha podido gestarse debido a la atmosfera en la que vivimos, es decir, gracias a la sensación de inseguridad que consume a nuestra sociedad, quizá implantada por el mismo Estado y apoyada por los medios masivos de comunicación, que permiten aceptar teorías tales como el derecho penal del enemigo, y políticas criminales de mano dura. De esta manera el hecho de poder prolongar el tiempo que una persona pueda estar privada de su libertad en un centro de reclusión por la comisión de un delito (o supuesta comisión para el caso de los aún no sentenciados), produce un efecto de tranquilidad transitoria para los ciudadanos, porque se estaría reduciendo el peligro futuro al estar estos individuos privados de su libertad.<sup>128</sup>

Olvidándose nuestros legisladores, que en la realidad vivimos una marcada desigualdad social, económica, cultural, laboral, etc., la ley debe de estar necesariamente para subsanar y corregir, (o por lo menos intentarlo) estas diferencias. Consideramos que una de las finalidades de la ley es subsanar estas desigualdades.

---

<sup>128</sup> Cfr. Buffarini, Mariano, *Las ¿nuevas? economías del castigo penal*, Revista El derecho penal, Argentina, Editora Universidad Católica, 2004, pp. 20-23.

Lo que es visible es que la política criminal del Estado Mexicano, toma de base algunos planteamientos de teorías como la de Jakobs que trae inmersa una propuesta de derecho penal autoritario para casos extremos donde supuestamente el derecho penal liberal serían insuficientes. Pero este tipo de teorías se caracterizan, entre otras cosas, por un adelantamiento de la punibilidad, es decir, el ordenamiento jurídico tiene una visión de prospectiva (con miras hacia un hecho futuro de realización incierta), en vez de observar el hecho cometido, esto es en retrospectiva.

Otro de los elementos que caracteriza a este tipo de teorías es que las penas son desproporcionadamente altas, y finalmente reduce garantías procesales, conculcando así, derechos humanos.

Para tratar de justificar los postulados de esta teoría el profesor Jakobs dice que “el Derecho Penal del Enemigo sólo se puede legitimar como un Derecho Penal de emergencia que rige excepcionalmente”<sup>129</sup>, situación que puede comprenderse pero no es del todo cierta, pues lo que comienza como excepción parece terminar como regla.

No podemos soslayar que el Estado de excepción, crea una incertidumbre legal en el que se suspende el Estado de derecho. Los individuos desprovistos del derecho y en muchos casos de humanidad, pasan a estar en disponibilidad sin límites ante las autoridades. Cuando la excepción es la regla, se celebra el triunfo del totalitarismo.

---

<sup>129</sup> Jakobs, Günter, *Criminalización en el estadio previo a la lesión...*, cit., p. 294.

Es de historia conocida que los gobiernos autoritarios han esgrimido como argumento central para justificar sus medidas un discurso de emergencia, para poder franquear los límites del derecho penal.<sup>130</sup>

Pareciera novedoso la instalación de un dogma metafísico, donde la premura principal es la defensa de la seguridad general, que hace que dejemos de lado todo lo construido. Pero ya en repetidas ocasiones Zaffaroni enseñó que “las emergencias no son nuevas en los discursos legitimantes del poder punitivo”.<sup>131</sup>

Al respecto refiere Zambrano Pasquel, “el derecho penal se presenta así como un instrumento de poder, que acude a la ideología de injusticia y del bien común, pero que en verdad sólo pretende mantener el orden y la dominación.”<sup>132</sup>

Guillamondegui –citando a Zaffaroni- hace un repaso de esta cuestión diciendo que “es considerado como el primer discurso de emergencia, con alto nivel de desarrollo teórico, el *Malleus maleficarum* o Martillo de las brujas, escrito por Heinrich Kramer y James Sprenger, en 1484, y sancionado como manual de inquisidores por bula de Inocencio VIII del 9 de diciembre del mismo año.”<sup>133</sup>

Al parecer existe un paralelismo entre el derecho internacional humanitario y el derecho penal, tomando tanto a la pena como a la guerra como situaciones de poder que no es posible legitimar a través de un discurso académico ni filosófico,

---

<sup>130</sup> Cfr. Zaffaroni Eugenio, Raúl, *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia*, Teorías Actuales en el Derecho Penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, pp. 613-620.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 618.

<sup>132</sup> Zambrano Pasquel, Alfonso, *Derecho penal, parte general*, 3ª. ed., Lima, Ara Editores, 2006, p. 416.

<sup>133</sup> Zaffaroni Eugenio, Raúl, *cit. post.*, Guillamondegui, Luis, *Los discursos de la emergencia y el derecho penal del enemigo*, p. 3.

sino tan sólo limitarlos en sus efectos dañinos. De este modo, el derecho penal y el derecho internacional humanitario están llamados a cumplir una función limitada, consistente en minimizar la violencia y garantizar los derechos humanos.<sup>134</sup>

La diferencia que encontramos entre el derecho internacional humanitario y el derecho penal de la emergencia, es que el primero actúa de manera momentánea, es decir, mientras dura el conflicto bélico, y el segundo, tiende a permanecer, pues cuando se utiliza un discurso de emergencia se termina recurriendo a las medidas excepcionales como regla, introduciéndose modificaciones legislativas tendientes a perdurar, no solamente mientras se mantenga la situación que le dio origen, sino de manera indefinida.

Por otro lado, el Estado trata de legitimar estas medidas aduciendo supuestas razones de eficacia, pero esta fenomenología, es decir, el derecho penal de la emergencia se presenta como un modelo contrario al derecho penal liberal, por lo que nos encontramos ante un sistema anti-garantista.

Al igual que Carlos Parma “nuestra postura es adherirnos a la doctrina garantista que se ha unido en forma pacífica y unánime en contra de los postulados de Jakobs recrudescidos por Pawlik en su exposición del terrorista y su derecho, en su conferencia que dio en el año 2008 en el Instituto Ortega y Gasset en Madrid España.”<sup>135</sup>

Consideramos inadecuado introducir un concepto como el *de enemigo* en la práctica del derecho penal, ya que esta es una concepción política quizá hasta filosófica, pero no perteneciente al derecho.

---

<sup>134</sup> Cfr. Zaffaroni Eugenio, Raúl, *En busca de las penas perdidas, Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Bogotá, Temis, 1993, pp. 160 y ss.

<sup>135</sup> Parma, Carlos, *El espejo del derecho penal...*, cit., pp.32-33.

De nueva cuenta el profesor Parma señala que “no sería necio a la hora de aceptar que el termino enemigo, se ajusta a la realidad y que tiene su tratamiento en el derecho. Pero es lo que cualquier jurista debe evitar: estas oscuras ideas siempre han discriminado a seres humanos. Se olvidan que el ser humano es la base del sistema normativo.”<sup>136</sup>

Guerrero Agripina nos dice:

Es así que el derecho penal de enemigo es una teoría que parte de la hipótesis que los individuos que por su actitud personal muestran de manera reiterada el deseo de delinquir no son consideradas personas, sólo individuos. Son enemigos de los que si son personas. Y para ellos se deben reducir las garantías. Con ello ya no buscan afirmar la vigencia de la norma... lo importante para ellos es la inocuización, su exclusión.<sup>137</sup>

La realidad legislativa y judicial cada vez asume de un modo más o menos expreso la vigencia de esta fenomenología, esto lo podemos ver de manera clara en Latinoamérica, en donde incluso no se establece con exclusividad la presencia del derecho penal del enemigo en los delitos de terrorismo, sino que, dadas las condiciones particulares de nuestra realidad social, se inmiscuye también contra delitos del fuero común como es el caso de secuestra, narcotráfico, delincuencia organizada, trata de personas, entre algunos otros.

Refiere Claudio Guimareas “lo grave a mi juicio es que se aplique el derecho penal del enemigo contra etnias (ver el caso Mapuche) o contra los

---

<sup>136</sup> *Idem.*

<sup>137</sup> Guerrero Agripino, Luis, *La seguridad pública en el contexto general del sistema de justicia penal y la política criminal*, En revista de la Universidad de Colima, *Dejure*, año 5, n.3, Colima México, 2005, p.135.

vulnerables del sistema penal que son en definitiva los que pueblan las cárceles, consolidando así el sistema de desigualdad.”<sup>138</sup>

Consideramos acertada la idea de Muños Conde, cuando sostiene que “el derecho penal democrático y del Estado de derecho ha de tratar a todo hombre como persona responsable, y no puede ser lícito ningún ordenamiento que establezca reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso.”<sup>139</sup>

Por un lado la postura de los Estados, es ponderar la defensa y la seguridad de los ciudadanos, sin embargo, se deja de lado todo lo construido en materia de derechos humanos y garantía, aunque de manera oficial los Estados manejan un discurso distinto a las prácticas que realiza en la lucha contra la criminalidad.

Este tipo de postulados toman vigor e influyen en el establecimiento de políticas criminales, debido al discurso del permanente estado de emergencia que manejan los gobiernos autoritarios, para poder justificar la violación de derechos humanos.

En este sentido, *emergencia* significa en lenguaje coloquial algo que emerge en la superficie, algo excepcional que pudiera poner en peligro la continuación del sistema.

---

<sup>138</sup> Guimareas, Claudio, *Función de la pena privativa de la libertad como sistema de producción capitalista*, Memorias del XVIII Congreso latinoamericano de derecho penal, Bogotá, Universidad de Nacional de Colombia, Editorial Layer, 2006, p. 328.

<sup>139</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, 4ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p.118.

Desde nuestro parecer estos discursos de emergencia tienen una íntima relación con lo que Alessandro Baratta *denomino reacción contingente*, que se da cuando en una sociedad acontece un problema alarmante y las medidas tomadas por los gobiernos son la criminalización del problema, o el aumento punitivo, medidas que no atienden a la raíz del problema, sino sólo a su parte superficial.

Lo que no podemos perder de vista es que esta legislación de emergencia delata un peligro inminente para los ciudadanos, principalmente para aquellos que son más vulnerables al poder punitivo, puesto que en la actualidad nuestros gobernantes han hecho de la legislación de emergencia toda una cotidianeidad.

En la misma línea argumentativa y haciendo un resumen, podemos decir que Zaffaroni establece que la legislación penal de emergencia se caracteriza por a) fundarse en un hecho nuevo o extraordinario; b) la existencia de un reclamo de la opinión pública a su dirigencia para generar la solución al problema causado por ese hecho nuevo; c) la aprobación de una legislación penal con reglas diferentes a las tradicionales del derecho penal liberal (vulnerándose principios de intervención mínima, de legalidad –con la redacción de normas ambiguas con falta de técnica legislativa, creación de tipos penales abiertos o de peligro abstracto-, trasgrediendo el principio de culpabilidad, de proporcionalidad de las penas, de reinserción del condenado, etc.); d) los efectos de esta legislación para el caso concreto sancionada en tiempo veloz, que únicamente proporcionan a la sociedad una sensación de solución o reducción del problema, sin erradicarlo o disminuirlo efectivamente, dando nacimiento a un derecho penal simbólico.<sup>140</sup>

A su vez debido a la marcada preponderancia de supuestas razones de eficacia (presentadas como razones por parte del Estado), en el derecho penal de la emergencia hay una despreocupación absoluta por las garantías personales. “por ello el derecho penal de la emergencia es siempre anti-liberal y anti-

---

<sup>140</sup> *Cfr.* Zaffaroni Eugenio, Raúl, “La creación legislativa penal y los discursos de emergencia...,” *cit.*, pp. 619-625.

garantista, contrariamente al derecho penal propio de un Estado de derecho que es esencialmente liberal y garantista.”<sup>141</sup>

Respecto del derecho penal de la emergencia podemos señalar, en síntesis, que se caracteriza por:

- a) Una tutela penal que se anticipa a la efectiva causación de una ofensa a un bien jurídico;
- b) Creación artificiosa de bienes jurídicos;
- c) Utilización de una inadecuada técnica casuística, basada en fórmulas legales elásticas e indeterminadas;
- d) Penalización en función del autor y no del hecho cometido.

Las consecuencias de este fenómeno redundan en la producción del llamado *populismo penal*, a través del cual superponen figuras delictivas causando problemas de inseguridad jurídica.

## **2.2 La afectación de la proporcionalidad debido a los postulados del derecho penal del enemigo.**

No debemos perder de vista que el derecho penal del enemigo se sustenta en principios falsos, pues en el fondo sostiene que no todos somos iguales ante la ley y aceptar esta tesis conlleva a un retroceso trascendental y abrupto en los ordenamientos jurídicos.

Sin soslayar que tal propuesta trasgrediría los derechos fundamentales consagrados tanto en la constitución, como en los tratados internacionales donde se contenga alguna prerrogativa para el ciudadano, pues en términos del numeral

---

<sup>141</sup> Parma, Carlos, *El espejo del derecho penal...*, cit., p 61.

133 de nuestra carta magna estas disposiciones normativas conforman la supremacía de toda la unión.

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.<sup>142</sup>

En este orden argumentativo, admitir estos postulados tendría como consecuencia que se viera mancillada la Constitución por apartarse de los principios republicanos de gobierno, ya que -quiérase o no- la República democrática resulta una propuesta aproximadamente justa para este mundo moderno y civilizado, y en este debate el derecho penal liberal no puede ni debe estar ausente, manifestándose siempre por el Estado democrático y constitucional de derecho.

Desde esta visión, es inconcuso que esta teoría debe de ser rechazada. Pues como ya hicimos énfasis, uno de los fundamentos que sostiene el derecho penal del enemigo, es que un ser humano puede o no tener la calidad de persona. Según esta tesis los enemigos son aquellos sujetos que con sus conductas se han apartado de un modo duradero del derecho, de esta manera no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demuestran éste déficit por medio de su actuar.

Por lo que se trata supuestamente de individuos dañinos para las sociedades y que pertenecen a organizaciones terroristas, de delincuencia organizada, que cometen las conductas más reprochables.

---

<sup>142</sup> Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

En los delitos citados con antelación, el derecho penal del enemigo priva al individuo del *status* de ciudadano, y sólo el ciudadano se encuentra vinculado con el derecho. Por eso el delito de un ciudadano es un desliz reprochable, una cuestión normal pues el individuo tiene derecho de reincorporarse a la sociedad.

En esta inteligencia, el maestro Silva Sánchez explica que el tránsito del ciudadano al enemigo “se irá produciendo por la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas”.<sup>143</sup>

Aunque desde nuestra perspectiva, esta transición no debe tener como consecuencia la pérdida del *status* de ciudadano, sino por el contrario, es obligación del Estado buscar los mecanismos no penales, idóneos y adecuados para enfrentar de un modo expedito y eficaz dicha problemática, para no llegar a tales extremos.

Las limitaciones del derecho penal del enemigo según Jakobs, tienen que ver con la conservación de un Estado de libertades; quienes las trasgreden la norma, se apartan de ese modelo de Estado. Los que propugnan esta teoría dicen que se debe crear una regulación jurídica de exclusión de los enemigos, combatiendo los peligros, aquí he de hacer notar, que esos peligros son hechos futuros de realización incierta.

Es por ello que Jakobs sostiene:

(...) quien quiera ser tratado como persona, debe dar también una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como tal. Si esta garantía no se da o incluso es denegada de forma expresa, el derecho penal pasa de ser la reacción de la sociedad frente al hecho de uno de sus miembros a

---

<sup>143</sup> Silva Sánchez, Jesús, *La expansión del derecho penal*, 2ª. ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 164-165.

convertirse en una reacción frente a un enemigo. Esto no significa que esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad potencial, de tal manera que en una lucha no puede superarse el límite de lo necesario.<sup>144</sup>

Lo que es tranquilizante en cierta medida, es que la mayoría de los doctrinarios rechazan estos planteamientos, sin embargo, sólo se ha logrado ocultar ligeramente una realidad global tanto en el ámbito legislativo como en el ámbito judicial, que cada vez asumen de un modo más o menos consiente esta tendencia fenomenológica.

Sobre este tópico acertadamente refiere Muñoz Conde, “el derecho penal democrático y del Estado de derecho ha de tratar a todo hombre como persona responsable, y no puede ser lícito ningún ordenamiento que establezca reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso”.<sup>145</sup>

En un sentido similar, Cancio Melia refiere que “el derecho penal del enemigo, no estabiliza normas, sino que es un Derecho penal de autor, por lo que al ser una vía de hecho difícilmente pueda hablarse de derecho para estos casos de reacción punitiva.”<sup>146</sup>

---

<sup>144</sup> Jakobs, Günter, *La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo*, Traducción de Manso Porto, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, (coord. Muñoz Conde, Francisco), Valencia, 2004, p. 58.

<sup>145</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Edmundo Mezger y el Derecho Penal de su tiempo...*, p. 118.

<sup>146</sup> Cancio Melia, en *Jakobs/Cancio, Derecho penal del enemigo*, España, p. 93.

Es cierto que esta teoría tiene su origen en el viejo continente, no menos cierto es, que ha influido en la mayoría de los países de latinoamericana, ya que el derecho penal del enemigo no se aplica exclusivamente a los delitos de terrorismo, sino que, dadas las condiciones particulares de nuestra realidad social se ve claramente implementada en nuestra normatividad, para comprobar esto, basta con dar un vistazo a La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en su artículo segundo establece lo siguiente:

Artículo 2o.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.<sup>147</sup>

Nos podemos percatar en el citado numeral, del adelantamiento punitivo del que ya hablábamos en líneas anteriores, *pues basta el sólo hecho de acordar organizarse para cometer determinadas conductas*, para encuadrar en el tipo penal.

Por otra parte el artículo cuarto de la misma ley prescribe:

Artículo 4o.- Sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan, al *miembro de la delincuencia organizada* se le aplicarán las penas siguientes:

I. En los casos de los delitos contra la salud a que se refiere la fracción I del artículo 2o. de esta Ley:

---

<sup>147</sup> Artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de noviembre de 1996.

a) A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, respecto de la delincuencia organizada, de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa...<sup>148</sup>

En este ejemplo, podemos ver la desproporcionalidad de la pena, pues aparte de las penas correspondientes por el delito o delitos que se cometan, se aumentara de 20 hasta 40 años de prisión, lo que se traduce en la mayoría de los casos en una pena vitalicia.

En síntesis podemos afirmar, que el derecho penal del enemigo sostiene un adelantamiento temporal de la punibilidad, (visión prospectiva no retrospectiva) *la vulneración absoluta al principio de proporcionalidad* y la supresión o disminución de las garantías procesales y finalmente el desapego de los derechos humanos consagrados en la constitución y en los tratados internacionales.

### **2.3 El derecho penal del enemigo, ningún postulado nuevo.**

Como se ha señalado en líneas precedentes, el derecho penal ha creado *enemigos* para su funcionalidad, exponiéndolos en discursos emergenciales que afectan la racionalidad, y por ende, la proporcionalidad de sus sanciones; tal y como lo hizo notar el profesor Zaffaroni en su conferencia sobre *El derecho penal del Enemigo*, dictada en la Universidad de Congreso, Mendoza, el día 19 de Agosto de 2005, al afirmar:

El poder planetario está fabricando enemigos en serie, los enemigos se gastan rápido de modo que se fabrican otros. Satán y las brujas duraron como 300 años, el comunismo internacional duró bastante menos, y a partir de la caída del muro de Berlín los enemigos ya no se fabrican fotográficamente, van casi, produciéndose por semanas. Por mucho que se

---

<sup>148</sup> Artículo 4 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de noviembre de 1996.

vista de jurídica la cuestión del derecho penal del enemigo, no se escapa que hay en el fondo una pregunta de ciencia política. En este momento, las decisiones estructurales no pasan por la política, casi se toman directamente por protagonistas del poder económico, así el ámbito de la política se va reduciendo y en este sentido se reduce el ámbito de la negociación”. Agrega el Maestro “penalistas impresionados por hechos de cierta brutalidad ha habido muchos, y lo que caracteriza fundamentalmente la propuesta de Jakobs es su extrema sinceridad (de buena fe), que ha desatado una suerte de escándalo en el mundo jurídico. En todas las épocas en el Derecho Penal se ha tratado de eliminar a los delincuentes que cometían delitos muy graves... Esto es algo que transita toda la historia del Derecho Penal. Y en definitiva, nada muy diferente es lo que nos propone Günther Jakobs (...).<sup>149</sup>

Si bien es cierto, esta teoría se gestó desde 1985 consideramos como mayor aceptación académica desde los atentados del 11 de septiembre, ya que a partir de ese momento la vida moderna cambió, afectando de manera drástica el *establishment*<sup>150</sup> del derecho penal.

Un ejemplo típico de la aplicación de la teoría del derecho penal del enemigo es el caso de los presos en Guantánamo. Al referirse a este caso un político norteamericano, señaló, que a esos presos no se les podía otorgar garantías procesales, por el simple hecho de que ellos no estaban siendo procesados. Tampoco se les puede tratar conforme las Reglas mínimas para el

---

<sup>149</sup> Zaffaroni Eugenio, Raúl, *cit. post.* Parma, Carlos, *El espejo del derecho penal...*, *cit.*, pp. 62-63.

<sup>150</sup> El concepto de *establishment* se utiliza para señalar el Conjunto de personas, instituciones o entidades influyentes en la sociedad o en un campo del saber, que procuran mantener y controlar el orden establecido.

tratamiento de los reclusos, conocidas como Reglas de Beijing, porque no han sido condenados. No se les puede aplicar la Convención de Ginebra porque no son prisioneros de guerra. Su verdadera naturaleza es la de *enemigos del Estado*.

Sin embargo afirmamos que no hay nada nuevo en los postulados de Jakobs, pues como se ha dicho con anterioridad, diversos teóricos han manejado el concepto de *enemigo*, por ejemplo Rousseau en su capítulo V escribió:

(...), todo malhechor, atacando el derecho social, conviértase por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes, y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la de él; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicar la pena de muerte al criminal, la patria lo hace más como a enemigo que como a ciudadano. El proceso y el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que haya violado el contrato social y, por consiguiente, que ha dejado de ser miembro del Estado. Ahora bien; reconocido como tal debe ser suprimido por medio del destierro como infractor del pacto, o con la muerte como enemigo público, porque tal enemigo no es persona moral, sino un hombre, y en ese caso el derecho de guerra establece matar al vencido.<sup>151</sup>

Por otra parte, Thomas Hobbes en su famosa obra *El leviatán*, al tratar de justificar las penas impuestas por el poder estatal señaló:

El derecho que el Estado tiene para castigar, no está fundado en ninguna concesión o donación de los súbditos. Pero ya he mostrado anteriormente que antes de la institución del Estado, cada hombre tiene un derecho a todas las cosas, y a hacer lo que considera necesario para su propia

---

<sup>151</sup> Rousseau Jacobo, Juan, *El contrato social o principios de derecho político*, Estudio preliminar de Moreno Daniel, 15ª. ed., México, Porrúa, 2006, p. 24.

conservación, sojuzgando, dañando o matando a un hombre cualquiera para lograrlo. En esto estriba el fundamento del derecho de castigar que es ejercido en cada Estado. En efecto, los súbditos no dan al soberano este derecho, sino que, solamente, al despojarse de sus derechos, le robustecen para que use su propio derecho como le parezca adecuado para la conservación de todos ellos.<sup>152</sup>

Es decir, según Hobbes cuando los súbditos cometen actos en contra del Estado, pierden su calidad de súbditos y se convierten en enemigos y el daño que se aplica a los súbditos rebelados se hace por razón de guerra, y no por vía de castigo.<sup>153</sup>

Sobre el tópico, el filósofo inglés continúa diciendo:

(...), si un súbdito, de hecho o de palabra, con conocimiento y deliberadamente, niega la autoridad del representante del Estado (cualquiera que sea la penalidad que antes ha sido establecida para la traición), puede legalmente hacersele sufrir cualquier daño que el representante quiera, ya que al rechazar la condición de súbdito, rechaza la pena que ha sido establecida por la ley, y, por consiguiente, padece ese daño como enemigo del Estado...<sup>154</sup>

Al analizar el anterior párrafo, podemos deducir en primer lugar, que a los enemigos se les puede imponerse legítimamente cualquier pena inhumana, aberrante, irracional, desproporcional, etcétera, y en segundo término que las penas establecidas en la ley no se pueden modificar para los súbditos, pero si

---

<sup>152</sup> Hobbes, Thomas, El leviatán, p. 127, Consultado el 20 de junio del 2016, a las 6:58 p.m., versión en línea: <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/749.pdf>

<sup>153</sup> *Cfr. Idem.*

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 128.

para los enemigos, encontrando desde nuestra postura un claro antecedente filosófico de los postulados políticos de Jakobs.

Según profesor de la universidad de Bonn, el enemigo al no ser considerado persona debe ser juzgado con un derecho penal diferente al aplicable al ciudadano, empero, si el enemigo no es persona ¿cómo se le puede imputar un delito?

En la época del nacionalsocialismo, nos ilustra -Muñoz Conde- también se conceptualizaba a los enemigos de la comunidad a través de órdenes secretas que dictó el propio Hitler a principios de los años cuarenta acompañada por leyes y medidas policiales para la erradicación de los asociales, marginados sociales, delincuentes habituales, alcohólicos, homosexuales, etc.,<sup>155</sup>

La culminación de esta bio-política fue el campo de concentración, a los que se destinaba tanto los impuros raciales (principalmente judíos y gitanos, pero también esclavos polacos, ucranianos y rusos), así como a los que por su forma de vida (mendicidad, vagancia, delincuencia habitual), habían perdido su dignidad como alemanes y no merecían ser tratados como tales. A esta exclusión jurídica le seguía una física de exterminio a los elementos dañinos del pueblo y de la raza.<sup>156</sup>

“La vida de los allí internados (campos de concentración), se caracterizaba desde el punto de vista jurídico como una exclusión, por su consideración como

---

<sup>155</sup> Cfr. Muñoz Conde, Francisco, *Edmundo Mezger y el derecho penal...*, p. 193 y ss.

<sup>156</sup> Muñoz Conde, Francisco, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, homenaje a Núñez Barbero, Ruperto, España, Ediciones Universidad Salamanca, 2007, p. 535.

no persona, como no ciudadano, carente, por tanto, de unos mínimos derechos.”<sup>157</sup>

Edmundo Mezger también apoyo la idea de que coexistieran dos derechos penales, decía el famoso penalista alemán que:

En el futuro abra dos o más derechos penales: Un derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y;

Un derecho penal (completamente diferente para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión... una vez que se realice la inclusión, el derecho especial (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa estar en el nuevo orden; en el radica un nuevo comienzo.<sup>158</sup>

Como bien lo señala -Muñoz Conde-

Entonces se trataba de un régimen totalitario, en el que se daba por sentado que existiera un derecho penal de este tipo para los enemigos y los extraños a la comunidad. Pero una distinción similar es más difícilmente asumible en el Estado de derecho, que por definición, no admite que se pueda distinguir entre ciudadanos y enemigos, (o amigos y enemigos en la clásica distinción del famoso politólogo nazi Carl Schmitt), como sujetos

---

<sup>157</sup> *Idem.*

<sup>158</sup> Mezger, Edmundo, *cit. post.*, Muñoz Conde, Francisco, *Edmundo Mezger y el derecho penal...*, *cit.*, p. 236.

con distintos niveles de respeto y protección jurídica.<sup>159</sup> Los derechos y garantías propias del Estado de derecho son incompatibles, por obvias razones, con este tipo de postulados.

#### **2.4 La problemática que presenta la escala de punibilidad.**

Uno de los aspectos problemático y más importantes que se presenta al momento de conminar los tipos penales (*in abstracto*) es la determinación de la punibilidad, ya que muchas de las veces el legislador no toma en cuenta los principios rectores del derecho penal liberal<sup>160</sup>, lo que da como resultado la creación de normas asimétricas respecto de la pena y el bien jurídico a proteger.

En primer momento consideramos adecuado definir lo que se entiende por punibilidad, punición y pena, al respecto la maestra Griselda Amuchategui refiere:

“Punibilidad es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viola la norma”,<sup>161</sup> por lo que podemos deducir, que la punibilidad es la conminación (que establece el legislador) de la privación o restricción de algún bien a los responsables del delito.

Continúa diciendo nuestra autora; “la punición consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto. Mientras que la pena es la restricción o privación de derechos que se impone al

---

<sup>159</sup> Muñoz Conde, Francisco, *de nuevo sobre el derecho penal del enemigo...*, *cit.*, p. 536.

<sup>160</sup> Principios que se desarrollaran en el capítulo 3, del presente trabajo de investigación.

<sup>161</sup> Amuchategui Requena, Griselda, *Derecho penal*, Colección textos jurídicos universitarios, 2ª ed., México, Oxford, 2000, p. 94.

autor de un delito. Implica un castigo para el delincuente y una protección para la sociedad.”<sup>162</sup>

Ferrajoli señala dos opciones para solucionar tal conflicto, entre las que se encuentra un medio objetivo y otro subjetivo, el primero relacionado la gravedad de la sanción al daño realizado al bien jurídico, y la segunda que relaciona la gravedad de la sanción al grado de culpabilidad.<sup>163</sup>

Dada la complejidad y falibilidad de este procedimiento dio como resultado establecer mínimos y máximo en las penalidades. Siendo esta una buena solución, pues como indica Mezger, “la pena legal es sólo raras veces una pena absoluta, con magnitudes exactamente fijadas”<sup>164</sup> pues al ser un cálculo subjetivo, y no poder llegar a un valor idéntico, es preferible un margen de discrecionalidad, que a pesar de representar también un problema en la instancia judiciales es menos grave que encuadrar en una sola cifra a cada tipo penal.

Por otro lado la maestra Olga Islas, en su definición de punibilidad especifica que “ésta se determina cuantitativamente en razón del valor del bien jurídico tutelado y del ataque a éste, en un intervalo que va de un mínimo a un máximo.”<sup>165</sup>

Aparte de tomar en cuenta la trascendencia del bien jurídico, hay que considerar el tipo de ataque (lesión o puesta en peligro), así como las

---

<sup>162</sup> *Idem.*

<sup>163</sup> *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derechos y razón, teoría del garantismo penal*, traducción de Andrés- Ruiz- Terradillos- Canterero, Madrid, Trotta, 1995, p. 399.

<sup>164</sup> Mezger, Edmundo, *Derecho penal. Parte general*, México, Cárdenas Editor, 1990, p. 359.

<sup>165</sup> Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, México, Trillas, 1882, p. 42.

consideraciones internas del sujeto de culpa o dolo que se señalen en el precepto.

Es de importancia decir, que una vez establecida la relación entre sanción y bien jurídico se debe de evitar caer en contradicciones en el ordenamiento jurídico penal dando mismas penalidades a bienes jurídicos diferentes, como actualmente sucede en la mayoría de los códigos penales de nuestro país.

Verbigracia el delito de homicidio en riña establecido y sancionado en el numeral 129 del código penal para el Distrito Federal establece una penalidad de 4 a 12 años si se trata del provocador y de tres a siete años si se trata del provocado.

Sin embargo el delito de robo a transeúnte con violencia cuando el monto de lo robado excede de setecientas cincuenta veces el salario mínimo (aproximadamente 55 mil pesos) tiene una pena mínima de 8 años y una máxima de 22 años.

Es evidente que el patrimonio es un bien jurídico de menor valor que la vida, por lo que es clara, que existen incoherencias en el ordenamiento jurídico y violación al principio de proporcionalidad. Es plausible la manifestación De La Barreda Solórzano al afirmar que “El Estado al ejercitar el *ius puniendi*, no sólo pierde legitimidad al conminar penalmente conductas que no afectan las condiciones indispensables para la preservación de la coexistencia social, sino también cuando rompe la proporcionalidad entre bien jurídico y punibilidad”.<sup>166</sup>

---

<sup>166</sup> De La Barreda Solórzano, Luis, *Justicia penal y derecho humanos*, México, Porrúa, 1997, p.36.

Otro ejemplo es el caso de Chihuahua<sup>167</sup> donde el delito de abigeato se sanciona con una penalidad mayor al delito de violación, tal y como se puede percibir a continuación;

Artículo 171. A quien por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de cinco a quince años

Artículo 215. Comete el delito de robo de ganado quien se apodera de una o más cabezas de ganado, ajeno total o parcialmente, sin derecho y sin consentimiento de quien legalmente puede disponer de aquéllas.

Artículo 216. El robo de ganado vacuno, caballar o mular, se sancionará conforme a las siguientes reglas

III. Cuando el número de cabezas fuera mayor de diez, se aplicará prisión de seis a quince años y multa de trescientas a quinientas veces el salario.

Por lo que, el principio de proporcionalidad es una obligación impuesta al legislador para realizar una revisión integral de los ordenamientos jurídicos penales y establecer una verdadera racionalidad en la conminación de los tipos penales.

A su vez, sería un momento oportuno para realizar la unificación del ordenamiento penal como sucedió con el Código Nacional de Procedimientos Penales, propuesta que surge en las aulas de la universidad, pues desde los años cuarenta fue idea del Maestro Raúl Carranca y Trujillo, cuestión que fue retomado por distinguidos juristas como Francisco Javier Elola Fernández, así como por el sobresaliente procesalista Niceto Alcalá Zamora y Castillo.

---

<sup>167</sup> Artículos 171, 215 y 216 fracción tercera, del código penal del Estado de Chihuahua, vigente desde el 27 de junio del 2006, última reforma 13 de junio del 2016. .

En la actualidad el Código Penal para la Ciudad de México en su artículo 33 establece una penalidad máxima de 70 años lo cual es irracional y desproporcional para los fines consagrados en el artículo 18 de nuestra carta magna.

## **2.5 Principio de proporcionalidad y Lesividad.**

Terradillos Basoco, nos afirma que el principio de proporcionalidad y lesividad se complementan y superponen con otros principios que encausan el ejercicio del *ius puniendi* estatal, reforzándose recíprocamente y además teniendo presente que los principios constitucionalmente consagrados, no son sólo declaraciones de buenas intenciones; antes bien, obligan a todos los poderes públicos.<sup>168</sup>

Lo que observamos en nuestra realidad es que el sistema jurídico penal viene caracterizado por una irrefrenable tendencia de expansión, en la que ilusamente se considera a este instrumento de control como la llave para resolver todos los pragmas conflictivos que se suscitan en nuestra sociedad.

Otro de los aspectos determinantes en la creación legislativa, es la globalización de mercado, que ha terminado por imponer una estrategia generalizada de política criminal de rígido control, cuando se trata de asegurar la vivencia y funcionalidad de las reglas propias de ese mercado.<sup>169</sup>

---

<sup>168</sup> Cfr. Terradillos Basoco, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad como principios limitadores del poder punitivo, Algunas digresiones a propósito de la última reforma del código penal español*, México D.F., Ubijus, 2011, p. 11.

<sup>169</sup> Cfr. Terradillos Basoco, Juan María, *Globalización, administración, y expansión del derecho penal económico*, en Terradillos Basoco J. M., *estudios sobre el derecho penal de la empresa*, Buenos Aires, Editores del puerto, 2009, p.8.

Concordamos con González Cussac cuando manifiesta que “la tendencia a disminuir o desaparecer los lineamientos políticos del derecho penal liberal puede ser quizá la consecuencia del *clima de miedo* que vive la sociedad debido a la delincuencia y en cuyo nombre se han reducido las garantías y derechos fundamentales propios del derecho penal sustantivo, adjetivo y democrático”.<sup>170</sup>

Aunque este mismo autor posteriormente nos aclara, que el catálogo de las causas de la consolidación involucionista del derecho penal podría ser más amplio, incluyendo, tal como se ha propuesto doctrinalmente, la presión de las grandes corporaciones multinacionales –en defensa de sus intereses- de los sindicatos en constante demanda de intervención penal ante la vulneración o riesgo para los derechos de los trabajadores, de los colectivos ecologistas, feministas y defensores de los derechos humanos, de las asociaciones de consumidores o de las víctimas de delitos terroristas o contra la libertad sexual.<sup>171</sup>

Y nosotros agregaríamos la presión de la sociedad en conjunto cansada principalmente de los delitos patrimoniales, así como toda la presión que ejercen los factores reales de poder en defensa de sus intereses, así como la presión de aquellos individuos poderosos que protegen intereses individuales, sin omitir que muchas veces la presión puede venir del exterior del Estado.

Uno de los aspectos que llama la atención es que de las reformas en materia penal de los últimos años ninguna de ellas tenga naturaleza descriminalizadora o reductora en los mínimos y máximos de punición.

---

<sup>170</sup> González Cussac, José Luis, *La reforma permanente: clima de miedo, pensamiento impecable y derechos mínimos*, en Álvarez García Francisco Javier, y González Cussac, José Luis (director) *comentarios a la reforma penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 39.

<sup>171</sup> *Cfr.* González Cussac, José Luis, *op. cit.*, p. 42.

Al parecer y como lo habíamos advertido en líneas pasadas este fenómeno del aumento progresivo de las penas, del populismo penal y de las soluciones simbólicas no es un acontecimiento aislado exclusivo de nuestro país, pues en España y sólo por mencionar otro país, pasa lo mismo pues González Cussac, advierte que la opción político criminal del legislador español se traduce *en más castigo y más represión*, o lo que es lo mismo un recorte en nuestro sistema de derechos y libertades. Es decir, un incremento de la intervención punitiva, el tránsito de un derecho penal mínimo a un derecho penal máximo; la expansión de conductas prohibidas; las formulaciones típicas con una considerable indeterminación del presupuesto; el aumento de remisiones normativas y de cláusulas pendientes de valoración; el empleo constante de diversas estructuras de adelantamiento de la intervención (delitos de peligro, omisión, imprudencia, formas de autoría, tentativa, actos preparatorios) y en general, de una estrategia legislativa tendiente a configurar tipos penales que faciliten la prueba.<sup>172</sup>

A lo que debemos añadir un notorio incremento de la severidad de las sanciones, que supone un retroceso en materia de garantías sin precedente en el sistema penal constitucional español.

### **2.5.1 Principio de lesividad.**

Por simples motivos expositivos, y debido a su trascendencia el principio de lesividad lo desarrollamos de manera independiente.

Uno de los principios que toman gran relevancia en el derecho penal liberal, es el principio de lesividad, el cual podemos representar como dice Terradillos Basoco “en la vieja máxima *nullum crimen sine iniura*, que establece la exigencia de que una conducta no pueda ser elevada a la categoría de delito, si no lesiona

---

<sup>172</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 40-41.

o pone en peligro probado a un bien jurídico determinado”<sup>173</sup> a lo que agrega Villavicencio Terreros, “la prevención del derecho penal no puede acometer la defensa de todos los bienes jurídicos frente a todos los ataques.”<sup>174</sup>

El correr de la historia nos enseñó que en la post-guerra hubo una oleada doctrinal, por decirlo de alguna forma, que busco reivindicar la intervención mínima del derecho penal, pero en la actualidad, vemos surgir otro movimiento teóricos que influyen en el legislador y que han encontrado en el bien jurídico una justificación para tipificar conductas argumentando la protección de derecho, intereses, o valores y por lo tanto asumir la tutela penal; lo cual desde nuestra visión es incorrecto, pues esto es una interpretación errónea, ya que la función del bien jurídico debe de operar de manera inversa, es decir, regresar a sus orígenes y servir como un principio limitador, ya que de lo contrario estaríamos perdiendo la idea de lesividad material.

En este sentido el sistema penal -como bien advierte Terradillos Basoco-se estaría inclinando hacia modelos de intervención que identifican al bien jurídico a tutelar como mecanismos y funciones –sobre todo económicas- condicionando gravemente la eficacia garantista del principio de lesividad al crear o inventar nuevos bienes que, por su carácter multiforme y por sus difusos contornos no puede fungir como criterio limitador del poder punitivo.<sup>175</sup>

Hemos de hacer notar que en el contexto expansionista del poder punitivo, se han incrementado los tratadistas que critican dicha orientación de política

---

<sup>173</sup> Terradillos Basoco, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad...*, cit. p. 17.

<sup>174</sup> Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal, parte general*, Lima, Grijley, 2009, pp. 95-96.

<sup>175</sup> *Cfr.* Terradillos Basoco, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad...*, cit. p. p. 19.

criminal, donde el derecho penal pierde su naturaleza de *ultima ratio*, banalizando los clásicos criterios limitadores del *ius puniendi*.

Sin embargo este fenómeno expansionista del derecho no se limita a lo que llamamos *derecho penal moderno*, pues Ferrajoli nos enseña que la historia del concepto de delito, desde la ilustración hasta nuestros días “se caracteriza por una ininterrumpida expansión, simultaneo al progresivo desvanecimiento tanto de sus referentes empíricos como de su función garante de los límites o condiciones que pueden justificar la prohibición penal”.<sup>176</sup>

En el mismo sentido se pronuncia Terradillos Basoco, al establecer que “el desvanecimiento de estos referentes externos y el debilitamiento de la función limitadora, reflejan un progresivo aumento y empobrecimiento del principio de lesividad.”<sup>177</sup> Continúa el citado autor diciéndonos:

Para el pensamiento ilustrado el objeto jurídico del delito tenía que ser necesariamente un derecho subjetivo de la persona, y que incluso en el pensamiento de la escuela clásica, el bien jurídico conservaba una base empírica. Sin embargo con Hegel se inició un proceso de abstracción e idealización ético-estatal, que desplazó al referente del objeto jurídico de tutela desde los intereses individuales afectados al interés del Estado y más tarde al interés en la obediencia.<sup>178</sup>

Con base en estas ideas podemos afirmar que el moderno derecho penal ha dado al principio de protección de bienes jurídicos un significado radicalmente

---

<sup>176</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y razón...*, cit., p. 468.

<sup>177</sup> Terradillos Basoco, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad...*, cit. p. 19.

<sup>178</sup> *Idem*.

distinto al que tuvo en el contexto en que surgió, es decir, si nació como una prohibición condicionada de penalización, hoy muchas veces funciona como un mandato de penalización.

La obra más representativa que ha intentado construir dogmática penal sin tomar en consideración al bien jurídico como un criterio limitador del poder punitivo, es la del autor alemán Jakobs, que niega que exista un concepto previo de bien jurídico y le atribuyen únicamente importancia sistemática en la interpretación del derecho.

Según Portilla Contreras, “estas interpretaciones funcionalistas, el bien jurídico termina por identificarse con la norma jurídica y ya no interesa tanto la vida en el delito de homicidio ni la propiedad en el de hurto, sino el interés del Estado en la protección de estos valores.”<sup>179</sup>

Para ejemplificar lo anterior podemos decir que según este sistema, la causación de una muerte no es más que la lesión a un bien; lo que lesiona un bien jurídico- penal, es que la conducta contradice a la norma, en este orden de ideas lo relevante no es el daño que sufre un determinado individuo, sino la defraudación de la expectativa normativa.

Por lo que es claro que desde esta postura se cuestiona la utilidad funcional del principio de lesividad, pues lo esencial en el derecho penal no sería la protección del bien jurídico, sino la protección de la vigencia de las normas y el quebrantamiento de la vigencia de la norma constituiría la esencia de la noción de delito, en la herencia de las aportaciones dogmáticas que, en la década de los 30

---

<sup>179</sup> Portilla Contreras, Guillermo, *El derecho penal como sistema de control social, cit. post.*, Zugaldía Espinar, José Miguel, *Derecho penal, parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 50.

del siglo XX postularon, sobre todo en Alemania, un concepto de delito como lesión de un deber.<sup>180</sup>

La crítica de Jakobs frente al principio de protección de bienes jurídicos, es evidente, pues sostiene que, lo que con razón se pueda calificar como un ataque peligroso a un bien jurídico tiene que ser, según parece, socialmente nocivo, si se intenta definir el estado de integridad de la sociedad por la intangibilidad de los bienes jurídico... En un consecuente desarrollo de este criterio de tomar como punto de partida la protección de bienes jurídicos, habría que combatir penalmente incluso los pensamientos peligrosos de autores potenciales, o más aún, las fuentes de las que surgen estos pensamientos peligrosos... desde luego, cabe guardarse, por sus evidentes efectos secundarios indeseados, de un derecho penal que combata los pensamientos, pero se trata entonces –desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos- de límites externos que se marcan al criterio, incapaz de auto limitarse en ese sentido, de la protección de tales bienes.<sup>181</sup>

Es destacable el contra argumento que emite el profesor Terradillos Basoco al señalar que tiene razón el profesor Jakobs al afirmar que el objetivo de protección de bienes jurídicos, perseguido a ultranza, es decir, sin límites, es incapaz de poner a su vez, un límite a la intervención penal; hasta el punto de que puede llevar a la persecución del pensamiento peligroso, o incluso de sus fuentes. Pero quizá la argumentación no sea totalmente concluyente, ya que toda política criminal que buscara, también a ultranza, cualquier otro objetivo preventivo –

---

<sup>180</sup> Cfr. Alcacer Guirao, Rafael, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, Barcelona, Atelier, 2003, p. 21.

<sup>181</sup> Cfr. Jakobs, Günter, *Fundamentos del derecho penal*, traducción, Cancio Meliá-Peñaranda Ramos, Buenos Aires, Ad-hoc, 1996, pp. 184-185.

incluida la vigencia de la norma- estaría abocada al mismo resultado: esto es, persecución ilimitada de las fuentes más remotas del delito.<sup>182</sup>

Coincidimos con el profesor español, pues es claro que cualquier política criminal o sistema normativo penal que busque conseguir sus objetivos sin ningún tipo de limitación nos llevarían a un terror penal superlativo.

Otro de los aspectos que el profesor Jakobs no toma en cuenta, es que la protección del bien jurídico ha de ser contemplada en su complejidad.

Si bien es cierto, el Estado está obligado a minimizar la presencia del delito porque atenta contra los derechos y libertades de los individuos, no menos cierto es, que la tutela de los bienes jurídicos no puede hacerse arbitrariamente ni sacrificando otros derechos, por ejemplo, los derechos de los imputados. Por tanto –nos aclara Terradillos Basoco- “del juego recíproco de bienes a tutelar surgen criterios de autolimitación del sistema que Jakobs no llega a valorar. Y que desde luego, no se puede detectar en ámbitos ideológicos como los del derecho penal del enemigo, en los que *a priori*, ya se han prescindido de los límites”.<sup>183</sup>

Ya que para el funcionalismo radical, el límite del derecho punitivo proviene de las consideraciones del sujeto por su calidad de ciudadano, titular de un ámbito de autonomía que el Estado está obligado a respetar y sólo concibiendo al sujeto como ciudadano de derecho puede garantizar su autonomía.

Una intervención penal que desconoce estos límites, está tratando al sujeto como enemigo, lo que puede ser ciertamente, útil para la protección de bienes jurídicos, pero a costa de privar al sujeto de una parte de su esfera interna: en palabras de Jakobs “el derecho penal del enemigo optimiza la protección de

---

<sup>182</sup> Cfr. Terradillos Basoco, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad...*, cit. p. 23.

<sup>183</sup> *Idem*.

bienes jurídicos, el derecho penal del ciudadano optimiza las esferas de libertad”<sup>184</sup>, pero como dijimos a un alto costo para determinados sujetos.

Coincidimos con Ferrajoli cuando afirma “que la referencia al bien jurídico es insustituible como criterio de fundamentación y limitación del *ius puniendi*. Máxime, cuando doctrinalmente se ha restaurado su vinculación con situaciones objetivas y con intereses previos a la norma jurídica y cuando se le han devuelto su relevancia crítica y su función axiológica.”<sup>185</sup>

Por otro lado, en la política criminal que últimamente ha prestado mayor atención en las víctimas del delito, desde la que se ha cuestionado la relevancia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos debe comenzar por “la consideración de un determinado bien jurídico que proteger y, por tanto, la consideración de su titular”.<sup>186</sup>

Es acertada la afirmación en la que se establece que “Es cierto que el bien jurídico no suministra un criterio de identificación de los marcos que requieren de tutela penal, ni legitima las sanciones penales. Pero si puede ofrecer criterios negativos de deslegitimación para afirmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carecen de justificación.”

187

---

<sup>184</sup> Jakobs, Günter, *cit. post.*, Terradillos Basoco, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad...*, *cit.* p. 24.

<sup>185</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y razón...*, *cit.*, p. 470.

<sup>186</sup> Moreno Hernández, Moisés, *Política criminal y dogmática de las víctimas, Teorías actuales en el derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 358.

<sup>187</sup> Portilla Contreras, Guillermo, *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, Madrid, Cuadernos de política criminal, 1989, p. 735.

Por lo que la lesión de un bien jurídico constituye así una condición necesaria, aunque no suficiente, para la punición de una conducta o la aplicación de una pena.

Desde esta visión, el principio de lesividad puede cumplir esta función garantizadora, según la cual la tarea del derecho es hacer compatibles entre sí las libertades de cada uno. “Por lo que la intervención penal sólo puede estar justificada si, como mínimo, la proyección externa del sujeto se realiza obstaculizando o impidiendo el ejercicio de derechos de otros. Y eso es lo que refleja esencialmente el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.”<sup>188</sup>

Así considerado el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, se revela como fundamento insustituible de criterios criminalizadores, a los que por otra parte, impone límites de modo inmediato: “el principio del hecho es incompatible con el derecho penal de autor; la externalidad, con la punición de los meros pensamientos; la lesividad, con la exigencia de obediencia o fidelidad; la proporcionalidad, con el derecho penal de bagatela, etcétera.”<sup>189</sup>

Podemos percatarnos que históricamente, este principio ha jugado un papel esencial en la definición del moderno Estado de derecho y en la elaboración cuando menos teórica, de un derecho penal mínimo, al que facilita una fundamentación no teológica o ética, sino laica y jurídica orientándolo hacia la función de defensa de los sujetos débiles por medio de la tutela de sus derechos e intereses fundamentales.<sup>190</sup>

---

<sup>188</sup> Terradillos Basoco, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad...*, cit., p. 29.

<sup>189</sup> *Idem.*

<sup>190</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y razón...*, cit., p. 467.

Ha de hacerse notar, que con base en el bien jurídico, se ha logrado expulsar del ámbito penal conductas como el consumo de drogas, las prácticas homosexuales, el adulterio, entre otras.

Es necesario previo a la creación de la ley penal, establecer la decisión político criminal de lo que debe ser penado y lo que no. Por lo que esto supone buscar un concepto de bien jurídico que no puede depender de la norma.

Zaffaroni se pronuncia diciendo, que la idea de bien jurídico tutelado tiende a espiritualizar el bien jurídico hasta desembocar en un único bien tutelado, que es la voluntad del Estado (de policía), dado que éste termina siendo el único juez de la necesidad e intensidad de la ilusionada tutela. Por ello cabe rechazar la idea de bien jurídico tutelado, que es una inversión extensiva racionalizante del concepto limitativo del bien jurídico afectado (proveniente del racionalismo) y sólo corresponde sostener este último como expresión dogmática del principio de lesividad.<sup>191</sup>

Para dotar con contenido más preciso el concepto de lesividad algunos autores han propuesto la incorporación de criterios materiales a partir de:

*Axiomas axiológicos fundamentales* como el de igualdad y libertad de los que se nutren los modelos constitucionales y democráticos de derecho dirigiendo la amenaza penal sólo frente a las conductas que dificulten gravemente o imposibiliten la participación no discriminante en los procesos de producción y distribución igualitaria de la riqueza producida.<sup>192</sup>

---

<sup>191</sup> Cfr. Zaffaroni Eugenio, Raúl, *et al.*, *Manual de derecho penal, Parte General*, 2ª. ed., tercera reimpresión, Buenos Aires, Ediar, 2009, pp. 111-112.

<sup>192</sup> Terradillos Basoco, Juan María, *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*: Madrid, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1981, pp. 139-140.

Ferrajoli afirma que una vez establecido ese umbral máximo, todavía habrá que identificar criterios que aseguren la vigencia del principio de intervención mínima; o lo que es lo mismo, que decidan en el plano de los bienes jurídicamente relevantes, los casos en que las necesidades preventivas imponen el recurso de la pena. Naturalmente el principio de ofensividad no puede determinar con precisión la naturaleza y la cuantía del daño que hace necesaria, en cada caso, la intervención penal. Pero impone a la ciencia y a la práctica jurídica la carga de tal demostración,<sup>193</sup> lo que ya es importante.

El principio de lesividad junto con otros que desarrollaremos (tales como el de proporcionalidad, legalidad, máxima taxatividad legal e interpretativa, humanidad, trascendencia mínima, buena fe, *pro homine*, principio de acotamiento material en la creación legislativa, limitación máxima de la respuesta contingente, superioridad ética del Estado, de culpabilidad, subsidiaridad, entre algunos otros), nos ofrece criterios para minimizar algunas prohibiciones, así como atenuar algunos castigos, al realizar la valoración de los bienes netamente imprescindibles.

## **2.6 El bien jurídico legalmente definido.**

Identificar legalmente un bien jurídico supone el acotamiento legal de un sector de la realidad previo a la norma que se estima acreedor de una tutela penal, “dicho de otro modo, el proceso de identificación normativa presupone la existencia de un sector de la realidad valorado. Ese objetivo valorado puede alcanzar la categoría de bien jurídico-penal.”<sup>194</sup>

En el funcionalismo radical ocurre lo contrario, ya que en este sistema lo importante es la valoración y estabilidad de la norma, la conducta se torna delictiva

---

<sup>193</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y razón...*, cit., p. 471.

<sup>194</sup> Terradillos Basoco, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad...*, cit., p.

no porque afecte un bien jurídico determinado, sino porque se contrapone en si misma al ordenamiento jurídico.

Hay que tener en cuenta que la concepción de bien jurídico no se reduce a la categoría de objeto físico que sufre deterioro o menoscabo por la conducta del sujeto activo del delito. Por eso se permite la inclusión en las categorías de bienes jurídicos aquellos de naturaleza transpersonalista, pero que son indispensables para la autonomía y desarrollo personal.<sup>195</sup>

Lo que ha de resaltarse, es la idoneidad limitadora del principio de lesividad, que establece el significado jurídico partiendo del dato factico (análisis previo de la realidad social que hace el legislador) y si no existe, entendemos que no se puede establecer la existencia de un delito por el sólo hecho de desestabilizar la norma, pues sin afectación al objeto de valor se estaría exigiendo fidelidad y obediencias sin justificación.

Como bien nos enseña Terradillos Basoco Juan, “En el plano aplicativo, la exigencia de identificación de un bien jurídico legalmente definido tiene una enorme trascendencia: la negación de tipicidad de las conductas formalmente subsumibles en la fórmula legal, pero que ni lesionan ni ponen en peligro el interés tutelado.”<sup>196</sup>

Lo que a su vez da pauta a realizar un análisis de los delitos de resultado meramente formal, o de los que no ponen en peligro concreto al bien jurídico para determinar que conductas deben desaparecer del catálogo de los delitos.

---

<sup>195</sup> *Cfr. Ibidem*, p. 33.

<sup>196</sup> *Idem*.

## 2.7 Proporcionalidad como límite.

Como ya mencionamos con antelación, este principio representa uno de los pilares para regular el cuánto de la pena, es decir, se relaciona directamente con un aspecto cuantitativo.

Algunos autores consideran al principio de proporcionalidad, como equivalente a la prohibición de exceso y ha sido objeto de apelación constante cuando se ha tratado de valorar la admisibilidad de las sanciones o su dimensión cuantitativa.

En primer lugar sirve para poner veto a castigos desproporcionados, desde una consideración comparativa. En este plano, “la proporcionalidad garantiza, sobre todo coherencia interna,”<sup>197</sup> lo que no siempre se logra en el sistema jurídico. Confrontando la contundencia sancionatoria de las diversas normas, se pueden corregir las respuestas punitivas abiertamente lejanas entre sí.

Un nivel superior de la proporcionalidad lo representa su entendimiento en sentido estricto, como juicio interno que coteja costes y beneficios globales. Así concebida, la proporcionalidad alcanza relevancia mayor, pues el juicio global interno de proporcionalidad garantiza la correlación entre pena y lesividad del comportamiento.<sup>198</sup>

Pero no se trata sólo del balance costes y beneficios que cada norma comporta: sino de poder “calibrar la medida en términos de utilidad para la libertad, y para apreciar su razonabilidad en este sentido, habrá de procederse a su comparación con otras medidas alternativas y sopesar si con una medida de

---

<sup>197</sup> Terradillos Basoco, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad...*, cit., p. 47.

<sup>198</sup> Cfr. Lascurain Sánchez, Juan Antonio, *La proporcionalidad de la norma penal, cuadernos de derecho público*, México, 1998, pp. 169-174.

menor intensidad coactiva, con menos gasto de libertad, podemos alcanzar metas similares a las que la norma cuestionada se propone”.<sup>199</sup>

Según - Terradillos Basoco – esa es la perspectiva adoptada por el tribunal constitucional español, que ha vinculado el principio de proporcionalidad al de necesidad de la pena. Con criterios restrictivos (coincidentes, por otra parte, con los manejados por el tribunal constitucional alemán) el tribunal español, en dos importantes sentencias (161/1997 y 136/1999) vino afirmar su recortada competencia -para no interferir en esferas propias del poder legislativo- limitándose a señalar que procede considerar innecesaria a la sanción penal sólo cuando el razonamiento lógico o datos empíricos no controvertidos acrediten que el ordenamiento cuenta con medios alternativos y menos aflictivos para lograr los objetivos deseados.<sup>200</sup>

Hirsch por su parte nos propone que en la búsqueda de criterios garantistas, se prescindiera del criterio de lesividad acudiendo precisamente al principio de proporcionalidad.<sup>201</sup>

Hirsch afirma que no existe un bien jurídico previo al derecho, la búsqueda de una limitación *a priori* del derecho penal se debe de hacer con la vista puesta en un criterio distinto... si bien se debe de mantener la atención, en el daño social, la mirada debe ser dirigida a la escala de los medios estatales de regulación e

---

<sup>199</sup> Lascurain Sánchez, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 162.

<sup>200</sup> *Cfr.* Terradillos Basoco, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad...*, *cit.*, p. 48.

<sup>201</sup> *Cfr.* Hans Joachim, Hirsch, *Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico*, traducido en *moderna tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001. pp. 377-378.

intervención. La legitimación de la pena no proviene de objetos preexistentes, sino que de la legitimación de la pena provienen los objetos por ella protegidos... Por consiguiente, la legitimación de la pena presupone el principio de proporcionalidad y como partes de, a los principios de subsidiaridad y de *última ratio*.<sup>202</sup>

En la propuesta de Hirsch se buscan criterios y principios garantistas a partir de la idea de proporcionalidad. Pero según el profesor Terradillos Basoco, es una idea limitada ya que nos afirma que “proporción, subsidiaridad, *ultima ratio*, no son sino conceptos de alcance técnico conservador cuando son considerados desde el interior del sistema. Pueden empezar a suponer una garantía sólo cuando se les confronta con elementos trascendentes al sistema; cuando se pretende responder a la pregunta de ¿proporcional a qué?, ¿necesario para qué?”.<sup>203</sup>

Desde nuestra postura, estos criterios limitadores o informadores del derecho penal si pueden servir como garantías desde el interior del sistema, pues son los que van a establecer los lineamientos en la creación de todo el saber jurídico, para ser aplicado por los operadores y funcionan como reductores del poder punitivo.

En un sentido similar Zaffaroni establece:

Con el método jurídico se construye el sistema del derecho penal (el saber penal se expresa en forma de sistema) para ser aplicado por la agencia jurídica con ciertos objetivos políticos como acotar y reducir el poder punitivo. Por eso, la coherencia interna del sistema (su no contradicción) es un requisito de racionalidad (regla metodológica) necesario pero no

---

<sup>202</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>203</sup> Terradillos Basoco, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad...*, cit., pp. 48-49.

suficiente, pues la verificación de la corrección del sistema no dependerá sólo de que no sea contradictorio. Por muy coherente que sea, no será válido si contradice los principios limitadores que le impone la previa decisión política sobre la función que el sistema debe cumplir.<sup>204</sup>

Regresando al maestro Terradillos Basoco, nos dice que si se parte del axioma de que la pena es legítima, se está evitando responder precisamente a la cuestión básica: pena legítima ¿por qué?, -según el profesor- sólo cabe una respuesta: porque protege, en la escasa medida que se quiera, bienes cuya valoración social positiva es previa a la norma penalizadora. Por lo que se pronuncia nuevamente en contra de la opinión de Hirsch diciendo, el valor de los objetos no nace del hecho de que la norma los proteja; sino que es el valor de los objetos protegidos el que legitima a la norma penal. Concluyendo por tanto, que es procedente la tesis conciliadora de los principios de lesividad y proporcionalidad, en las que proporcionalidad significa adecuación valorativa entre la entidad del bien jurídico afectado y la entidad del ataque, por un lado y respuesta penal por otro.<sup>205</sup>

Consideramos le asiste la razón al jurista español, pues no encontramos razón suficiente para que no puedan conciliar estos dos principios, y que operen de manera conjunta.

Es claro que para realizar esta ponderación entre daño causado y respuesta estatal se requiere previamente un análisis de la importancia del bien jurídico del que se trate. “Pues un programa de derecho penal mínimo debe partir, de la selección de lo penalmente tutelable, realizada desde fuera del sistema

---

<sup>204</sup> Zaffaroni Eugenio, Raúl, *et al.*, *Manual de derecho penal...*, *cit.*, p 95.

<sup>205</sup> *Cfr.* Terradillos Basoco, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad...*, *cit.*, p. 49.

penal. Sólo con ese arranque puede construirse un sistema proporcional<sup>206</sup> y racional.

La hipótesis –según Ferrajoli- de la que debemos partir es:

Ningún bien justifica una protección penal -en lugar de una medida menos gravosa, como de carácter civil o administrativa- si su valor no es mayor que el de los bienes que se verán afectados por la imposición de una pena. Y si bien es cierto que esta comparación no es posible en sentido estricto, sino sólo a través de juicios de valor, no menos cierto es que no le impide actuar eficazmente frente a las crisis inflacionarias que hoy aflige al sistema penal.<sup>207</sup>

La realización de estos juicios valorativos, dan la oportunidad de tutelar bienes fundamentales que actualmente merecen una mayor protección penal, sin embargo, el principio de lesividad actuara en mayor medida como parámetro para eliminar muchos tipos penales innecesarios o injustificados, pero no debemos soslayar que la proporcionalidad de las penas opera en ambos sentidos.

Es claro que la proporcionalidad no puede desplegar sus efectos sólo para reducir el *quantum* de la pena. También en algunos casos obliga a aumentar la consecuencia penal.

No tanto para establecer esa adecuación en términos de equivalencia – entre el presupuesto y su sanción- sino en términos de necesidad: sería proporcionada la sanción que cause el mal mínimo posible. Este mal mínimo posible sólo puede establecerse a partir de su necesidad. Es el mal mínimo imprescindible para lograr los objetivos preventivos: de ahí la

---

<sup>206</sup> *Idem.*

<sup>207</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y razón...*, *cit.*, p. 472.

importancia de analizar el principio de proporcionalidad no sólo como límite.<sup>208</sup>

Por lo que el principio de proporcional sirve para poner límites a los excesos punitivos, pero además agrega -Villavicencio Terreros- “jerarquiza las lesiones y establece un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas relacionadas a cada conflicto criminalizado”.<sup>209</sup>

Resulta necesario establecer entonces, la relación entre la cuantificación de la sanción con la lesividad de la conducta a castigar, es decir, con el daño social que produce debido a la trascendencia de los bienes jurídicos afectados por el injusto penal.

## **2.8 Ciencia de la legislación, la creación de las normas penales.**

Como ya referimos en líneas que anteceden, un aspecto descuidado y que se ha de tratar, es el concerniente a la técnica del legislador al momento de crear los tipos penales y establecer las sanciones, por lo que tendremos que analizaremos brevemente la ciencia de la legislación.

La ciencia de la legislación se ocupa del proceso de producción de las leyes y de las normas en general. Su objeto de estudio es la legislación como actividad, como instrumento de regulación de las relaciones sociales y no ya la ley como elemento intangible. Así no estudiará la interpretación y aplicación de los textos legales, sino su elaboración. Tiene como propósito

---

<sup>208</sup> Terradillos Basoco, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad...*, *cit.*, p. 50.

<sup>209</sup> Villavicencio Terreros, Felipe, *op. cit.*, p. 117.

analizar la forma y el contenido de las normas jurídicas, con el objetivo de facilitar los criterios y directrices que permitan una legislación racional.<sup>210</sup>

En el caso de México, el poder legislativo, encarnado en la figura del Congreso General, es el órgano responsable, a través del procedimiento legislativo, de producir las normas que *deberán expresar la voluntad del pueblo*.

El procedimiento legislativo en nuestro país consta de siete etapas, las cuales son: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, promulgación, publicación e iniciación de vigencia, este procedimiento se encuentra previsto en la propia constitución.<sup>211</sup> Sin embargo, en materia penal, cada entidad federativa tiene facultad de expedir sus propias leyes penales, con excepción de las materias señaladas en el numeral 73 fracción XXI de nuestra ley suprema<sup>212</sup>, materias que se encuentran reservadas para el Congreso de la Unión.

La técnica legislativa, destinada a regular el procedimiento de normas, ha de analizar cuáles son los medios idóneos para alcanzar o maximizar unos fines que la regulación debe buscar. Es decir, la técnica legislativa se plantea como

---

<sup>210</sup> Valarezo Tenorio, Miguel, *et al.*, *Proporcionalidad entre penas y delitos: necesidad de la utilización de métodos técnicos por parte del legislador para la predeterminación de las penas*, Revista electrónica Ámbito Jurídico, p. única. Consultado el 30 de agosto del 2016, a las 9:16 p.m., versión en línea: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=9596&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura#\\_ftnref5](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=9596&n_link=revista_artigos_leitura#_ftnref5)

<sup>211</sup> *Cfr.* Artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917.

<sup>212</sup> Verbigracia; Las leyes generales en materias de secuestro y trata de personas, que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones y La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

objetivo la optimización de la producción de las leyes, mientras que la teoría de la legislación da la explicación del fenómeno desde una perspectiva general.<sup>213</sup>

El estudio de la Ciencia de la Legislación comprende un aspecto dinámico y un aspecto estático. El elemento estático es el producto final, a saber, el texto normativo, de nivel constitucional, legal, reglamentario, etc. El elemento dinámico, por el contrario, es el proceso de creación y de elaboración de la legislación, así como su puesta en práctica. La metódica de la legislación pone el acento sobre este último aspecto. Subraya sobretodo la naturaleza dinámica del fenómeno normativo, y busca tener en cuenta lo que pasa antes y después de la adopción de los actos normativos.<sup>214</sup>

Se puede afirmar que en el rol legislativo hay dos tareas bien distintas que pueden ser diferenciadas: la técnica y la política. Mientras que los problemas técnicos afectan a cuestiones lingüísticas (ambigüedad y vaguedad del lenguaje jurídico), así como lógicas o conceptuales (contradicciones, lagunas, redundancias en el sistema normativo, cuestiones sobre la derogación, etc.); los problemas políticos son de carácter axiológico, ya que se trata de confrontar y ponderar los intereses sociales en juego, y dar preferencia a unos sobre otros en función de determinada escala valorativa (lo cual supone una opción política). Los problemas técnicos son analizados por la disciplina de la técnica legislativa; mientras que los problemas políticos, por la metódica legislativa.<sup>215</sup>

No cabe duda que la teoría y técnica de la legislación, en su doble dimensión teórica y práctica, sea uno de los temas olvidados por la teoría y la

---

<sup>213</sup> Valarezo Tenorio, Miguel, *et al.*, *op cit.*, p. única.

<sup>214</sup> *Idem.*

<sup>215</sup> *Cfr.* Galiana Suara, Ángeles, *La legislación en el Estado de derecho*, Madrid, Dickinson, 2003, pp. 11-12.

filosofía del derecho, a consecuencia quizá de la incomunicación que se observa entre la ciencia de la legislación y la ciencia de la jurisprudencia.

No hace falta ser muy perspicaz para darnos cuenta, que durante largo tiempo rompiendo con la concepción actual diacrónica y sincrónica del derecho como un proceso y un continuum, se ha prestado mucha más atención a los procesos de interpretación y aplicación, que al proceso de creación del derecho hasta tal punto que el análisis de la función y límites de la creación legislativa del derecho ha sido, prácticamente eliminado de la atención a la figura del Legislador, y ha erigido una clara extralimitación al juez en el nuevo señor del derecho.<sup>216</sup>

Desde nuestro punto de vista, no es una equivocación que se le den mayores facultades a los órganos jurisdiccionales para controlar, en cierta medida, las facultades del legislador, pues en la realidad sabes que la mayoría de las veces estos no son peritos en derecho, y el producto legislativo puede contradecir otra norma de mayor jerarquía, así como dejar lagunas o antinomias en el sistema jurídico.

### **2.8.1 La predeterminación de la pena como problema de la ciencia de la legislación.**

Los estudiosos del derecho penal, entre ellos Luigi Ferrajoli, lamentan que exista escasa literatura sobre la predeterminación legislativa respecto de la calidad y cantidad de la pena.<sup>217</sup>

---

<sup>216</sup> Vidal Gil, Ernesto, *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencias españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, Valencia, Universidad de Valencia, 1998, p. 88.

<sup>217</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 398-399.

Y es de admirarse este hecho porque su abandono ha sido tal que la actual cultura penalista equívocamente ha venido confundiendo el tratado general de la pena con los tres sub problemas de la justificación como son: el de la predeterminación por parte del legislador del tipo y de la medida mínima y máxima de la pena para cada tipo de delito; el de la determinación por parte del juez de la naturaleza y medida de la pena para cada delito concreto; y, el de la post determinación, en la fase ejecutiva, de la duración de la pena efectivamente sufrida.

Como vemos, los tres problemas tienen sus instituciones y finalidades diferentes, cada una dedicada a resolver cuestionamientos profundos desde sus distintas perspectivas, una centrada netamente en el ámbito legislativo, la otra estrictamente en el ámbito jurisdiccional y la última propiamente de la esfera ejecutiva. Esta confusión no sólo ha permitido que se concentren los estudios en la fase de determinación por parte del juez - aunque también es escasa su literatura- sino que existe un abandono casi total del punto de vista externo de la ciencia de la legislación y además ha permitido que esta tenga una actitud acrítica y contemplativa en el derecho vigente.<sup>218</sup>

Por lo que es necesario, resaltar la trascendencia que tiene la técnica y metodología de la creación de la ley, principalmente por la repercusión que tiene en la realidad social, para poder retomar y profundizar en su estudio.

La finalidad de la técnica legislativa es según Colmo "...establecer los principios relativos a la elaboración de los códigos y leyes, desde su preparación y confección hasta su sanción por los poderes correspondientes".<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> Valarezo Tenorio, Miguel, *et al.*, *op. cit.*, p. única.

<sup>219</sup> Colmo, Alfredo, *Técnica legislativa del Código Civil argentino*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1961, p. 366.

Según María Ossandón, la optimización en la redacción de las normas que pretende la técnica legislativa no se reduce a un análisis exclusivamente técnico-formal, sino que ha de considerar la materia a regular, el contenido específico de la norma, el cumplimiento de sus fines, el respeto de los valores que la informan y, en términos generales, el contenido político propio de toda decisión legislativa.<sup>220</sup>

La técnica legislativa penal depende esencialmente la de función de garantía de la ley penal, ya que el legislador debe redactar en forma general la norma y lo conseguirá describiendo los factores típicos de cada grupo de casos. Además debe dar un significado unívoco y preciso al tipo penal de tal forma que al realizar la subsunción exista certidumbre, para esto debe hacer uso del principio de determinación del supuesto de hecho (tipo penal), todo esto dado que la ley penal es la única base de incriminación de comportamientos y de imposición de sanciones, en consecuencia la fuente principal del derecho penal es la ley.<sup>221</sup>

Consideramos que en la técnica de legislación penal, viene inmerso el principio de máxima taxatividad legal, que constriñe al legislador en ser lo más preciso posible al momento de redactar los tipos penales.

Según Roxin al legislador le está prohibido al momento de crear leyes penales lo siguiente: la prohibición de retroactividad y la prohibición de ley penales indeterminadas o imprecisas.<sup>222</sup>

---

<sup>220</sup> Cfr. Ossandón Widow, María Magdalena, *Los elementos descriptivos como técnica legislativa. Consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza*, Vol. 22, Valdivia, Revista de derecho, 2009, pp. 159-183.

<sup>221</sup> Valarezo Tenorio, Miguel, *et al.*, *op. cit.*, p. única.

<sup>222</sup> Cfr. Roxin, Claus, *Tratado de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, Civitas, 1997, p. 140.

“Los dos integrantes de la norma jurídico penal son el tipo y la punibilidad. La descriptividad en la especificación de las conductas típicas permite una mejor delimitación de la gravedad de las conductas proscritas.”<sup>223</sup>

Barreda Solórzano, dice que “para la formulación de la punibilidad el legislador tiene que tomar en cuenta la lesión (consumación) o puesta en peligro (tentativa) del bien jurídico, la clase de personalidad del sujeto activo, punto crítico entre intervalos para evitar la contradicción entre estos.”<sup>224</sup>

Circunstancia de la que no coincidimos completamente, ya que consideramos que tomar en cuenta la personalidad del sujeto activo sería tomar en cuenta criterios del modelo del derecho penal de actor, cuando en nuestro sistema penal rige el paradigma del derecho penal de acto tal y como lo han reiterado en jurisprudencia nuestro máximo tribunal.

Según nuestro autor, los criterios utilizados anteriormente “se consolidan por el grado de afectación del bien jurídico protegido, la determinación cualitativa por la clase del bien jurídico tutelado, determinación cuantitativa por la magnitud del bien jurídico tutelado y del ataque a este.”<sup>225</sup>

Por su parte Prieto Sanchís, en su teoría del bien jurídico ponderado, propone que las penas no sólo afecten los derechos fundamentales sino que ayudan al desarrollo de los derechos. Al decir esto, ayuda a determinar una carga argumentativa que le permita al legislador establecer las penas. La exigencia de

---

<sup>223</sup> Ossandón Widow, María Magdalena, *La formulación de los tipos penales, Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Santiago, Jurídica Chile, 2009, p. 472.

<sup>224</sup> Barreda Solórzano, Luis, *Punibilidad, punición y pena de los sustitutivos penales*, en Memoria del primer congreso mexicano de Derecho Penal, México, UNAM, 1981, p. 75.

<sup>225</sup> Barreda Solórzano, Luis, *Justicia Penal...*, cit., p. 79.

justificación por medio de la ponderación es una carga que pesa sobre el legislador penal, empero, para poder comprender esta labor tenemos que determinar previamente que bienes son susceptibles de protección jurídico penal.

226

### **2.8.2 La Racionalidad como técnica legislativa penal.**

Podemos percatarnos de la importancia que adquiere el legislador al momento de crear una ley penal, dado que este va a encaminar el comportamiento social por una determinada senda. En forma general Reyes Rodríguez nos señala la importancia del trabajo legislativo al decir:

*...la manera en que se conducirán las relaciones; la discrecionalidad de las autoridades; la participación de los ciudadanos; la distribución de los recursos; la asignación de los derechos de propiedad; la certidumbre de las transacciones económicas y la capacidad para predecir tanto acciones futuras como el cumplimiento de mecanismos para ejecutar las obligaciones jurídicas, depende de quienes formulen las leyes.<sup>227</sup>*

Para eliminar las ambigüedades, antinomias, lagunas, contradicciones, etcétera, al momento de crear una ley, consideramos idóneo la aplicación del método de la racionalidad como una alternativa plausible para que el legislador tenga un camino para establecer sus criterios.

---

<sup>226</sup> Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 268.

<sup>227</sup> Reyes Rodríguez, Mondragón, *El proceso de producción legislativa, un procedimiento de diseño institucional*, en *Elementos de Técnica Legislativa*, Coordinadores Miguel Carbonell, y Susana Pedroza, México, UNAM, 2000, p. 82.

Según Díez Ripollés, “la racionalidad es la capacidad para elaborar una decisión legislativa atendiendo a los datos relevantes de la realidad social y jurídica sobre los que aquella incide.”<sup>228</sup>

Consideramos que el legislador tendrá que utilizar la teoría del bien jurídico ponderado y reflexionar, tipo por tipo, la relación que existe entre el bien jurídico constitucionalmente protegido, el tipo penal y la potencial restricción del derecho a la libertad. A continuación se tiene que utilizar los parámetros del principio de lesividad, (sólo se persiguen hechos que afecten a un bien jurídico) y el de proporcionalidad: a mayor restricción de la libertad mayor importancia del bien jurídico lesionado.<sup>229</sup>

“Ponderado el bien jurídico el legislador tendrá que a su vez racionalizar la gravedad del delito, es decir el grado de la ofensa, el desvalor de la acción, la trascendencia social del hecho, el grado de ejecución y las formas de participación.”<sup>230</sup> Todo esto tomando en cuenta la necesidad de tutela y los fines que se persigue con la pena a implantarse.

Consideramos adecuados los parámetros racionales que propone Manuel Atienza, en sus cinco niveles que son; la racionalidad lingüística, sistémica, pragmática, teleológica, y ética.<sup>231</sup>

Tomando estos niveles de racionalidad el Dr. Miguel Valareso los expone como parámetros para ser utilizados por el legislador al momento de crear las leyes penales, en los siguientes términos:

---

<sup>228</sup> Díez Ripollés, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 86.

<sup>229</sup> *Cfr.* Prieto Sanchís, Luis *op. cit.*, pp. 261-298.

<sup>230</sup> Aguado Correa, Teresa, *El principio de proporcionalidad*, Madrid, Trotta, 2005, p. 286.

<sup>231</sup> *Cfr.* Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría...*, *cit.*, pp. 93-94.

Primer nivel: La racionalidad lingüística. La pena que establezca el legislador debe crear un impacto en el ciudadano, de tal forma que le permita receptor el mensaje de coercitividad expresado en una cantidad idónea, produciendo esto en el ciudadano cierto temor. El objetivo es que no se fracase en el acto comunicativo de la pena.

Segundo nivel: La racionalidad sistemática. La pena impuesta a un delito debe ajustarse al ordenamiento regido por parámetros valorativos propios de un sistema constitucional y garantista.

Tercer nivel: La racionalidad pragmática. Al momento de establecer la pena el legislador debe ver que esta sea efectiva de tal forma que influya en el comportamiento humano. Es decir la pena debe ser la adecuada y necesaria que permita la aceptación por parte del ciudadano, dado que esta al ser cumplida logra con los objetivos planteados.

Cuarto nivel: La racionalidad teleológica. En este momento el legislador debe establecer la finalidad de la pena cualitativa y cuantitativamente para un delito concreto. Es decir describir los objetivos, fines y metas de una pena particular para un delito concreto. De tal forma que la pena produzcan los efectos que se desean.

Quinto nivel: La racionalidad ética. En este nivel el legislador deberá argumentar porqué del establecimiento de una pena determinada para tal o cual delito. Lo anterior debe permitir que la pena creada sea legítima y justa. Se debe justificar la pena en valores superiores de tal forma que tenga legitimación ética, que prescriba comportamientos justos y que persiga fines legítimos. Esto permitirá desechar o justificar cualquier cosa para salvaguardar el bien jurídico protegido. Lo que se quiere es proteger a la sociedad a través del principio de seguridad jurídica, principio de mínima intervención. Además permitirá proteger las necesidades de la convivencia social externa (principio de lesividad) como la reserva del derecho penal

para prevenir conductas gravemente perjudiciales (principio de fragmentariedad).<sup>232</sup>

## **TERCER CAPÍTULO.**

### **3 LOS PRINCIPIOS INFORMADORES Y LIMITADORES DEL PODER PUNITIVO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE TODO SISTEMA JURÍDICO PENAL.**

En el presente capítulo se busca realizar un esbozo de los principios informadores y limitadores del poder punitivo, que a su vez, establecen las bases de todo sistema de derecho penal que busque respetar en la medida de lo mínimo posible los derechos fundamentales de sus gobernados, base ideológica, teórica y filosófica de todo Estado democrático y constitucional de derecho.

Es oportuno establecer el sentido en el que usaremos el vocablo principios por lo que para ejemplificar transcribimos algunas ideas de maestro Manuel Atienza, -citando a Dworkin- en las que señala, que en la actualidad existe una tendencia en la teoría del derecho contemporánea que sostiene que un sistema de derecho positivo no está integrado únicamente por normas y definiciones, sino también por principios (criterios de maximización), o enunciados que establecen objetivos, metas, propósitos sociales, económicos, políticos y exigencias de justicia, equidad y moral positivas, es decir, existen ciertas directrices, que constituyen en sentido estricto los principios. Estos enunciados no serían propiamente normas, en la medida en que no están determinadas con precisión las condiciones de su aplicación, pero juegan un papel importante a la hora de establecer, por vía interpretativa el significado de las normas del sistema.<sup>233</sup>

---

<sup>232</sup> Valarezo Tenorio, Miguel, *et al.*, *op cit.*, p. única.

<sup>233</sup> Dworkin, Ronald, *cit. post.*, *Cfr.* Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 1-19.

En varias ocasiones Zaffaroni, ha hecho énfasis de que a través de la historia se ha utilizado el poder punitivo como un instrumento al servicio de los sujetos que están en las altas esferas del poder, cuando uno se acerca a los acontecimientos históricos del derecho penal, uno se aproxima al mundo de los crímenes horrendos de las peores crueldades humanas, pero la mayoría de las veces producidos por aquellos que en un determinado momento histórico detentaban el poder o mandato de un Estado,<sup>234</sup> solo para efecto de ejemplificar, mencionaremos algunos acontecimientos que servirán de base para nuestro anterior argumento:

La inquisición europea y española, de la cual muchos indígenas de nuestro país vivieron en carne viva las crueldades de esta institución, la Gestapo (policía secreta del estado NAZI), la KGB soviética, las policías de todas las dictaduras del mundo incluyendo por supuesto las de seguridad nacional de los países latinoamericanos en los años setentas, los ejércitos degradados a policías políticas y sociales, las policías corruptas por los políticos y las asociaciones criminales, las mafias asociadas a políticos y policías y los escuadrones de la muerte como el caso del grupo Olimpia quien fueron los encargados de ejecutar la represión en la plaza de las tres culturas en México D. F. el dos de octubre. Estos gobiernos mataron a muchas más personas que todos los homicidas individuales del mundo y lo han hecho con mucha mayor crueldad; violaron y secuestraron en escala masiva, tomaron como botín incontables propiedades, extorsionaron, torturaron, y establecieron políticas económicas que devaluaron sin piedad los ahorros de pueblos enteros, han amenazado y matado testigos, fusilado a múltiples ladronzuelos sin proceso alguno y han aterrorizado a muchas

---

<sup>234</sup> Cfr. Zaffaroni Eugenio, Raúl, *et. al.*, *Manual de derecho penal...*, *cit.*, pp. 1-2.

poblaciones. Y casi todo se hizo por obra de las agencias del sistema penal y en buena medida al amparo del discurso del derecho penal.<sup>235</sup>

Podemos agregar las penas extrajudiciales, acciones militares o paramilitares, torturas, desapariciones forzadas de personas, etcétera, que representan una característica alarmante en nuestro país, en los cuales la función punitiva se ha desplazado, o tiende a hacerlo, fuera de los límites del derecho.

Otro de los aspectos a resaltar, es la forma en la que operan las agencias de investigación, que tienen un modelo selectivo de operación, para ello la sociedad ofrece estereotipos, los prejuicios racistas, xenofóbicos, clasistas, sexistas etcétera, van configurando una fisionomía del delincuente en el imaginario colectivo que es el alimentado por la televisión y demás medios masivos de comunicación, construyen un perfil del delincuente. Quienes son portadores de estos rasgos corren peligro de selección criminalizante, aunque no hagan nada ilícito, (sólo basta recordar los estudios de César Lombroso y Rafael Garofalo), estos sujetos llevan un surte de cliente del sistema penal por lo que ese papel estereotipado es interiorizado por el propio sujeto y cada individuo se va creyendo el rol asignado, un rol que la sociedad le va a ir exigiendo, pues la sociedad de manera colectiva así como el sujeto de manera individual llega a introyectar ese papel.<sup>236</sup>

Dicho lo anterior, podemos comprender que no es difícil que buena parte de los portadores del estereotipo criminal realmente cometen delitos que corresponden a su clase, grado de instrucción y entrenamiento, fáciles de descubrir y de detener (robos en sus diferentes modalidades, fraudes rudimentarios, delitos cometidos con medios violentos, narcomenudeo, etcétera), estos son los clientes habituales de las prisiones.

---

<sup>235</sup> *Cfr. Ibidem*, pp. 3-4.

<sup>236</sup> *Cfr. Idem*.

Debido a esta situación la política criminal que tengan a bien establecer los legisladores, debe tomar en consideración dicha circunstancia y debe comprender que el aumento desmedido de las penas (principalmente de las penas privativas de libertad), no va a solucionar, ni si quiera mitigar el problema de la criminalidad de los delincuentes comunes, que son los que producen un hacinamiento en las prisiones de la mayoría de los países latinoamericanos, provocando un mayor gasto contributivo a los ciudadanos.

Ya Tomas Moro escribía varios siglos atrás, en su gran obra *Utopía*:

Un robo no es un crimen merecedor de la pena capital. Ni hay castigo tan horrible que prive de robar a quien tiene que comer y vestirse y no halla otro medio de conseguir su sustento. No parece sino que en esto, tanto en Inglaterra como en otros países, imitáis a los malos pedagogos: prefieren azotar a educar. Se promulgan penas terribles y horrendos suplicios contra los ladrones, cuando en realidad lo que habría que hacer es arbitrar medios de vida. ¿No sería mejor que nadie se viera en la necesidad de robar para no tener que sufrir después por ello la pena Capital?<sup>237</sup>

Cabe señalar que el principio republicano de gobierno (que analizaremos con mayor profundidad en páginas siguientes), establece a los legisladores la obligación de ser racionales, pero si estamos en el entendido de que los legisladores deben ser racionales es porque en algunas ocasiones no lo son, para esos supuestos se deben establecer mecanismos para que los jueces lo corrijan.

“Si partimos de la premisa errónea de que los legisladores siempre son racionales, los jueces no deberían corregir nada de lo que hagan porque todo sería racional. Esta es la vía más radical para cancelar el poder de control

---

<sup>237</sup> Moro, Tomas, *Utopía*, México, Alianza editorial, 2012, p. 7.

constitucional de los jueces y vaciar el principio republicano de gobierno.”<sup>238</sup> Por eso, es que consideramos que es de suma importancia la normativización de los principios rectores para la construcción de todo sistema penal, sin soslayar que muchas de las veces se requiere un cambio en el pensamiento de todos los operadores jurídicos y en general de la ciudadanía, más que el sólo establecimiento o la creación de una norma, independientemente del rango jerárquico en el que se realice.

### **3.1 Fundamentos teleológicos de la construcción de un sistema de derecho limitador.**

El saber jurídico penal, se expresa en forma de sistema para ser aplicado por el Estado con ciertos objetivos políticos, cómo el aumentar y legitimar poder punitivo o limitarlo y reducirlo. Por eso, es indispensable la coherencia interna del sistema que se convierte a su vez en un requisito de racionalidad.

Pero ha de hacerse notar, que por muy coherente que sea el sistema en su construcción no es suficiente ni será válido si contradice los principios informadores del derecho penal, es decir, el derecho penal debe descartar todas las sugerencias que trasgredan tales principios.

De ahí podemos comprender la importancia del papel que desempeñan, es de destacarse que estos principios no están constituidos por una lista limitada, pues deben de ir aumentándose, ni tampoco son de realización absoluta, pues siempre se realizan en cierta medida.

Es importante resaltar que los principios limitadores que rigen la construcción de todo el sistema penal, pueden aumentar por el descubrimiento de alguno o que se desprenda de los ya conocidos, pero aún no desarrollados lo

---

<sup>238</sup> Carbonell Mateu, Juan, *Derecho penal, concepto y principios constitucionales*, 2ª. ed., México, Editorial Valencia, p. 82.

suficiente. Así como los derechos humanos que son de carácter progresivo lo mismo opera para este tipo de principios.

Coincidimos con el profesor Raúl Zaffaroni, cuando señala:

El número de principios limitadores y su mayor estándar de efectividad en la realidad social señala el nivel de progreso jurídico alcanzado, en el plano nacional, en el regional y mundial. -a esto agrega el sobresaliente jurista- El progreso jurídico no es una constante ni responde a una ley histórica, sino que es resultado del esfuerzo que, cuando se debilita, permite el avance del estado de policía, con el consiguiente retroceso de los principios limitadores y del respeto a la dignidad humana.<sup>239</sup>

Después de más de diez siglos de debate del poder punitivo y de acumulación de argumentos racionales e irracionales en permanente pugna entre quienes quisieron reducir el poder punitivo y quienes quisieron ampliarlo, sería absurdo que para emprender la tarea de contener jurídicamente al poder punitivo se deje de lado la experiencia, para caer en un decisionismo político irracional.

El progreso jurídico no es una constante histórica, pues en la actualidad nos encontramos en algunas ocasiones con retrocesos, pues podemos observar la inaplicación, el debilitamiento o la supresión de tan importantes principios del derecho penal, y cada atribución al poder Estatal o legitimación de poder punitivo a través del discurso de la ciencia jurídica trae como consecuencia el debilitamiento de alguna prerrogativa del ciudadano, y el debilitamiento del Estado constitucional y democrático de derecho.

---

<sup>239</sup> Zaffaroni Eugenio, Raúl, *et. al.*, *Manual de derecho penal...*, *cit.*, p. 96.

“Si sostenemos la idea de que el poder punitivo es irracional su contención debe ser racional, pues la suma de dos irracionalidades no es más que una potencialización de éstas.”<sup>240</sup>

Otro de las principales funciones de los principios que estamos tratando, es evitar que exista conflicto con el derecho internacional de los derechos humanos, pues cualquier trasgresión a los principios se puede llegar a traducir en una afectación real a la esfera de algún ciudadano.

De lo anterior, consideramos la necesidad de construir un sistema racional de contención cuya principal característica debe ser su teleología; debe tratarse de un sistema construido con el objeto de neutralizar las pulsaciones del Estado de policía bajo la forma de poder punitivo, este objetivo político no es el invento de ningún teórico sino una clara inferencia de los principios limitadores del poder punitivo que están consagrados en nuestra ley suprema, así como en los tratados internacionales de los cuales México forma parte y que en la actualidad conforman un bloque de constitucionalidad y son la supremacía de toda la unión, en términos del multicitado artículo 133 de nuestra ley suprema.

No podemos perder de vista que un sistema de derecho penal con estas características se construye en virtud de datos normativos (pertenecientes al mundo del deber ser), así como de datos reales, (pertenecientes al mundo del ser). Las leyes se expresan con palabras pero lo hace en el mundo, donde tiene lugar fenómenos físicos, sociales, culturales, económicos, políticos, etcétera,<sup>241</sup> protagonizados por personas que interaccionan y se comportan conforme a ciertos contenidos psicológicos, y sociológicos establecidos por un determinado paradigma.

---

<sup>240</sup> Zaffaroni Eugenio, Raúl, *En busca de las penas...*, *cit.*, p. 18.

<sup>241</sup> *Cfr.* Doczi, Gyorgy, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

Es debido a esta situación que muchas de las veces el modelo epistemológico del derecho positivo queda cortó, pues es insuficiente para poder dar soluciones reales a los problemas que acoge nuestra realidad social, pues nuestros legisladores se ciegan y sólo voltean a ver el ámbito normativo descuidando los aspectos ónticos. Por eso las leyes deben ser interpretadas en este mundo y no en otro que no existe. El sistema interpreta leyes que son parte del mundo, por lo tanto los datos del mundo deben formar parte del sistema.

En la pugna entre el Estado de derecho y el Estado de policía, los juristas, debemos empujar para que el Estado de derecho avance y prevalezca; para ello los principios deben de aumentar en número y aumentar el nivel de su realización. La tarea de avance y consolidación del Estado constitucional y democrático de derecho es algo constante y nunca acabado.

La perspectiva humanística que fundamenta la política de la mínima intervención penal le imprime a ésta una dirección opuesta a las actuales tendencias expansionistas del sistema punitivo.

En un Estado social y democrático de derecho, la libertad se concibe como uno de los bienes más valiosos para la sociedad, por lo que el Estado debe ejercer sus facultades para garantizar a todos los ciudadanos la posibilidad de disfrutar y gozar de ella. Esto no sólo supone la actuación del Estado para proteger la libertad del ciudadano frente a otros ciudadanos, sino también su protección frente a los mismos actos estatales, razón por la cual la pena privativa de libertad debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado.

La intrusión penal debe ser la mínima posible, de manera que el legislador está obligado a la máxima economía a la hora de configurar los delitos en la ley, y el juez está compelido a no utilizar las consecuencias jurídicas debiendo a que cuenta con mecanismos que atemperen el rigor de la sanción penal.

### 3.2 Clasificación de los principios limitadores del poder punitivo.

A continuación trataremos de desarrollar los multicitados principios con base en el orden que los explica Raúl Zaffaroni, y como él aclara, su exposición es por mero orden expositivo y sin ninguna consecuencia práctica; según nuestro citado autor, es posible clasificarlos en a) principios que se derivan preferentemente de la legalidad; b) de la necesidad de evitar violaciones groseras a los derechos humanos y c) del principio republicano de gobierno. Sin desconocer que existen varios criterios doctrinarios de clasificación, atendiendo al autor, al método, o algún otro criterio.

Pero algo que no podemos perder de vista, es que el Estado de derecho no se define por lo valores que proclama sino por los que puede sacrificar. Cuando los poderes estatales sacrifican los principios que limitan el ejercicio del poder punitivo, están renunciando a una parte de su legitimación.

Para poder ejemplificar el orden expositivo que seguiremos en el presente trabajo, transcribimos la tabla de su libro.

<p><b>A. Principios que derivan de la exigencia de la legalidad:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) Legalidad formal</li> <li>(b) Irretroactividad</li> <li>(c) máxima taxatividad legal e interpretativa</li> <li>(d) respeto histórico al ámbito de lo prohibido</li> </ul>
<p><b>B. Principios contra groseras disfuncionalidades con los derechos humanos:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) lesividad</li> <li>(b) humanidad</li> <li>(c) trascendencia mínima</li> <li>(d) prohibición de doble punición</li> <li>(e) buena fe y <i>pro homine</i></li> </ul>

**C. Límites derivados del principio republicano de gobierno:**

- (a) principios de acotamiento material:
  - (1) proscripción de grosera inidoneidad del poder punitivo
  - (2) proscripción de la grosera inidoneidad de la criminalización
  - (3) limitación máxima de la respuesta contingente
- (b) principio de superioridad ética del estado
- (c) principio de saneamiento genealógico
- (d) principio de culpabilidad
  - (1) exclusión de la imputación por mera causación
  - (2) principio de exigibilidad

**3.3 Análisis particular de los principios y su interrelación como sistema.**

En seguida procederemos a realizar una breve referencia de todos y cada uno de los principios que consideramos indispensables para la construcción del sistema jurídico- penal.

**A) Principios que derivan de la exigencia de la legalidad formal.****a) Legalidad formal.**

El principio de legalidad es uno de los más importantes ejes rectores del sistema jurídico mexicano, su fundamento constitucional lo constituye el artículo 14 y 16 de nuestra ley cimera, el cual constriñe a las autoridades a actuar conforme a los lineamientos establecidos en la propia constitución, en otras palabras, todos los actos de autoridad deben estar debidamente fundados y motivados.

De los anteriores preceptos se desprende que toda autoridad tiene el deber de respetar el principio de legalidad, por lo que, no pueden realizar ninguna conducta sino es bajo el amparo de una norma previamente establecida, y todo su actuar debe estar fundado (estableciendo los preceptos en los cuales se basa su acto de autoridad) y motivado (los argumentos lógico-jurídicos), pero a la vez este principio se presenta como una garantía para todo gobernado, pues otorga una seguridad jurídica al controlar los actos de autoridad y evitar la arbitrariedad de los órganos del Estado, y finalmente funge como un límite al derecho de castigar o imponer una sanción por la comisión de un injusto penal.

Malo Camacho, nos dice que “el principio de legalidad se reconoce en el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, principio que trasciende al campo de la pena, en el sentido de que no hay pena sin ley que la prevenga.”<sup>242</sup> El alcance del principio de legalidad, aparece establecido en el artículo 14 constitucional, especialmente en el párrafo tercero, que expresamente refiere:

Artículo 14. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.<sup>243</sup>

El principio de legalidad formal en materia penal, consiste principalmente en que la única ley penal es la ley formalmente emitida por los órganos políticos habilitados para tal efecto, su enunciado latino fue obra de Paul Anselmo von Feberbach (*nullum crimen, nulla poena sine proevia lege penale*).

El poder legislativo es el jurídicamente facultado para crear leyes penales, recordando que en el caso de México, tanto el Congreso de la Unión como las

---

<sup>242</sup> Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 7ª. ed., 2ª. reimpresión, México, Porrúa, 2013, p. 586.

<sup>243</sup> Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

legislaturas de los estados pueden emitir normas en materia penal, según su ámbito de competencia, en los términos siguientes:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXI. Para expedir:

a) Las leyes generales que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones en las materias de secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como electoral.

Las leyes generales contemplarán también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios;

b) La legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada;

c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Las autoridades federales podrán conocer de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales o delitos contra periodistas, personas o instalaciones que afecten, limiten o menoscaben el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta. En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales

establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales;<sup>244</sup>

En opinión de Cobo de Rosal, el principio de legalidad penal “ha sido tenido por el principio más crucial y definitivo para el derecho penal, expresivo de un Estado de derecho en su profunda y veraz acepción”.<sup>245</sup>

Cabe señalar que tanto el poder ejecutivo, como el poder judicial realizando funciones formalmente administrativas o jurisdiccionales respectivamente, pueden emitir normas de carácter obligatorio, (función materialmente legislativa), pero el poder judicial no pueden crear nuevos delitos debido al principio de legalidad formal.

Algo que debemos de tener presente, es que en nuestro sistema de derecho escrito, en ningún caso puede crear tipos penales por decreto, reglamento, usos y costumbres, doctrina o jurisprudencia.

“Se ha enunciado, sintética y precisamente, en los siguientes términos: no hay delito, ni pena, ni peligrosidad criminal, ni medida de seguridad, sin una previa ley que así lo exprese y determine taxativamente.”<sup>246</sup>

Salvo precedentes históricos aislados, su origen se encuentra en el pensamiento de la Ilustración y se consagra en los textos constitucionales, entrado el siglo XIX como fiel reflejo de la llamada Revolución Francesa.

---

<sup>244</sup> Artículo 73 fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

<sup>245</sup> Cobo Del Rosal, Manuel, *Constitución y Derecho Penal, El principio de legalidad en materia criminal*, La Laguna, Estudios Jurídicos, Universidad de la Laguna, 1993, p. 157.

<sup>246</sup> *Idem*.

## **b) Principio de irretroactividad.**

En principio podemos afirmar que las normas rigen todos los hechos que, durante su vigencia se actualicen, y de ahí para el futuro, es decir, debe ser previa a la comisión del hecho.

En nuestro sistema jurídico el principio de irretroactividad se establece en el artículo 14 del pacto federal y que a la letra dice lo siguiente:

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.<sup>247</sup>

Haciendo una interpretación a *contrario sensu* del artículo 14 constitucional, podemos establecer fundadamente que la ley penal es retroactiva cuando le beneficia al individuo, en este mismo sentido se pronuncia el maestro Eduardo García Máynez, al afirmar que el principio general es que no se aplique retroactivamente la ley en perjuicio de las personas. “Esto significa que la aplicación retroactiva es lícita en aquellos casos en que a nadie perjudica.”<sup>248</sup>

Al respecto el Doctor Polanco Braga refiere de la irretroactividad que es “el principio jurídico que rechaza el efecto retroactivo de una ley, salvo declaración expresa de ella o en lo penal cuando favorece al procesado.”<sup>249</sup>

Zaffaroni considera al principio de irretroactividad de la ley penal como parte del principio de legalidad y lo explica diciendo que “La ley penal rige para el futuro, debe ser previa a la comisión del hecho que es al momento de la acción y

---

<sup>247</sup> Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

<sup>248</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 60ª. ed., México, Porrúa, 2008, p. 400.

<sup>249</sup> Polanco Braga, Elías, Elías, *Nuevo diccionario del sistema procesal penal acusatorio, juicio oral*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2015, p. 179.

no el del resultado, porque una vez realizada la conducta, el resultado puede no depender de la voluntad del agente”.<sup>250</sup>

En el mismo sentido, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece una íntima relación del principio de retroactividad con el de legalidad.

#### Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.<sup>251</sup>

De igual forma el doctor Alberto del Castillo del Valle, señala “la ley se crea para regir hacia el futuro, salvo que de aplicarse retroactivamente sea en beneficio del gobernado; con ello se garantiza la certeza en el derecho, al no dejar en estado de indefensión a un gobernado e indefinición a situaciones jurídicas creadas antes de que se legisle obre un determinado tema.”<sup>252</sup>

Atendiendo a esto, podemos comentar que la nueva ley que entra en vigor tiene como resultado la derogación dela anterior; en otras palabras, debe entenderse por irretroactividad; que la ley tiene que existir en el momento que

---

<sup>250</sup> Zaffaroni Eugenio, Raúl, *et. al.*, *Manual de derecho penal...*, *cit.*, p. 103.

<sup>251</sup> Artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32) San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

<sup>252</sup> Del Castillo Del Valle, Alberto, *Garantías en materia penal*, 2<sup>a</sup>. ed., México, Ediciones Jurídicas Alma S.A DE C.V, 2013, p. 36.

ocurren los hechos que están siendo regulados, por lo que la ley rige hacia el futuro y no hacia el pasado.

“El principio de irretroactividad de las leyes se fundamenta en la seguridad jurídica. Los derechos permanecerían inciertos si después de haberse adquirido conforme a una ley, pudieran ser frustrados por otra que exigiera nuevos supuestos o requisitos para tenerlos por definitivamente consolidados”.<sup>253</sup>

Suele discutirse si debe aplicarse la retroactividad en materia procesal, pues algunos autores afirman que la irretroactividad es un principio limitado a la ley penal y no aplicable en materia procesal.

Desde nuestro punto de vista esa postura no es aceptable, pues si la nueva ley de carácter procesal en algún sentido es más gravosa o perjudicial para el sujeto esta debe ser inoperante, y debe regirse por la ley que se encontraba vigente al momento de cometerse la conducta.

### **c) Máxima taxatividad legal e interpretativa.**

El citado principio establece que el saber jurídico penal, debe exigir de los legisladores la mayor precisión semántica posible al momento de crear los tipos penales, ya que estos, se expresan con un sistema de signos escritos, que pueden dejar dudas interpretativas; en otras palabras el principio de taxatividad se traduce en la exacta descripción de las conductas prohibidas u ordenadas por el Estado, como definición de la conducta socialmente deseada.

---

<sup>253</sup> Boetsch Gillet, Cristián, *Teoría de la ley*, Chile, Facultad de derecho Universidad Chilena, 2011, p. 86. Consultada el 10 junio del 2016, a las 3:02 p.m., versión en línea: <http://documents.tips/documents/134891233-teoria-de-la-ley-cristian-boetsch-g.html>

Este principio recibe también el nombre de principio de certeza, tipicidad inequívoca o de determinación y opera en las tres instancias: legislativa, judicial y ejecutiva.

Dentro de la instancia legislativa, se refiere a que las conductas previstas por el ordenamiento legal deben ser concretas, claras, precisas y satisfactoriamente explicadas. Esto recae directamente en los elementos lingüísticos, de sintaxis y semánticos, empleados en el lenguaje del legislador, quien debe evitar caer en contradicciones y en errores de interpretación.<sup>254</sup>

En el caso de la etapa judicial, el principio en cuestión tiene relación directa con la exacta aplicación de la ley penal. Si se actualizara el caso de que el juez se encontrara ante tal circunstancia, -según Zaffaroni- se puede resolver de dos formas; la primera de ellas es que el órgano jurisdiccional declare la inconstitucionalidad de la ley, o en su caso, aplique el principio de máxima taxatividad interpretativa y entender el texto en la forma más restrictiva de poder punitivo posible.<sup>255</sup>

Desde nuestro punto de vista ambas soluciones resultan factibles, pues en nuestra normatividad es posible declarar la inconstitucionalidad de una ley, de igual forma puede dejarse de aplicar una norma por tener tildes de inconstitucionalidad, gracias al control difuso de constitucionalidad y convencionalidad que deben de ejercer los órganos encargados de administrar justicia.

---

<sup>254</sup> Cfr. Navarro Conicet, Pablo Eugenio, y Manrique, Laura, *El Desafío de la Taxatividad*, pp. 807-809. Consultado el 02 de agosto de 2016, a las 12:46 a.m., versión en línea: [file:///C:/Users/USUARIO%20PC/Downloads/Dialnet-ElDesafioDeLaTaxatividad-2281530%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO%20PC/Downloads/Dialnet-ElDesafioDeLaTaxatividad-2281530%20(1).pdf)

<sup>255</sup> Cfr. Zaffaroni Eugenio, Raúl, *et. al.*, *Manual de derecho penal...*, *cit.*, p. 106.

Respecto de la segunda solución, esto es, inclinarse por la interpretación más limitativa del ejercicio del poder punitivo, consideramos es aplicable principalmente en el ámbito procesal, pero también en el ámbito sustantivo debido al principio de la interpretación más favorable a la persona.

Hemos de señalar que en algunos casos no es posible optar por esta solución, debido a que importaría una analogía, ya que el juez estaría integrando a la ley penal, lo cual constituye un sistema de tipos penales judiciales lo que está prohibido en nuestra legislación.

De ahí que se exija que la creación de las leyes posea dos características muy importantes: una reducción de la vaguedad en cuanto a los conceptos empleados para determinar los delitos, y preferir el uso de conceptos descriptivos por encima de los de índole valorativa.

Esta última cuestión es quizá lo más difícil de eliminar ya que nuestro mundo es de tal manera que no está constituido por un número finito de propiedades, de manera que es posible que se nos presenten casos futuros, o que podamos imaginar casos hipotéticos, en los cuales tengamos dudas acerca de si el concepto se aplica o no a estos casos, lo que se conoce como vaguedad potencial o textura abierta del lenguaje.<sup>256</sup>

En el aspecto ejecutivo, aplica de manera directa en el cumplimiento de la determinación judicial, esto es en el ámbito de ejecución de sentencias.

Por las razones expuestas de manera previa, es dable, decir que el principio de taxatividad tiene una estrecha relación con el principio de legalidad, ya que de acuerdo con la taxatividad, la responsabilidad penal, debe encontrar su

---

<sup>256</sup> *Cfr.* Navarro Conicet, Pablo Eugenio, y Manrique, Laura, *op. cit.*, pp. 807-809.

justificación en leyes expresamente formuladas, e indicar que conductas exactamente están prohibidas y cuál es la sanción a que se hacen acreedoras.<sup>257</sup>

En el mismo sentido se han pronunciado los tribunales federales en la tesis jurisprudencial con el rubro:

“ATENTADO CONTRA LA SEGURIDAD DE LA COMUNIDAD. EL ARTÍCULO 171 QUÁTER, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE TAMAULIPAS, REFORMADO MEDIANTE DECRETO No. LXII-256, PUBLICADO EN EL PERIÓDICO OFICIAL DE ESA ENTIDAD EL 9 DE JULIO DE 2014, QUE PREVÉ AQUEL DELITO, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LEGALIDAD EN MATERIA PENAL, EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD.”<sup>258</sup>

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS.

Que en la parte conducente señala: (...) al legislador le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito; esta descripción no es otra cosa que el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado. Para determinar la tipicidad de una conducta, el intérprete debe tener en cuenta, como derivación del principio de legalidad, al de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley. Es decir, la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la

---

<sup>257</sup> *Cfr. Idem.*

<sup>258</sup> Tesis P. /J. 39/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, t. I, libro 23, octubre de 2015, p. 785.

arbitrariedad en su aplicación. Así, el mandato de taxatividad supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal, que lo que es objeto de prohibición pueda ser conocido por el destinatario de la norma.<sup>259</sup>

El fundamento constitucional y legal del citado principio se observa en el artículo 14 de la Carta Magna, así como en el artículo 2 del Código Penal del Distrito Federal.

Por otro lado, haciendo una interpretación a *contrario sensu* del párrafo tercero del artículo 14 constitucional, podemos decir, que en otras materias está permitido aplicar la analogía, verbigracia el artículo 19 del Código Civil vigente para la actual Ciudad de México establece:

Artículo 19. Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho.<sup>260</sup>

Y el artículo 18 del mismo ordenamiento prevé que; El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.<sup>261</sup>

El motivo por el cual en materia civil se autoriza esta forma de resolver los conflictos, de manera diferente a la materia penal, nos lo señala el profesor Zaffaroni al establecer que:

---

<sup>259</sup> Tesis 1a. /J. 54/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, libro 8, julio de 2014, p. 131.

<sup>260</sup> Artículo 19 del Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928.

<sup>261</sup> Artículo 18 del Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928.

Dado que el derecho civil se ocupa de una legislación que pretende regular la totalidad de la vida humana, desde antes del nacimiento hasta después de la muerte, y que debe tener capacidad para resolver todos los conflictos, siendo ésta su manera de proveer seguridad jurídica, no puede tolerar que ningún conflicto quede librado a las fuerzas de las partes. Pero el derecho penal se ocupa de una legislación que es eminentemente fragmentaria y, por ende, debe ser interpretada estrictamente.<sup>262</sup>

#### **d) Respeto histórico del ámbito de lo prohibido.**

Al parecer, la denominación de este principio es atribuida a Zaffaroni, y establece que el texto de la ley no puede entenderse disociada de su contexto histórico en que fue creada para regir una determinada conducta.

La idea es aceptable por lo que la analizaremos. En función de lo dicho puede suceder que algunos conceptos y sustratos de la ley tengan un sentido mutable a lo largo del tiempo, el ámbito de lo prohibido puede sufrir correlativas variaciones. Principalmente cuando los cambios en la sociedad, sean de tal grado que tenga como consecuencia dejar atípica la conducta.

El profesor argentino, trata de ejemplificar la forma en que opera el citado principio con un delito que protege la propiedad intelectual, argumentando lo siguiente:

En 1933 sólo se podía reproducir con los mismos medios con que se podía producir, o sea mediante una edición clandestina de la obra con tipografía de plomo; hoy la reproducción es corriente debido a la introducción de la técnica fotográfica. El ámbito de personas que todos los días copian páginas de libros o artículos de esta forma es enorme e imposible de criminalizar. El texto conforme a su interpretación literal

---

<sup>262</sup> Zaffaroni Eugenio, Raúl, *et. al.*, *Manual de derecho penal...*, *cit.*, p. 107.

llevaría hoy a consecuencias absurdas en cuanto a la magnitud de poder punitivo habilitado.<sup>263</sup>

Conforme a la idea planteada con antelación, podemos inferir, que un cambio tecnológico (que permite hoy en día la copia íntegra de un libro o de cualquiera de sus partes a un costo inferior al precio comercial) afecto el ámbito de la prohibición, y no sería posible criminalizar a todos los que copian páginas de libros para uso personal. Si a ello se suma los que registran o graban emisiones radiofónicas o televisivas, prácticamente la mitad de la población –incluyendo a todos los investigadores- estaría incurriendo en delitos conforme a la interpretación gramatical del texto de la ley, y cualquiera de ellos podría ser criminalizado.

En nuestro país la Ley federal del derecho de autor publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996, ya prevé estas cuestiones para evitar que la prohibición se tilde de irracional, verbigracia en su numeral 147 establece limitaciones a este derecho de propiedad cuando sea por causa de utilidad pública o para el desarrollo de la ciencia y la tecnología, es decir, autoriza la utilización de las obras cuando no tienen un fin lucrativo.

Lo que no podemos negar, es que este principio sirve para frenar la habilitación innecesaria e injustificada de poder punitivo debido a los cambios naturales de la civilización.

## **B) Principios contra groseras disfuncionalidades con los derechos humanos.**

### **a) Lesividad.**

En el presente trabajo este principio se desarrolló de manera separada por la trascendencia y la íntima relación que tiene con nuestro objeto de estudio, pero

---

<sup>263</sup> *Ibidem*, pp. 108-109.

para efecto de cumplir con la metodología planteada, haremos una breve referencia del mismo.

Se puede decir que el principio de lesividad, es un límite a todo el poder estatal, pero principalmente dirigida al poder punitivo, ya que establece que las acciones que no lesionan a nadie estén fuera de toda injerencia estatal.

Pues como bien señala Zaffaroni, "...es absurdo que se pretenda una coacción reparadora o restitutiva cuando nada se afectó; o que se quiera ejercer una coacción administrativa directa cuando nada está en peligro."<sup>264</sup>

Becaría señaló, que sólo pueden ser punibles comportamientos que ocasionen un daño social.<sup>265</sup> Y en palabras más modernas, se habla de la vigencia en el ámbito del derecho penal del principio de ofensión, lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos para expresar el aforismo *nullum crimen sine iniuria*. Es decir, que todo delito debe comportar un daño u ofensa aun bien jurídico determinado, y no es imaginable un delito que no lo realice. El delito, conlleva la exteriorización y materialidad de un hecho y, al mismo tiempo, el daño a un bien jurídico.

#### **b) De humanidad.**

El principio de humanidad tiene como finalidad excluir la crueldad del sistema penal, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra consagrado en el primer párrafo del artículo 22 de nuestra Carta Magna, y que a la letra establece lo siguiente:

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa

---

<sup>264</sup> *Idem.*

<sup>265</sup> *Cfr. Beccaria, César, op. cit., pp. 25- 27.*

excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.<sup>266</sup>

De igual forma este principio es reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos, ya que prohíbe la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, verbigracia el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Artículo 5. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.<sup>267</sup>

Finalmente se encuentra reconocido en diversos tratados en los que el Estado Mexicano es parte, por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el numeral dos de su artículo quinto, que reza lo siguiente:

#### Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

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

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.<sup>268</sup>

---

<sup>266</sup> Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

<sup>267</sup> Artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

<sup>268</sup> Artículo 5 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita en la conferencia especializada

Dicho lo cual, podemos señalar que son penas abstractamente crueles (en el sentido de que no están individualizadas), la pena de muerte en cualquiera de sus formas, los golpes, tormentos, azotes, lapidaciones, marcas en el cuerpo, la tortura en cualquiera de sus formas, las mutilaciones, etcétera. Pero también podemos considerar como penas crueles aquellas que se convierten en cadenas perpetuas o prisión vitalicia ya que “vinculada a éstas se halla el deterioro irreversible de la persona, que puede ser por institución prolongada, por malos tratos permanentes, por lesiones a la salud, etcétera.”<sup>269</sup>

Sobre las penas abstractamente crueles, consideramos que en la actualidad ha existido un avance, lo que podemos comprobar si realizamos un análisis histórico-comparativo, respecto de las penas que se aplicaban en siglos pasados. Y como bien lo hace notar nuestro multicitado autor Zaffaroni “en general, las violaciones al principio de humanidad con penas abstractas son cada vez más extrañas en el mundo, salvo algunos países árabes y el uso de la muerte como propaganda demagógica por los políticos republicanos norteamericanos.”<sup>270</sup>

Sin embargo, no podemos soslayar que las violaciones al principio de humanidad se dan en casos concretos, sobre individuos que ya recayó una sentencia y por sus características específicas se convierten en penas inhumanas y crueles.

Para poder ejemplificar lo anterior podemos señalar algunos casos como cuando la sentencia privativa de la libertad es mayor a 30 años de prisión, o cuando el sujeto activo sufre una pena natural (verbigracia, el sujeto activo del delito se lesione o pierda a un ser querido en algún accidente de tránsito terrestre), o cuando a causa de la prisión se contrae alguna enfermedad grave o incurable, o

---

interamericana sobre derechos humanos (B-32) San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

<sup>269</sup> Zaffaroni Eugenio, Raúl, *et. al.*, *Manual de derecho penal...*, *cit.*, p. 112.

<sup>270</sup> *Ibidem*, p. 113.

empeora la que ya se tiene, así como el daño psicológico que puede sufrir la persona.

En este orden argumentativo, podemos deducir la importancia de una pena no desproporcional ni excesiva, pues se convierte en una pena irracional y se tilda de trasgresora de derechos humanos; Penas que son prohibidas a rango constitucional, así como por el derecho internacional de los derechos humanos y que a su vez se convierte en un principio más que regula y limita el poder punitivo Estatal.

### **c) trascendencia mínima.**

Es de explorado derecho que a través del curso de la historia se ha sancionado a los familiares del delincuente, llegando a un grado de barbarie insostenible en la actualidad por obvias razones. El terror político piensa que la familia puede vengar al muerto o que es bueno extender la pena a los parientes del delincuente.

Estas penas se imponían en función de una supuesta corrupción de la sangre que tenían todos los integrantes de la familia del delincuente. Afortunadamente nuestro sistema jurídico no admite esta forma aberrante de sancionar, pues como ya se señaló en párrafos que anteceden, el numeral 22 de nuestra ley cimera lo prohíbe de manera expresa.

Históricamente ha habido casos en que ha estado ausente el principio de intrascendencia de la pena, pues se ha castigado a personas distintas del culpable, es decir, a sus parientes, el caso más conocido en las últimas décadas (siglo pasado) es la *Sippenhaft* en la Alemana NAsI.

Cabe señalar que *Sippenhaft* o *Sippenhaftung* fue un concepto jurídico establecido en el Tercer *Reiche*, según el cual un acusado de crímenes contra el Estado extendía automáticamente su responsabilidad penal en igual medida

hacia sus parientes, de modo que tales familiares del acusado eran considerados igualmente culpables, arrestados y en algunos casos también condenados a muerte por el delito que cometió su pariente acusado.

De igual forma, el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe la trascendencia de las penas:

#### Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

##### 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.<sup>271</sup>

Por lo que podemos inferir, que el sistema jurídico penal mexicano es personalísimo, y la pena no puede trascender del agente que cometió el delito, lo que se corrobora en los Códigos Penales con las formas de extinguir la pretensión punitiva y la facultad de ejecutar las penas, por ejemplo para el caso de la Ciudad de México, se establece en el artículo 94 del Código Penal para el Distrito Federal que refiere:

Artículo 94 (Causas de extinción). La pretensión punitiva y la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad, se extinguen por:

##### II. Muerte del inculcado o sentenciado;<sup>272</sup>

No obstante lo anterior, es imposible que la pena no trascienda a los familiares del penado así como a sus seres queridos, pues estos también sufren en diferentes aspectos. Es clara la estigmatización de la familia y el detrimento

---

<sup>271</sup> Artículo 5 numeral 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32) San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

<sup>272</sup> Artículo 94 del Código Penal para el Distrito Federal, Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002.

social al que se ven sometidos. Otro aspecto donde se ver reflejado este detrimento es en el económico, pues genera un gasto y se pierde un ingreso, de igual forma los familiares se pueden ver sometidos a abusos de los custodios al realizar su visita, estos y muchos casos más se pueden señalar.

En este sentido se pronuncia Zaffaroni al señalar los casos de trascendencia de la pena que deben ser resueltos, estableciendo los siguientes ejemplos:

Las excesivas medidas de seguridad y abusos que pueden sufrir los visitantes de los presos, especialmente si bordean la vejación. Igualmente, la prohibición de relaciones sexuales a los presos trasciende a su cónyuge o pareja, deviniendo en una pena no autorizada para el propio penado (la pena de prisión no conlleva la destrucción de la pareja). La posibilidad de un daño patrimonial irreparable que afecte de modo grave a toda la familia o que prive de su fuente de trabajo a dependientes o a terceros.<sup>273</sup>

En estricto sentido la prohibición de la trascendencia de la pena, no se trata como un fenómeno social inevitable, sino como limitación personalísima de la pena impuesta al delincuente.

Lo que no podemos perder de vista, es que nunca se podrán evitar los efectos colaterales de la pena, es decir, siempre trascenderá en un cierto grado, sin embargo es trabajo de los investigadores establecer los mecanismos idóneos para que esta trascendencia sea en la menor medida posible.

#### **d) Prohibición de doble punición.**

De igual forma, este principio ya se encuentra positivizado en nuestro máximo ordenamiento, ya que el artículo 23 lo consagra de manera expresa, estableciendo a la letra:

---

<sup>273</sup> Zaffaroni Eugenio, Raúl, *et. al.*, *Manual de derecho penal...*, *cit.*, p. 114.

Artículo 23. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.<sup>274</sup>

Suele representarse con la frase latina *ne bis in idem*, en este sentido esta frase que en esencia o literalmente significa que no debe de repetirse dos veces la misma cosa, nos indica que no se puede juzgar ni tampoco penar dos veces a una persona por el mismo hecho.

Adriana Barrena Alcaraz, -citando a Rafael Márquez Piñero-, señala que con el aforismo *ne bis in idem* “se quiere indicar que una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos que se consideran delictuosos, a fin de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido sometido a un proceso penal anterior.”<sup>275</sup>

Por su parte De León Villalba, califica el *non bis in idem*, o también llamado *ne bis in idem*, como un criterio de interpretación o solución a constante conflicto entre la idea de seguridad jurídica y la búsqueda de justicia material, que tiene su expresión en un criterio de la lógica, de que lo ya cumplido no debe volverse a cumplir. Esta finalidad, -continúa diciendo el referido autor- se traduce en un

---

<sup>274</sup> Artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

<sup>275</sup> Márquez Piñero, Rafael, *cit. post.*, Barrena Alcaraz, Adriana, *et. al.*, *Diccionario Jurídico Mexicano*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 1994, pág. 298.

impedimento procesal que negaba la posibilidad de interponer una nueva acción, y la apertura de un segundo proceso con un mismo objeto.<sup>276</sup>

El origen o nacimiento del principio *ne bis in idem*, se puede ubicar en Roma, ya que en los procesos judiciales que se instauraba en esa época, se daba la prohibición de promover un nuevo juicio a través de la promoción de una segunda demanda sobre la misma materia, por la misma o diferente acción, una vez nacida la relación jurídica procesal. Su ubicación en el derecho romano como un principio general, como consecuencia lógica derivada del carácter preclusivo que caracterizaba el proceso a partir de *la litis contestatio*.

Aunado a esto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en aras de garantizar la seguridad de jurídicas de los gobernados, establece una regla protectora de los procedimientos, y fija un límite a las instancias posibles, en los juicios criminales.

Entre los instrumentos jurídicos internacionales dotados de obligatoriedad jurídica para nuestro país que se preocupan por garantizar la aplicación de este principio, se cuentan, entre otros, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, que en su artículo 14.7 establece que:

Artículo 14. 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.<sup>277</sup>

---

<sup>276</sup> Cfr. De León Villalba, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y administrativas, sentido y alcance del principio “ne bis in idem”*, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 388 y 389.

<sup>277</sup> Artículo 14. 7. Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas

Pero para poder comprender el alcance de esta garantía es menester establecer cómo opera, a partir de lo que se entiende por ser juzgado o haber sido juzgado.

Podemos afirmar que por “haber sido juzgado” se entiende a un individuo que haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme e irrevocable, es decir, contra la que no procede legalmente ningún recurso.

Con el tiempo, se ha ido experimentando un proceso de extensión continua del principio *ne bis in idem*, pues de ser una garantía netamente procesal ha pasado al ámbito sustancial imposibilitando sancionar dos veces un mismo hecho, con independencia de si ello implica la existencia o no de un proceso judicial. Del mismo modo en su ámbito de aplicación, que ha sido tradicionalmente en materia penal, ha pasado a ser de aplicación en toda rama jurídica en la que exista potestad sancionadora, por ende, también es aplicado en materia administrativa.

Otro punto a aclarar es el alcance de la expresión “por el mismo delito” establecida en el citado numeral 23 de nuestra Constitución Federal, la referencia constitucional es al hecho material de la misma. En otras palabras, la prohibición subsiste aunque, en el segundo proceso, se tipifique o se denomine a los hechos en distinta forma, tal y como lo ha establecido nuestro máximo tribunal en la jurisprudencia que al rubro dice:

DELITO CONTRA LA SALUD. NO PUEDEN COEXISTIR LAS MODALIDADES DE COMERCIALIZACIÓN DE NARCÓTICOS Y DE POSESIÓN CON FINES DE COMERCIO CUANDO SE ACTUALIZAN EN EL MISMO MOMENTO.

---

mediante resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el 18 de diciembre de 1980.

La cual en la parte que nos interesa señala "... por lo que no pueden coexistir las modalidades de comercialización de narcóticos y de posesión..., sino que debe tenerse por actualizada únicamente la de comercio y subsumida la conducta de posesión..., no sería lógica la coexistencia de ambas modalidades si la segunda se consumó, ya que de lo contrario se violaría el principio de non bis in idem al sancionar doblemente la misma conducta...".<sup>278</sup>

En otro orden de ideas, es dable preguntarnos, ¿Qué sucederá en el Derecho mexicano, si el pronunciamiento judicial, no reviste la forma de sentencia irrevocable, como es el caso del sobreseimiento? Podría entenderse que en este supuesto, el juzgador ante la imposibilidad de continuar el juicio penal hasta dictar sentencia, decide concluir con el proceso en el estado en que se encuentra, sin resolver las cuestiones de fondo referentes a la acusación o la defensa, es decir sin condenar o absolver.

Desde nuestro punto de vista esta cuestión se resuelve aplicando lo establecido por el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 304 el cual señala:

Artículo 304.- El auto de sobreseimiento que haya causado estado, surtirá los efectos de una sentencia absolutoria con valor de cosa juzgada.

Por lo que concierne a nuestra legislación, sobreseer un proceso penal equivale a dictar una sentencia absolutoria, y consecuentemente, el procesado jamás podrá ser acusado por los mismos hechos.

En México, el primer antecedente de la prohibición *ne bis in idem*, aparece en el artículo 25 del proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 16 de junio de 1856, quedando en forma definitiva en el arábigo 23 de la

---

<sup>278</sup> Tesis 1a. /J. 92/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 161.

Constitución Política del 5 de febrero de 1917, junto con otras dos garantías, que constituyen la prohibición de que los juicios del orden criminal queda prohibido tener más de tres instancias y la prohibición de la práctica de absolver de la instancia.

### **Buena fe y *pro homine*.**

El principio de buena fe exige que los tratados internacionales sean interpretados *de buena fe* tal y como lo señala el artículo 31 de la Convención de Viena, que constituye la ley internacional que regula el llamado derecho de los tratados, y que a su letra dice:

#### Artículo 31 Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.<sup>279</sup>

Zaffaroni señala que con frecuencia “el discurso penal y más aún el político oportunista hacen uso perverso de las disposiciones constitucionales y de los tratados internacionales para exaltar los derechos como bienes jurídicos para legitimar penas inusuales o crueles con pretexto de tutela.”<sup>280</sup>

Empero, este uso perverso está prohibido en función de los principios de buena fe y *pro homine*. El citado principio *pro homine* también conocido como principio *pro persona* establece grosso modo, que en caso de duda, se interprete la norma siempre en el sentido más garantizador del derecho que se trate.

---

<sup>279</sup> Artículo 31 de Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, suscrito el 23 de mayo de 1969.

<sup>280</sup> Zaffaroni Eugenio, Raúl, *et. al.*, *Manual de derecho penal...*, *cit.*, p. 116.

En el derecho positivo mexicano, el citado principio se encuentra implícito en el segundo párrafo del artículo primero de la Constitución federal ya que señala:

Artículo 1 (...) Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.<sup>281</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado en este sentido en una de las tesis aisladas y que encontramos bajo el título de PRINCIPIO PRO HOMINE. VARIANTES QUE LO COMPONEN. En lo que nos interesa señala que;

(...) las normas en materia de derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de la materia, procurando favorecer en todo tiempo a las personas con la protección más amplia. En este párrafo se recoge el principio *pro homine*, el cual consiste en ponderar el peso de los derechos humanos, a efecto de estar siempre a favor del hombre, lo que implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trate de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trate de establecer límites a su ejercicio.<sup>282</sup>

En este contexto, desde el campo doctrinal se ha considerado que el referido principio *pro homine* tiene dos variantes: a) Directriz de preferencia

---

<sup>281</sup> Artículo 1 segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adicionado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.

<sup>282</sup> Tesis I. 4o.A. 20 k (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, t. II, libro 1, diciembre de 2013, p. 1211.

interpretativa, por la cual se ha de buscar la interpretación que optimice más un derecho constitucional. Esta variante, a su vez, se compone de: a.1.) Principio favor *libertatis*, que postula la necesidad de entender al precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juicio, e incluye una doble vertiente: a.2.) Principio de protección a víctimas o principio favor *debilis*; referente a que en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto, es menester considerar especialmente a la parte situada en inferioridad de condiciones, cuando las partes no se encuentran en un plano de igualdad; y, b) Directriz de preferencia de normas, la cual prevé que el Juez aplicará la norma más favorable a la persona, con independencia de la jerarquía formal de aquélla.<sup>283</sup>

### **C) Límites derivados del principio republicano de gobierno.**

#### **a) principio de acotamiento material.**

Desde nuestro punto de vista, el principio de acotamiento material es uno de los principios más importantes de derecho penal, desafortunadamente la doctrina no lo ha desarrollado en su totalidad, ya que predominan los límites formales descuidando los límites materiales de la creación de la ley penal.

En palabras de Zaffaroni, tal circunstancia “prueba que no hay un derecho penal subjetivo o *ius puniendi* del que sea titular el Estado, sino una *potentia puniendi* que es necesario limitar para que no nos arrastre al totalitarismo con cualquier pretexto.”<sup>284</sup> En otras palabras, este principio establece los lineamientos sobre los que el legislador puede crear tipos penales, y faculta a los órganos jurisdiccionales a realizar un control de aquellos delitos que trasgreden tal principio.

---

<sup>283</sup> Cfr. Tesis I. 4o.A. 20 k, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t II, libro 1, diciembre de 2013, p. 1211.

<sup>284</sup> Zaffaroni Eugenio, Raúl, *et. al.*, *Manual de derecho penal...*, *cit.*, p. 117.

La doctrina ha establecido que por lo menos existen tres principios de limitación material de la creación de la norma penal, y que son oponibles al poder político, por lo que a continuación haremos una breve reseña de cada uno de ellos.

Al primero se le conoce como principio de proscripción de la grosera inidoneidad del poder punitivo, que en términos generales establece que hay supuestos en los que la intervención punitiva estatal es inadecuada llegando al grado de ser burda o hasta ridícula. Dicha hipótesis, no la ofrece el profesor argentino refiriendo lo siguiente:

Tal sucedería si se pretendiera resolver el problema del alcoholismo con una nueva ley seca, o prohibir la venta de aceites y fiambres para evitar la arteriosclerosis, la de (portar) distintivos y banderas para evitar riñas, la de usar preservativos para defender los intereses demográficos de la nación, etcétera. La burda inidoneidad de la intervención punitiva no puede ser menos que causa de inconstitucionalidad.<sup>285</sup>

Nos adherimos a la postura de Zaffaroni, en el sentido de que nuestros legisladores quieren resolver todos los conflictos sociales a través de la conminación de la pena, y la creación de tipos penales, tipificando todo tipo de conductas a las que se les debe dar un tratamiento distinto, en forma de burla algunos autores han llegado a señalar que vamos a llegar al extremo de querer tipificar el cáncer o el sida.

Desde nuestra óptica, este principio se debería de extender a la materia administrativa cuando la normatividad se tilda de ridícula, tal es el caso del nuevo reglamento de tránsito de nuestra Ciudad, pues es irrisorio circular a una velocidad de 50 kilómetros por hora en avenidas que fácilmente se puede circular a 80 km, sin embargo, es claro que la verdadera finalidad manifiesta del discurso

---

<sup>285</sup> *Idem.*

oficial (reducir los accidentes de tránsito), es la obtención de recursos para satisfacer intereses particulares de un grupo reducido de personas que se encuentra dentro del poder político y que no representa genuinamente los intereses de los gobernados, la limitación material en la creación de las normas sancionadoras sería una herramienta idónea para declarar inconstitucional tal reglamento, por no existir motivo suficiente para adoptar este tipo de medidas, y evitar al gobernado la necesidad de acudir al amparo indirecto a al juicio de nulidad.

Regresando a nuestro tema, el segundo de los principios que limitan materialmente al legislador es el postulado de proscripción de la grosera inidoneidad de la criminalización, el cual se actualiza cuando, pese a existir en el ordenamiento jurídico un modelo efectivo de solución de controversia, se pretenda introducir poder punitivo. Es decir, remplazar un modelo eficaz por otro que no lo es, legitimándolo a través de discurso jurídico racionalizante.

Un claro ejemplo de lo anterior, no lo proporciona nuestro multicitado autor Raúl Zaffaroni, al señalar:

A cualquiera se le puede ocurrir criminalizar la falta de pago del servicio telefónico, con el argumento de que si todos hiciéramos lo mismo la empresa quebraría y afectaría las comunicaciones, indispensable para la defensa nacional, por lo que, aplicando la teoría del bien jurídico tutelado combinada con la universalización de la conducta y la tesis del peligro abstracto, se llegaría a la conclusión de que es necesario un tipo penal que criminalice la falta de pago como delito de peligro contra la defensa nacional.<sup>286</sup>

---

<sup>286</sup> *Ibidem*, p. 118.

El discurso que se acaba de ejemplificar y que legitima poder estatal, es común en la dogmática penal, pues no podemos perder de vista que el derecho en gran medida está constituido por argumentación.

Es una tendencia actual considerar fundamentalmente al derecho como una práctica argumentativa, no sólo en el ejercicio profesional en los tribunales sino el ámbito de la argumentación jurídica también opera en la creación científica o doctrinaria del derecho y en la creación legislativa.

Para darle mayor fuerza a la afirmación anterior, señalamos que Manuel Atienza establece que pueden distinguirse tres campos de lo jurídico en que se efectúan argumentaciones. El primero de ellos es en la producción de normas jurídicas. Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos es el de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos concretos, actividad que realizan los órganos jurisdiccionales o los particulares. Y finalmente, el tercer ámbito en que tiene lugar argumentos jurídicos es el de la dogmática jurídica. La dogmática vista como una actividad compleja en las que cabe distinguir esencialmente tres funciones: 1) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ellos tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico<sup>287</sup>.

Finalmente, el principio de limitación máxima de la respuesta contingente. Desde nuestra postura, el nombrado principio opera como limitante en la producción descarrilada de leyes penales, debido a hechos concretos y alarmantes que se dieron a conocer en los medios masivos de comunicación.

---

<sup>287</sup> Cfr. Atienza, Manuel, *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, 4ª reimpresión, UNAM, México, 2009, p. 1-2.

Este principio o eje rector del derecho penal, tiene íntima relación con lo que se ha denominado por los teóricos como *las velocidades del derecho penal*, en este sentido, Zaffaroni establece:

Es casi inevitable reconocer que la legislación penal se mueve con dos velocidades: una viene desde el siglo XIX, con un número más o menos limitado de tipos penales, relativamente respetado durante la mayor parte del siglo XX, pero desde los años ochenta pasó a funcionar con una segunda velocidad, impulsada en buena medida por políticos empelados en hacer clientela y por grupos corporativos interesados en hacer honorarios.<sup>288</sup>

Es un fenómeno observable en el mundo de la política, que sus actores emitan discursos tendientes a criminalizar o aumentar las penalidades de los delitos que se cometen con mayor frecuencia en la sociedad como son los delitos de extorsión, secuestro y principalmente robo, (por señalar algunos ejemplos), al grado de promover la pena de muerte, lo que en el sistema jurídico mexicano es casi imposible, pues para aprobar esta medida se tendría que realizar una reforma constitucional y a su vez desconocer diversos tratados en materia de derechos humanos, lo que traería consecuencias y responsabilidad por parte del Estado mexicano en el ámbito internacional.

Ante tales circunstancias, debe extremarse la aplicación del precitado principio, para no acelerar la velocidad de la creación normativa penal principalmente en perjuicios de los más vulnerables al poder punitivo.

#### **b) Principio de superioridad ética del Estado.**

Todo Estado Constitucional y Democrático de derecho, debe de tener por lo menos alguna aspiración ética, y se diferencia del Estado de policía en que éste

---

<sup>288</sup> Zaffaroni Eugenio, Raúl, *et. al.*, *Manual de derecho penal...*, *cit.*, p. 118.

sólo cuenta con la coacción, pero a medida en que la segunda forma de Estado se deteriora el sistema penal se convierte en criminal, perdiendo toda legitimidad y por lo tanto carece de autoridad ante la opinión pública para exigir comportamientos acordes con el derecho, generando irracionalidad que debilita la función de pacificador social, pero que al mismo tiempo pierde niveles éticos al legitimar formas de coacción innecesarias.

Por lo que, la renuncia a los límites éticos da lugar a su ilegitimidad, aunque trate de racionalizar su poder a través de discursos argumentativos que terminan siendo en última instancia aberraciones éticas, generando siempre una posible guerra civil en este tipo de Estado sancionador.

“Los órganos jurisdiccionales no deben tolerar que el Estado se degrade y deteriore su superioridad ética. Cuando la ley autoriza formas de ejercicio de poder punitivo realmente inquisitoriales y al margen de toda ética, debe ser descalificado en función de su incompatibilidad con el principio republicano y declararlas inconstitucionales.”<sup>289</sup>

Se trasgrede el citado principio cuando la política criminal autoriza realizar acuerdos con los delincuentes para que delate a sus cómplices, o coautores; designar agentes encubiertos que instigan a cometer delitos para descubrirlos; los testigos secretos, entre algunos otros, que denigran el nivel ético del Estado al de los propios delincuentes.

### **c) Saneamiento genealógico.**

Es claro que cuando el legislador crea un tipo penal, lo hace en un determinado contexto social, histórico, cultural, económico, etcétera, lo cual es mutable en el tiempo.

---

<sup>289</sup> *Ibidem*, p. 119.

El principio que se señala, apunta a corregir esos componentes ideológicos que la norma penal puede contener, cabría decir, los elementos ideológicos de la norma penal y que pueden encontrarse en conflicto con los fundamentos ideológicos consagrados en la ley suprema de la nación.

Los autores Alagia y Slokar, señalan en su Manual de derecho penal parte general, lo siguiente:

En el derecho penal histórico se hallan múltiples racionalizaciones contrarias al principio republicano de gobierno, a la ética, al estado de derecho y a los derechos humanos cuando nos presentan argumentos aberrantes. Las particulares criminalizaciones primarias surgen en cierto momento histórico y son consagradas por legisladores que participan en determinado contexto cultural y de poder: el legislador que construye un tipo, imagina un conflicto y lo define, condicionado por las representaciones colectivas, los prejuicios, las valoraciones éticas, los conocimientos científicos, los factores de poder y las racionalizaciones de su particular momento histórico y cultural. Estos condicionantes mutan rápidamente por efecto del dinamismo cultural, pero los tipos penales quedan y además son copiados por otros códigos en países que nada tienen en común con el contexto originario.<sup>290</sup>

En este sentido, el objetivo de la investigación genealógica de los tipos penales es descubrir la carga ideológica incompatible con el sistema normativo de los Estados de derechos, y facilitar la labor interpretativa de los mismos. Ya que no basta realizar sólo un estudio exegético de la norma, sino que se debe rastrear su genealogía para descubrir los componentes que deben ser excluidos.

Esto suele suceder porque los legisladores suelen copiar tipos penales de otros ordenamientos cuando tratan de nutrirse del derecho comparado, sin

---

<sup>290</sup> *Ibidem*, pp. 138-139.

embargo, no realizan un análisis de cuál fue el contexto original en que se creó la norma.

Un aspecto que debemos analizar, es si dicho principio se encuentra sustentado en una norma positiva, o sólo, constituye un principio de elaboración dogmática para la interpretación de la ley penal.

Prima facie, a diferencia de otros principios que hemos referido, el principio en estudio pareciera no tener fuente normativa que lo legitime, como un parámetro a tomar en cuenta al momento de interpretar y aplicar la norma penal.

Según nuestra opinión, si con el principio de saneamiento genealógico pretende adecuar las leyes penales al Estado de derecho, la base de dicho principio tendría su fuente en el régimen republicano de gobierno establecido en nuestro artículo 40 Constitucional que reza lo siguiente:

Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.<sup>291</sup>

#### **d) Principio de culpabilidad.**

La esencia de dicho principio se suele formular con dos proposiciones: no hay pena sin culpabilidad, y, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad. Debe diferenciarse este principio, de la culpabilidad como elemento del delito que consiste en el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico.

---

<sup>291</sup> Artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

El principio de culpabilidad viene a ser uno de los ejes fundamentales del derecho penal, postulando que sólo pueda recurrir al instrumento de la pena por parte del legislador y del aplicador del derecho, en la medida en que la lesión de un bien jurídico o su puesta en peligro típica y antijurídica, sea realizada de forma culpable, es decir, que sea personalmente reprochable a su autor.

En palabras de Mezger:

La culpabilidad penal no es culpabilidad en sentido ético sino jurídico (...) Es, por tal causa, independiente del problema de la libertad del querer (...) La culpabilidad en el sentido del derecho penal, significa la afirmación de una referencia, jurídicamente desaprobada, de la acción a la personalidad del agente (...) Esta personalidad se concibe como personalidad empírica (...) La lucha en torno a la llamada libertad del querer no conmueve la firme existencia del concepto de culpabilidad jurídico penal.<sup>292</sup>

La pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad, que comporta consecuencias de todo tipo en relación con la fase de determinación e individualización de la pena.

El sí y el *quantum* de la pena no sólo quedan limitados por el contenido de injusto cometido, sino también por la resultancia de todas aquellas circunstancias personales que, en definitiva, son las derivadas del principio de culpabilidad. La adecuación de la pena a la culpabilidad, constituye un derecho fundamental y un límite del poder penal del Estado, que deben reconocer directamente los tribunales.

---

<sup>292</sup> Mezger, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, Madrid, 1949, Tomo II, p. 9.

### 3.4 Algunos otros principios.

#### a) Principio del hecho.

El principio del hecho o de la objetividad material del delito, establece que el delito no puede consistir en una actividad puramente interna, ni en un modo de ser de la persona, sino que requiere un comportamiento exteriorizado, susceptible de percepción sensorial.

El contenido del principio del hecho, se expresa, básicamente, en el aforismo latino *cogitationem paenam nemo patitur* (nadie puede ser castigado por sus pensamientos). Este principio está estrechamente vinculado con el principio de legalidad en materia penal, es decir, del *nullum crimen sine lege*, por lo que establece la exigencia de que un hecho sea la causa de la pena. Es decir, con el citado principio se construye un modelo penal de acto y no de autor.

Pudiera parecer contradictorio el principio del hecho con la punición de los denominados delitos omisivos, por cuanto a la omisión es ausencia de acción, sin embargo, debe precisarse que el centro de la teoría jurídica del delito no es la acción sino el hecho típico, por lo que la supuesta contradicción queda completamente eliminada cuando la ley describe una situación fáctica omisiva que se materializa en el conjunto de circunstancias objetivas y externas que configuran una determinada posición del sujeto activo que no actúa en el sentido esperado por el ordenamiento jurídico. Se distingue así, la omisión como modalidad de comportamiento humano o de la conducta humana.

Del mismo modo, la inclusión de elementos subjetivos en la descripción de las conductas prohibidas podría parecer que entra en colisión con el principio del hecho, aunque como dijéramos respecto del hecho omisivo, ello no es así en la medida en que el fundamento del castigo, y previamente de la prohibición, se sitúe no tanto en momentos anímicos autónomamente considerados, cuando en un

hecho externo cuyo sentido se adquiere en virtud de dichos factores subjetivos de determinación de la dirección del actuar externo.

**b) Principio de no exigibilidad de conducta distinta a la habida.**

El citado principio se funda en la idea de que *debido es sólo lo que puede ser exigido*, siendo, la exigibilidad el sentido de la culpabilidad. Para que algo pueda ser exigido a un sujeto particular, es necesario que pueda exigirse a cualquiera que se halle en idénticas circunstancias, y que el sujeto personalmente sea capaz de llevarlo a cabo. Dichas exigencias, pueden compendiarse en la fórmula de que *se es culpable cuando pudo actuarse de modo distinto al que se hizo*, en síntesis: un derecho penal democrático no debe exigir heroicidades.

Este pensamiento de la inexigibilidad, posteriormente, transformado en principio informativo del derecho penal, está en la base de decisiones tan antiguas como la de la Corte de casación de Turín de 20 de octubre de 1881, que estableció:

Si la ley no obliga a denunciar la culpabilidad del padre, del hijo, de la mujer, y del hermano, no puede bajo pena como reo de falso testimonio, obligar a deponer contra sí mismo, a proclamar y a sentir con su confesión su culpabilidad como cómplice de un delito. La naturaleza de su acción no pudo ser modificada por el terrible dilema que se le planteó entre el deber jurídico de decir la verdad y el deber natural de defenderse a sí mismo. Postergar este último deber sería, un acto de sublime probidad, de verdadero heroísmo, pero la ley penal no exige a los hombres acciones heroicas.<sup>293</sup>

---

<sup>293</sup> Corte Nacional de Justicia del Ecuador. *El recurso de casación en el Estado constitucional de Derecho y justicia*. Consultado 20 de Abril del 2016, a las 1:05 p.m., versión en línea:

Como se ha afirmado, la exigibilidad como principio se proyecta de forma muy específica, como elemento de la estructura de la medida subjetiva de la culpa, adaptándose a las particularidades características individuales del agente, con la particularidad de no afectar a aspectos de la personalidad del sujeto, sino a la excepcionalidad de una situación de hecho que condiciona la capacidad efectiva de respeto a la norma que no pierde vigencia ni su objetiva eficacia en relación con todos sus destinatarios.

En este sentido, parte de la doctrina italiana, compartiendo también la posición de la doctrina alemana, une la noción de culpabilidad a la de exigibilidad de una conducta conforme al deber jurídico. La inexigibilidad, pues, excluye la culpabilidad, en cuanto el sujeto ha actuado en presencia de circunstancias que no permitían un comportamiento distinto al tenido. Para que exista culpabilidad debe concurrir, necesariamente, exigibilidad de una conducta conforme al derecho.<sup>294</sup>

### **c) Prohibición de analogía *in malam partem*.**

La mencionada prohibición es una consecuencia lógica del principio de legalidad penal, y supone la proscripción de la creación judicial de tipos penales. La prohibición de la analogía se produce en la medida en que constituye una auténtica forma de creación extralegal del derecho. Podemos definir la analogía como la extensión de la ley a casos no previstos en ella, sobre la base de que el mismo criterio valorativo que fundamenta la regla legal le es aplicable. Se distingue así, analogía e interpretación extensiva del derecho. La interpretación extensiva se limita a explicitar el pensamiento o *ratio legis* yendo más allá de su expresión literal, mientras que la analogía desarrolla la idea de la ley, más allá de su sentido manifiesto, o por mejor decir, cuando se rebasa el tenor literal posible,

---

[http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/publicaciones\\_cnj/Seminario%20casion.pdf](http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/publicaciones_cnj/Seminario%20casion.pdf).

<sup>294</sup> Cfr. Mantovani, Fernando, *Derecho Penal. Parte General*, Padova, 1992, p. 311.

cuando se aplica la ley a supuestos no contemplados implícita ni explícitamente en ella, se rebasa el ámbito de la interpretación extensiva y se penetra en el de la analogía.

Según, Jiménez de Asúa, la diferencia entre analogía en sentido estricto, e interpretación analógica, se fundamenta en la presencia o ausencia de un apoderamiento legal que haga aplicable la ley a supuestos análogos a los expresamente mencionados en ella. Si hay apoderamiento legal, estaremos ante la interpretación analógica; sino la hay, ante la analogía en sentido estricto.<sup>295</sup>

**d) Principio *in dubio pro reo*.**

El principio *in dubio pro reo* es un principio informativo de la aplicación del derecho penal, tanto en su momento legislativo, cuanto sobre todo el momento aplicativo, íntimamente vinculado con el derecho fundamental a la presunción de inocencia tal y como lo ha establecido nuestro máximo tribunal en algunas tesis como la que en seguida se transcribe con el fin de dar mayor fuerza a este argumento.

IN DUBIO PRO REO. INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE DUDA ASOCIADO A ESTE PRINCIPIO.

Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el citado principio forma parte del derecho fundamental a la presunción de inocencia en su vertiente de estándar de prueba. Ahora bien, el concepto de "duda" implícito en el principio *in dubio pro reo* debe entenderse como la existencia de incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis de la acusación, incertidumbre que no sólo está determinada por el grado de confirmación de esa hipótesis, sino también eventualmente por el grado de confirmación de la hipótesis de la defensa, en el supuesto de que existan pruebas de

---

<sup>295</sup> Cfr. Jiménez De Asúa, Luis, *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, 1964, p. 527.

descargo que la apoyen. De esta forma, cuando la hipótesis de la defensa es total o tendencialmente incompatible con la hipótesis de la acusación, el hecho de que aquélla se encuentre confirmada por las pruebas disponibles genera una incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis que sustenta el Ministerio Público, lo que se traduce en la existencia de una duda razonable sobre la culpabilidad del imputado. En este orden de ideas, entender la "duda" a la que alude el principio *in dubio pro reo* como incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis de la acusación, no sólo exige abandonar la idea de que para determinar si se actualiza una duda absoluta el juez requiere hacer una introspección para sondear la intensidad de su convicción, sino también asumir que la duda sólo puede surgir del análisis de las pruebas disponibles. En consecuencia, la satisfacción del estándar de prueba no depende de la existencia de una creencia subjetiva del juez que esté libre de dudas, sino de la ausencia dentro del conjunto del material probatorio de elementos que justifiquen la existencia de una duda.<sup>296</sup>

Por lo que decimos, que por una parte opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo.

Opera el referido derecho, además, y fundamentalmente en el campo procesal, en el cual el derecho y la norma que lo consagra, determinan una presunción, la denominada presunción de inocencia.

Se presenta también en la fase aplicativa, tanto en orden a la interpretación de las leyes penales, imponiendo, en igualdad de condiciones, la interpretación

---

<sup>296</sup> Tesis: 1a. CCXIX/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t I, libro 19, junio de 2015, p. 589.

más favorable al reo, cuanto en orden al tratamiento del imputado dentro del proceso.

El principio *in dubio pro reo*, se erigirá procesalmente en una fundamental regla de juicio, imponiendo que toda cadena se funde en pruebas de cargo y que las dudas en el enjuiciamiento se resuelvan a favor del reo, lo que se traduce que en caso de duda razonable el juez deberá de absolver.

#### **e) Principio de Intervención mínima.**

El principio de intervención mínima impone dos exigencias sobre el proceso de criminalización; por un lado debe tratarse de comportamientos “consistentes en las modalidades más graves de ataques a bienes sociales imprescindibles y por otro lado sus consecuencias deben poder ser constatadas y valoradas por las ciencias empírico-sociales.”<sup>297</sup>

En algunos casos, como en los derechos fundamentales el carácter esencial de los bienes jurídicos es evidente, es decir se protege los derechos individuales y de libertad de los sujetos; en otros casos existen derechos colectivos y sociales como el medio ambiente y la salud que es necesaria su protección. Como exige Ferrajoli, han de incluirse aquí bienes que no son derechos, como el interés colectivo a una administración no corrupta de los asuntos generales y de importancia. Además debe tratarse de un daño o de un peligro verificable y evaluable empíricamente, partiendo de las características de cada concreto comportamiento prohibido y no considerado en abstracto sólo el contenido de la prohibición.<sup>298</sup>

---

<sup>297</sup> Díez Ripollés, José Luis, *La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista*, en Teorías actuales en el derecho penal, Buenos Aires, Ad. Hoc, 1998, p. 437.

<sup>298</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y razón...*, cit. p. 472.

La aceptación y desarrollo de un derecho penal mínimo -nos dice Hassener, citado por Terradillos Basoco- “comporta un substancioso recorte de los ámbitos criminalizados; ámbitos hoy ocupados en demasía a impulsos de la “dialéctica de lo moderno por la tutela de bienes jurídicos colectivos mediante el generoso recurso a los denominados de peligro abstracto.”<sup>299</sup>

Por lo que es claro, que la inclusión de la afectación real a los bienes jurídicos tiene efectos limitadores evidentes. Esta tarea debe comenzar por la radical negativa del peligro presunto o al deducido de la mera probabilidad estadística.

El planteamiento ha de ser, tanto en lo político –criminal como en lo dogmático, se puede reivindicar los tipos de peligro sólo si se tiene presente dos datos esenciales: que peligro supone probabilidad de un mal (típico) y que todos los presupuestos de exigencia de responsabilidad criminal han de ser probados. La probabilidad lo ha de ser pues, de un mal que, en derecho penal, ha de afectar de manera jurídica a un bien jurídico. Lo que lleva a negar la admisibilidad de los delitos de desobediencia o de inmoralidad, a los que se asigna, ante la ausencia de bienes jurídicos susceptibles de lesión, la etiqueta de peligro, para ocultar que no peligran nada.<sup>300</sup>

En este orden de ideas, no es operante fundamentar la crítica al concepto de bien jurídico por su inidoneidad para explicar una serie de delitos considerados de peligro abstracto, pero que en realidad no protegen ningún bien jurídico. La conclusión a la que se arribamos es que no hay una incapacidad del concepto de bien jurídico, sino la inexistencia de bien jurídico afectado: por lo tanto, no se debe cuestionar la vigencia del principio de exclusiva protección de

---

<sup>299</sup> Hassener, *cit. post.*, Terradillos Basoco, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad...*, *cit.*, p. 35.

<sup>300</sup> *Cfr. Ibidem*, p. 36.

bienes jurídicos, sino la inadmisibilidad de esos denominados tipos de peligro, en los que el peligro está ausente.

**f) Principio de Subsidiaridad.**

Una política criminal de tutela de bienes jurídicos tiene justificación y credibilidad sólo cuando es subsidiaria de una política extra-penal de protección de los mismos bienes. Reforzar la intervención de los mecanismos pre-penales, consideramos tendría un claro efecto limitador, aún en el caso de bienes jurídicos de relevancia indiscutible, obligaría a reservar la criminalización sólo a determinadas formas de ataque, reservando las demás a las normas de derecho civil o administrativo.

Nos afirma nuestro multicitado autor español Juan Terradillos:

Si se detecta en algún sector infraccional una fuerte expansión punitiva, a expensas de las garantías propias del modelo penal democrático, lo coherente en doctrina no es la adhesión a la segunda vía” sino un rearme teórico y político en torno a la reivindicación de principios que doten al sistema penal de un ámbito propio, acotado y fundamentado con el consiguiente recorte de pretensiones criminalizadoras y confiando al sistema sancionador administrativo lo que no puede alcanzar relevancia penal.<sup>301</sup>

Una radical descriminalización de la delincuencia de bagatela, de injustos meramente formales, de puras desobediencias, de irregularidades a las que puede regular y resolver el derecho privado o el derecho administrativo sancionador,

---

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 39.

debe ser el primer paso de una verdadera política criminal que respete la dignidad del ser humano.<sup>302</sup>

Creemos que la administración del sistema sancionador es distinta a la administración del derecho penal (en estricto sentido), y esto no comporta necesariamente desarme preventivo. En primer momento, no debemos renunciar a los importantes efectos de las sanciones administrativas que pueden llegar incluso a ámbitos vetados de las penales, como es el caso, en muchos ordenamientos, de las personas jurídicas; “ni puede el derecho penal asumir la ordenación de estrategias económicas, que deben confiarse al derecho administrativo, con sus medios preventivos, coercitivos y coactivos propios.”<sup>303</sup>

Por lo que el camino a seguir es justamente el contrario al elegido actualmente por el legislador ya que siempre recurren primero al instrumento jurídico sancionador del derecho penal para reforzar políticas coyunturales, objetivo al que sólo puede servir legítimamente, instrumentos sancionadores de naturaleza administrativa o de carácter civil.

## **CAPÍTULO 4**

### **ANÁLISIS TEÓRICO DOGMÁTICO DE LA PENA.**

En este apartado realizaremos un análisis de cuales han sido las posturas de diferentes autores respecto del fundamento y los fines de la pena, así como las diferentes teorías que han surgido en la dogmática jurídico penal.

---

<sup>302</sup> *Cfr.* Martínez Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico, parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 27-28.

<sup>303</sup> Feijóo Sánchez, Bernardo, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, Civitas, 2002, p. 203.

En este sentido, la importancia del legislador al momento de adoptar una postura teórica e imprimirla al crear una ley penal es de gran magnitud, dado que estas normas van a encaminar el comportamiento social por una determinada senda. En forma general Reyes Rodríguez nos señala la importancia del trabajo legislativo al decir que:

La manera en que se conducirán las relaciones; la discrecionalidad de las autoridades; la participación de los ciudadanos; la distribución de los recursos; la asignación de los derechos de propiedad; la certidumbre de las transacciones económicas y la capacidad para predecir tanto acciones futuras como el cumplimiento de mecanismos para ejecutar las obligaciones jurídicas, depende de quienes formulen las leyes.<sup>304</sup> Entre algunas otras cosas.

En particular en materia penal, establecer las conductas antisociales que van a tener el carácter de delito, es decir, aquellas que van a estar tipificadas en una ley penal y como consecuencia jurídica la imposición de una pena.

#### **4.1 Criterio de algunos autores respecto de la pena.**

En el transcurso de la historia respecto a la problemática de la pena se ha tratado en extenso tanto por juristas, teólogos filósofos, médicos, psicólogos, etc., estando aún en debate la naturaleza, función y su fundamento.

La idea añeja de las penas privativas de libertad se encuentra enraizado con la formación del Estado Liberal, especialmente sobre la base de una idea humanitaria, utilitaria y resocializadora. Su humanitarismo radicaba en modificar la situación existente de tormentos, penas de galeras y en general las de carácter corporal. Su utilitarismo en provecho para el Estado y para regular en el mercado

---

<sup>304</sup> Reyes Rodríguez, Mondragón, *op. cit.*, p. 82.

la mano de trabajo ociosa y marginal. Su resocialización consistía justamente en disciplinar al campesino y al marginal para el trabajo en la obra.<sup>305</sup>

Muchos autores consideran como parteaguas de la dogmática jurídico penal respecto al tema de la pena privativa de libertad, el famoso ensaño ya citado de César de Beccaria *De los delitos y de las penas* ya que en él, establecía que el fin de las penas no es atormentar ni infligir dolor, sino impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Las penas deben de ser proporcionadas a los delitos. La pena de muerte no es útil ni necesaria. Concluyendo su obra diciendo “para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes”.<sup>306</sup>

Heleno Fragoso nos dice que “El término pena deviene del latín *poena* que significa dolor, trabajo, fatiga, o sufrimiento. La pena es una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito”.<sup>307</sup> El mismo autor citando a Franz Von Liszt, señala que “la pena es un mal que el juez penal inflige al delincuente a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor”.<sup>308</sup>

---

<sup>305</sup> Cfr. Bustos Ramírez, Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, volumen I, Madrid, Trotta, 1997, p. 176.

<sup>306</sup> Beccaria, César, *op. cit.*, p. 87.

<sup>307</sup> Fragoso, Heleno, *Lecciones de derecho penal*, 8ª. ed., Río de Janeiro, Forense, 1985, p. 23.

<sup>308</sup> *Idem.*

En la misma línea argumentativa, el maestro Plascencia Villanueva, señala que “La palabra *pena* procede del latín *poena*, su significado está plenamente identificado con la idea de castigo y de sufrimiento.”<sup>309</sup>

Según Raúl Plascencia citando a Francisco Carrara dice que a la pena se le puede conceptualizar como un mal que la autoridad pública le infringe al culpable por causa de su delito.<sup>310</sup>

Para Luzón Peña “la pena es la consecuencia jurídica, la sanción tradicional del delito, pero además la sanción penal es, en principio, no un mal cualquiera sino la forma más grave de reacción de que dispone el ordenamiento jurídico; es por tanto, una privación o restricción especialmente dura de los bienes jurídicos más importantes”.<sup>311</sup>

Señala Jakobs que el contenido y la función de la pena no se puede configurar (ni si quiera limitándose a la pena estatal) con independencia de la existencia del orden en el que se pune, ni de la comprensión de su sentido. Así, por lo que se refiere a la existencia del orden, un Estado que deba concentrar sus fuerzas para el aseguramiento de su existencia (por ejemplo, en guerra) empleará la pena que al menos a corto plazo garantice la eficacia (por ejemplo, intimidación de penas severas), mientras que un Estado sin problemas agudos de existencia puede asumir la ineffectividad a corto plazo, para conseguir con largueza de miras

---

<sup>309</sup> Plascencia Villanueva, Raúl, Teoría del delito, México, UNAM, 1998, p. 178.

<sup>310</sup> *Cfr. Ibidem*, pp. 178 y 179.

<sup>311</sup> Luzón Peña, Diego Manuel, Curso de derecho penal, parte general I, Madrid, Editoriales Universitas, S. A., 1996, p. 54.

la paz interna (por ejemplo, evitando las penas severas para no embotar la sensibilidad ante la violencia).<sup>312</sup>

En efecto el ordenamiento jurídico debe tomar en cuenta todos los datos reales de conocimiento que otras ciencias le proporcionan al derecho, es decir, nutrirse de una forma multidisciplinaria; sin embargo discurrimos con el autor cuando afirma que la realidad social es la que establece el límite para la creación de las normas penales y en consecuencia para el establecimiento de la pena; pues que él Estado se encuentre en una emergencia no legitima la creación de normas inhumanas o irracionales, pues este tipo de discurso pueden dar pauta para que se gesten Estados con ordenamientos jurídicos similares a los establecidos en la Alemania nazi, en la Italia fascista o en la Rusia estalinista.

Según este autor, las notas comunes que existen en la pena, a pesar de todas las diferencias, y que permiten hablar unitariamente de esta, son las siguientes: “La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma, por *a costa de* se entiende en este contexto la pérdida de cualquier bien.”<sup>313</sup>

---

<sup>312</sup> Jakobs, Günter, *Derecho penal, Parte general, Fundamento y teoría de la imputación*, 2ª. ed., Traducción de Cuello Contreras, Joaquín, Serrano González de Murrillo, José Luis, Madrid, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., 1997, p. 8.

<sup>313</sup> *Idem.*

Por su parte Francesco Antolisei dice que “el vocablo pena es sinónimo de castigo, en general indica el dolor, es el sufrimiento que se inflige a quien ha violado un mandato”.<sup>314</sup>

Respecto al tópico Cerezo Mir refiere que la pena es la más grave de las sanciones del ordenamiento jurídico, y encuentra su justificación en el delito cometido y en la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro; para el citado autor la pena debe de ser justa, adecuada a la gravedad del delito pero además ha de ser necesaria para el mantenimiento del orden social, pues se trata de la justificación de la pena Estatal.<sup>315</sup>

Respecto a los antecedentes modernos de la concepción de la pena Enrique Bacigalupo relata que: ya en el siglo XVII, se elabora un primer discurso ideológico del derecho penal que se llevaría luego a la práctica en el Estado moderno. La premisa básica consistió en excluir de la potestad de la venganza estatal, ya que ésta correspondía al estado natural, en el que la libertad es entendida como la ausencia de toda limitación.<sup>316</sup>

Por su lado Hugo Grotius dice que la pena debe contemplar la utilidad del que ha pecado o de aquél cuyo interés es que no vuelva a pecar o de algún otro. Concluyendo: “el fin de que el lesionado no sufra nuevamente lo mismo, puede ser alcanzado de tres maneras: primera, excluyendo al delincuente; luego quitándole la fuerza que le permite lesionar; finalmente enseñándole, mediante la

---

<sup>314</sup> Antolisei, Francesco, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1988, p. 79.

<sup>315</sup> *Cfr.* Cerezo Mir, José, *Curso de derecho Penal Español*, Madrid, Editorial Tecnos, 1997, p. 34.

<sup>316</sup> *Cfr.* Bacigalupo, Enrique, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1998, pp.10-12.

aplicación de un mal.... Para que otros no repitan la lesión la pena debe de ser pública y visible; entonces se podrá tomar ejemplo de ella”.<sup>317</sup>

Al analizar la postura de Grotius nos percatamos que es maquiavélica, pero no es de sorprender debido a la época en que escribió su obra, pero en ella plasma ciertos antecedentes de las teorías neutralizantes y preventivas.

Volviendo al maestro Italiano Bacigalupo, al abordar este tema describe con su habitual profundidad la problemática, y nos dice que las respuestas a la naturaleza de la pena llevan ya más de dos mil años; Estas respuestas han sido formuladas como teorías de la pena. Sin embargo, estas *teorías* sólo son tales en la medida en que la expresión teoría se tome en sentido amplio. En real no se trata de teorías sino de principios o axiomas legitimantes, (en este mismo sentido se pronuncia también Zaffaroni), cuya función en la ciencia del derecho penal es la de fundamentarlo en último término. Por lo tanto las teorías de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el ser de la pena no depende de la naturaleza que se le atribuya, sino a otra pregunta: ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena?<sup>318</sup>

Para este autor, lo importante no es determinar la sustancia de la pena, sino las condiciones en las cuales la aplicación de una pena podría considerarse legítima.

Raúl Zaffaroni sostiene una *postura agnóstica* respecto de la pena y refiere que “el concepto de pena no puede proporcionarlo ningún discurso legítimamente, y tampoco puede quedar en manos del legislador, no puede haber un saber que

---

<sup>317</sup> Grotius, Hugo, *Del derecho de la guerra y de la paz*, clásicos jurídicos, Madrid, Reus, 1925, p.49. Consultado el 22 de septiembre del 2016 a las 7:28 p.m., versión en línea en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2010/delDerechoDeLaGuerraYDeLaPazT1.pdf>

<sup>318</sup> *Cfr.* Bacigalupo, Enrique, *Manual de derecho...*, *cit.*, p. 12.

aspire a cierta dignidad académica y cuyo ámbito depende de un acto de poder político”.<sup>319</sup>

Por lo que atendiendo a los anteriores criterios podemos concluir que existen posturas que intentar justificar con base en la racionalidad la imposición de la pena estatal; mientras que otros criterios como el de Zaffaroni establecen que no procede justificar de manera racional la pena, ya que la considera como una simple manifestación de poder.

En esta tesitura Zaffaroni define a la pena como todo sufrimiento o privación de algún bien o derecho que no resulte racionalmente adecuado a alguno de los modelos de solución de conflictos de las restantes ramas del derecho.<sup>320</sup>

Sobre este tópico Pérez Daza refiere que “es un error aceptar que la pena es un instrumento de violencia institucionalizada en manos de autoridades (grosso modo postura que sostienen Zaffaroni, Bacigalupo, Foucault), pues sería tanto como desconocer los principios que limitan el poder punitivo del Estado, y en consecuencia al derecho penal mismo.”<sup>321</sup>

El autor italiano Luigi Ferrajoli dice que:

La respuesta que se da generalmente a esta pregunta por parte del pensamiento jurídico filosófico es la expresada por la máxima *NULLA POENA SINE CRIMINE*, la pena según este principio es una sanción infligida *ob malus actionis* o *propter delictum*, esto es, aplicable cuando se haya cometido un delito que constituye su causa o condición necesaria por lo que la pena se configura como como efecto o consecuencia jurídica. Se

---

<sup>319</sup> Zaffaroni Eugenio, Raúl, *En busca de las penas...*, *cit.*, pp. 21 y ss.

<sup>320</sup> *Cfr. Idem.*

<sup>321</sup> Pérez Daza, Alfonso, *op. cit.*, p. 107.

trata del principio de retribución o del carácter de consecuencia del delito que tiene la pena, que es la primera garantía del derecho penal y que, como escribe H.L. Hard, expresa no el fin sino justamente el criterio de distribución y de aplicación de las penas. Gracias al principio de retribución, la pena no es *prius*, sino un *posterius*, es decir, no una medida preventiva sino una sanción retributiva o *post delictum*.<sup>322</sup>

Es claro que la intervención del derecho penal liberal es un mecanismo que actúa después de que se ha cometido el delito, en un sentido similar al de Ferrajoli se pronuncia Ricardo Núñez al referir que “El derecho penal actúa cuando el daño ocasionado por el delito ya está consumado. Actúa *post-delictum*”.<sup>323</sup>

Desde nuestro entender es algo drástica la postura que toma el gran jurista argentino, en el sentido que si bien es cierto la pena debe de ser la *ultima ratio iuris* hay en algunos casos donde es evidente su racionalidad, así como su necesidad respecto de su imposición, pero desafortunadamente en la actualidad y como hemos hecho énfasis, nuestros legisladores están abusando de esta medida tan gravosa para los gobernados, al grado de parecer que es el único instrumento con el que cuenta el Estado para sancionar y tratar de prevenir las conductas antisociales elevadas a rango de delito.

Por lo que nos inclinamos a la tesis de que la pena en algunos casos está justificada y es necesaria, siempre y cuando se respeten los principios que limitan al poder punitivo, y con un respeto absoluto de los derechos humanos y las garantías necesarias para su salvaguarda.

---

<sup>322</sup> Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, *Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 415.

<sup>323</sup> Núñez, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª. ed., actualizada por Spinka y González Córdoba, Lerner, 1999, pp. 15-17.

Consideramos que el derecho penal al ser un sistema de control social formal, únicamente tiene sentido si se lo considera como la continuación de las actividades de un conjunto de instituciones públicas y privadas (familia, escuela, formación profesional, instrucción religiosa, etc.), cuya tarea consiste precisamente en socializar y educar para la convivencia de los individuos a través del aprendizaje e internalización de determinadas pautas de comportamiento. Así por ejemplo, “todos sabemos que matar o robar está prohibido, pero este conocimiento primero lo adquirimos como norma social y posteriormente como norma jurídico-penal.”<sup>324</sup>

#### **4.2 Los fines de la pena y sus teorías.**

Como mencionamos en el apartado que antecede durante el devenir de los tiempos diferentes autores han tratado de establecer la función así como la justificación de la imposición de las penas, por parte del poder estatal.

Algunos autores nos dice que existe un derecho del Estado de imponer sanciones cuando los gobernados infringen sus normas debido a que trasgreden la estabilidad de la norma, algunos otros lo justifican en un contrato social, otros piensan que se basa en un idea absoluta de justicia, unos más refieren no poder justificarse y finalmente otros dicen que se justifica debido a la necesidad y a su utilidad tanto en lo individual como en lo colectivo.

La función que le asigne cada uno a la norma penal (y por consiguiente a la pena), puede ser diversa dependiendo del plano filosófico, jurídico, social, económico, político, etcétera, por lo que en ésta recae la esencia del derecho penal, que es definido como ya lo mencionamos con antelación, como uno de los instrumentos de control inmerso en un complejo sistema social.

---

<sup>324</sup> Muñoz Conde, Fernando y García Aran, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 63.

Pero nos inclinamos a la postura de que “la finalidad del derecho penal es la protección de bienes jurídicos más indispensables a través de la sanción de las acciones humanas consideradas por el legislador como delitos y de esa manera, procurar una ordenada convivencia social.”<sup>325</sup>

Las funciones asignadas a la norma penal deben situarse en paralelo con dicha reflexión (las concepciones de la pena son fruto de la reflexión del hombre situado en el seno de su propia sociedad, constituyendo por tanto un problema histórico social), pues es notorio que la especificidad del derecho penal como instrumento de control social viene afirmada precisamente en razón del predominio de la pena como respuesta al comportamiento desviado.

Nos afirma Pérez Daza que “la función de la norma penal es precisamente uno de los puntos esenciales para el estudio de cuestiones dogmáticas y político criminales.”<sup>326</sup>

En este orden de ideas decimos, que las normas penales desarrollan una función motivadora que está indisolublemente unida a la función de protección de los bienes jurídicos ya que son funciones inseparables y complementariamente recíprocas de la norma penal.

Motivar a los destinatarios de la norma penal implica incidir en su comportamiento para que se abstengan de lesionar o poner en peligro *real* a un bien jurídico tutelado por el dispositivo legal. En este sentido puede considerarse a las normas penales como normas de determinación, esta consideración se acomoda a la naturaleza del derecho penal como instrumento de dirección social y es coherente con las exigencias preventivas que en el campo penal impone en el Estado social y democrático de derecho.

---

<sup>325</sup> Jescheck, Hans, y Weingen, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Traducción de Olmedo Cardenette, Comares, Granada, 2002, p. 2.

<sup>326</sup> Pérez Daza, Alfonso, *op. cit.*, p. 118.

Respecto de este punto podemos afirmar que la doctrina dominante en la actualidad tiene como punto de partida el bien jurídico y su finalidad es precisamente su protección, sin embargo como ya lo señalamos no hay que perder de vista que algunas tendencias como el funcionalismo sistémico de Jakobs dejan a un lado el concepto de bien jurídico, por considerar de mayor importancia reafirmar la confianza del ciudadano en la norma jurídica.

Algunos autores como Zaffaroni y Foucault señalan que la función de la ley penal es el control social, lo cierto es que el tema de los fines y la función de la pena ha sido siempre polémico; pues como se ha dicho por más de dos mil años se ha intentado responde a la pregunta de ¿Cuál es la naturaleza de la pena? De modo que han surgido diferentes teorías tratando de dar respuesta a la interrogante impregnando a sus hipótesis con axiomas legitimantes cuya finalidad es la de fundamentar la legítima aplicación de la pena.

Existen diferentes posiciones teóricas para explicar los fines de la pena que bien pueden agruparse en torno a la idea de retribución, (teorías absolutas), o de prevención (relativas), o de la unión de ambas (mixtas).

De manera sintética respecto a las teorías que explican la función y fundamento de la pena podemos anotar lo siguiente: las teorías absolutistas establecen una función metafísica consistente en *la realización de un ideal de justicia*. Estas teorías tienen como raíz valores absolutos y son retribucionistas, las teorías relativas se basan en la prevención y finalmente las teorías mixtas tratan de armonizar los postulados de las dos anteriores, por lo que trataremos de realizar en los siguientes renglones un pequeño esbozo de dichos.

### **4.3 Teorías absolutas de la pena.**

Para las teorías absolutas de la pena, se considera su imposición una necesidad ética debido al desequilibrio producido por la acción delictiva. De igual

manera la pena es un mal, y su fundamento es un hecho culpable que tiene como consecuencia un castigo.

Según el profesor Carlos Daza Gómez, “Esta teoría sobre la pena busca, como condición de la responsabilidad, elementos que permitan fundamentar una responsabilidad *ético jurídica* del autor. La teoría Kantiana del derecho se basa en *la metafísica de las costumbres* entendiéndola como la forma del conocimiento racional puro. El conocimiento *a priori* que se deriva del intelecto puro y de la razón pura.”<sup>327</sup>

Para esta corriente la pena es un fin en sí mismo, es decir, su función es restablecer el daño causado a través del imperio de la ley, al considerar al delito como el daño que se hace al orden social contemplado en la ley, entonces, se aplica una pena con el fin de reestablecer dicho orden. Para esta corriente el fin de la pena es independiente y desvinculado de su efecto social.

El retribucionismo se inspira por un lado en Emanuel Kant, (retribución moral), quien concibió la retribución como un aspecto ético y por el otro lado el retribucionismo de Hegel (retribución jurídica). “Por lo que las denominadas teorías absolutas propugnaban *que un mal se pague con otro mal*, dicho de otra manera sería la moneda con que la sociedad le paga al delincuente el mal cometido”.<sup>328</sup>

Sobre el particular el maestro Malo Camacho nos dice que:

La teoría absoluta de la pena, tiene como punto de partida, sobre todo el pensamiento del iluminismo racionalista, del que es especial y claro exponente Kant, quien a partir de sus obras, *Crítica de la razón pura* y

---

<sup>327</sup> Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, *Teoría general del delito*, 2ª. ed., México, Cárdenas Editor, 2000, p. 403.

<sup>328</sup> Parma, Carlos, *El espejo del derecho penal...*, cit., p. 61.

*Critica de la razón práctica*, donde se refiere a los *deberes de conciencia* en relación con la conducta del hombre, los cuales vincula con su concepción de los imperativos categóricos y los imperativos hipotéticos. Precisa los primeros en función de la conducta humana que responde al deber de conciencia, en tanto que los otros responden a otro tipo de valoraciones o situaciones de circunstancia y oportunidad. En tal orden de ideas, afirma que la conducta del hombre es conforme a los deberes de conciencia, cuando sea tal que lo que quiera la persona para sí, sea válido igualmente para los demás, y entiende que el hombre es un fin en sí mismo y, por lo mismo no puede ser medio para la consecución de otros fines; afirmación que habrá de tener particular relevancia en su concepción de la pena.<sup>329</sup>

Es evidente que Kant sostiene una postura retribucionista de la pena en la cual la idea de resocialización está ausente, pues el fundamento de la pena es el valor *per se* de la justicia, es decir, la aplicación de la pena es la forma en que la sociedad inclina la balanza con el delincuente por el hecho cometido.

Con base en lo anterior, podemos percatarnos que en esta teoría la pena se justifica y se explica como un fin en sí misma. Así la pena es respuesta y retribución a la lesión causada con el delito. “La pena debe de estar en relación con el grado de delito cometido, con lo que en la concepción de la pena absoluta se encuentra el concepto de la pena justa, toda vez que el límite de la misma está fijado por el límite de la afectación causada.”<sup>330</sup>

Esta concepción la pena, según Jakobs, en la actualidad es inaceptable, debido a que:

El injusto es un mal y el deber de cargar con los costes también es un mal, pero a pesar de ello no cabe definir la pena como infligir un mal a causa del

---

<sup>329</sup> Malo Camacho, Gustavo, *op. cit.*, p. 590.

<sup>330</sup> *Idem.*

mal cometido: Sería absurdo querer un mal porque ya se ha dado otro mal, y este seguir un mal a otro describe a la pena sólo según su carácter superficial. La pena hay que definirla positivamente: Es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada.<sup>331</sup>

Según Kant la acción de un hombre es buena si se realiza conforme al deber, si tuvo otros fines no será buena desde un punto de vista moral. La ley penal decía Kant -en la metafísica de las costumbres- es un *imperativo categórico* su necesidad no procede de su posible conveniencia para frenar la delincuencia, sino que es independiente de que pueda servir o no para tal finalidad; sea útil o inútil para asegurar la paz social, la pena debe imponerse si lo exige el valor de la justicia.<sup>332</sup>

Por su parte Hegel, estableció que la pena entendida como negación del delito, se convierte en afirmación del derecho, en virtud de que si el delito niega el derecho, la pena niega al delito, lo que significa la negación de la negación es la afirmación, en este caso del derecho.<sup>333</sup>

Podemos afirmar que lo medular estaba dado en que la pena tendría carácter retributivo, lo que implica un pago por el más uso de la libertad o bien por violentar la norma, precisamente por un hombre con capacidad de decidir libremente entre el bien y el mal, es decir, de un sujeto que es capaz de auto determinarse. Por esto la pena a aplicar debe de ser justa es decir, proporcional al mal causado, así la pena retributiva mira al pasado, al hecho cometido.

---

<sup>331</sup> Jakobs, Günter, *Derecho penal, Parte general...*, cit., p. 9.

<sup>332</sup> Cfr. Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, p. 318.

<sup>333</sup> Cfr. *Idem*.

Es evidente que este tipo de fundamentos ideológicos de la pena han perdido su vigencia y en la actualidad no es viable justificar ni legitimar poder punitivo por el aspecto valorativo de la justicia, de igual forma apelando a la justicia retributiva se podría llegar al grado de legitimar las penas de muerte, de mutilación, los palos, los tormentos etc., y tantas prácticas irracionales que afectaron en algún momento de la historia, y que hemos podido dejar atrás gracias a apelar a la razón.

Respecto de la teoría absoluta de la pena, podemos decir en síntesis, que es retribución. Es un mal por el mal causado, tiene una naturaleza de afectación de los bienes jurídicos, lo que *permite la graduación de la pena justa* impuesta a un hombre que tiene la capacidad de autodeterminarse. Como crítica a esta teoría se ha objetado que el hombre es un ser humano que actúa conforme a sentido y significación social y, por lo mismo, la respuesta social de la pena debe tener en cuenta tal situación antes de aplicar un castigo.<sup>334</sup>

Nos dice Malo Camacho, cabe señalar que si bien da base para la afirmación de un concepto de pena justa, que tiene la ventaja de delimitarse por la culpabilidad por el acto, lo que implica un elemento garantista objetivo, sin embargo, al no establecer límites en la imposición, lleva a la apertura de penas que no se limitan por el principio de la dignidad de la persona humana, que es uno de los principios fundamentales del Estado de derecho moderno democrático y liberal, que reconoce el respeto a la persona como fin y límite del Estado mismo.<sup>335</sup>

Por su parte la maestra Dolores Fernández Muños, al tratar de establecer los aspectos positivos de las teorías absolutas señala:

---

<sup>334</sup> *Cfr.* Malo Camacho, Gustavo, *op. cit.*, p. 592.

<sup>335</sup> *Idem.*

En favor de las teorías absolutas se puede sostener que impiden la utilización del condenado para fines preventivos generales, es decir, para intimidar a la generalización mediante la aplicación de penas al que ha cometido un delito, por tanto, no deben estar condicionados por la tendencia general a delinquir a la que el autor del delito es ajeno.<sup>336</sup> Por lo que no se sacrifica al individuo en favor de la colectividad.

Por otro lado, podemos afirmar que los representantes de ésta teoría añeja, ya aceptaban de manera rudimentaria la proporcionalidad de la pena, en algunos casos esta proporción era arcaica al igual que en la ley del talión, pero sin embargo, tenía una visión de retrospectiva respecto al hecho delictivo, esto es, un hecho pasado, analizaban la gravedad del hecho.

#### **4.4 Teorías relativas de la pena.**

Frente a las teorías absolutas aparecen las denominadas teorías relativas, que cumplen con una función social utilitaria. Las teorías relativas otorgan un fin ulterior a la pena, entonces lo nuclear en estas teorías pasa a ser *la prevención general o especial*.

Las teorías de la prevención más que ocuparse del fundamento de la pena, se ocupan del fin de la pena, el interés se centra en la función y finalidad. Esta teoría entiende a la ley penal y a la pena como vías, a través de las cuales la comunidad social, representada por el Estado, logra evitar que se cometan futuros delitos, por lo que su acción se dirige a toda la comunidad en general, en la que se incluye a la persona que cometió el delito.<sup>337</sup>

---

<sup>336</sup> Fernández Muños, Dolores Eugenia, *La pena de prisión, propuesta para sustituirla o abolirla*, México, UNAM, 1993, p. 48.

<sup>337</sup> *Cfr.* Malo Camacho, Gustavo, *op. cit.*, p. 594.

Para quienes creen en la prevención formulan conjeturas y así se suelen subdividir. Unos aceptan la “prevención general, donde la pena se dirige a una parte de la sociedad en forma negativa para que se abstengan de delinquir los posibles futuros delincuentes, o bien a toda la sociedad en forma positiva para que la gente observe que la norma no pierde su vigencia.”<sup>338</sup>

Por su parte Bacigalupo opina que la pena vista desde este enfoque guarda íntima relación con la culpabilidad al sostener:

Si se parte de la prevención general como fundamento de la pena, la proporcionalidad estará determinada por la lógica de esta concepción y la pena deberá ser mayor cuanto más pronunciado sea el impulso delictivo que se supone en los autores potenciales, es decir, en el público en general. La compatibilidad de este punto de vista con la dignidad de la persona, se pone en duda desde Kant. Por ese motivo, quienes dan cabida a la prevención general no dejan de reclamar una proporcionalidad con el hecho cometido, que debe referirse necesariamente a un criterio ajeno a la prevención general misma.<sup>339</sup>

Compartimos la idea del profesor argentino ya que consideramos que fundamentar la pena en la prevención general podría llevar a la trasgresión de la dignidad del ser humano, pues si la inclinación de delinquir en una sociedad es amplia, amplia tendría que ser la coerción psicológica que recae a los destinatarios de la norma y por consiguiente gravosa la pena a quienes hayan cometido un delito.

---

<sup>338</sup> Pérez, Manzano y Parma, Carlos, En *Culpabilidad lineamientos para su estudio*, Mendoza, Ediciones Jurídicas 1997, p. 137.

<sup>339</sup> Bacigalupo, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999, pp. 149 y 150.

#### 4.5 Teoría de la prevención general negativa.

La teoría de la prevención general establece que la función motivadora de la pena se dirige a todos los ciudadanos. La forma como tiene lugar este proceso, es precisamente lo que diferencia a las dos variantes que existen de esta teoría, es decir, la teoría de la prevención general negativa y la prevención general positiva, sobre el tópico el profesor Gustavo Malo Camacho nos ilustra diciendo:

Por prevención general se entiende fundamentalmente el contenido intimidatorio tanto de la punibilidad como de la pena. Con la amenaza de pena a los comportamientos tipificados como delitos, el Estado, desde un inicio, está enviando un mensaje a todos los miembros de la comunidad social, en el sentido de que habrán de ser objeto de un castigo o imposición de una pena para el caso de que incurran en la comisión del hecho delictivo; mensaje, éste, que a su vez, se ve confirmado y constatado con la imposición efectiva de la pena. De aquí la importancia de su exacta aplicación y de que se evite la impunidad que implica una contradicción con sus fines.<sup>340</sup>

Al respecto Jakobs escribió que “La formulación más conocida de la teoría de la prevención general negativa se debe a Feuerbach, pero no como teoría de la pena, sino de la conminación penal mediante leyes penales, lo que conocemos como *teoría de la coerción psicológica*.”<sup>341</sup>

En la misma línea discursiva, el profesor de nuestra máxima casa de estudios, señala que:

---

<sup>340</sup> Malo Camacho, Gustavo, *op. cit.*, p. 594.

<sup>341</sup> Jakobs, Günter, *Derecho penal, Parte general...*, *cit.*, p. 26.

La prevención general en la perspectiva de la intimidación, ha sido entendida a partir de la coacción psicológica a los miembros de la comunidad social, criterio éste, que fue sustentado por Feuerbach y que posteriormente habría de encontrar desarrollo en otros de sus sostenedores sobre todo como consecuencia del impacto causado por las investigaciones de Freud. Se ha observado así, que todos los miembros de la comunidad se sienten inclinados a la realización de comportamientos que pueden estar prohibidos por la ley penal y dicho impulso sólo puede ser inhibido, a partir de la certeza que, cada quien, tenga acerca del mal que abra de sufrir en caso de cometer el delito, aflicción, ésta, que siendo mayor que el provecho alcanzado por el comportamiento ilícito supone consecuentemente el retraimiento e inhibición psicológica del individuo frente a la conducta criminal, y de aquí la importancia que tiene el efecto disuasivo de la pena misma y su cabal imposición.<sup>342</sup>

Dicho lo cual, la prevención general negativa se traduce en la amenaza psicológica a la colectividad de una determinada sociedad, en otras palabras, esta teoría se caracteriza por ver a la pena como un mecanismo de intimidación para motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes penalmente protegidos. Este proceso de motivación a través de la intimidación puede verificarse en dos momentos distintos del sistema penal:

a) La pena debe ser un factor de inhibición psicológica para que los ciudadanos no se decidan a cometer un hecho delictivo. Este entendimiento de la función de la amenaza penal presupone que exista un vínculo psicológico entre el mensaje de la norma penal y los ciudadanos.

Es aquí donde precisamente podemos establecer el primer cuestionamiento a esta concepción de la pena, pues la mencionada *vinculación psicológica* resulta

---

<sup>342</sup> Gustavo Malo Camacho, *op. cit.*, pp.594-595.

muy difícil de sostener en gran parte de la población, pues sólo un número reducido de ciudadanos conoce los delitos, y lo mismo pasa con aquellos ciudadanos que viven lejos de las grandes ciudades, por ejemplo en los poblados y que son de escasos recursos económicos y de bajo nivel escolar, en donde la mayoría de las veces este vínculo es inexistente.

Por ello, la versión moderna de esta teoría entiende que la vinculación entre la norma y los ciudadanos no tiene un carácter empírico, sino normativo, es decir, que parte del hecho de que este diálogo racional existe, aunque empíricamente no sea así: ya que todos deben de conocer las normas jurídico penales.<sup>343</sup> Lo cual desde nuestra perspectiva resulta bastante criticable ya que en la actualidad existen un gran número de delitos que ni los alumnos y profesores de derecho conocemos con exactitud, basta darle una lectura al gran número de delitos especiales para comprobar tal situación.

Pero aun partiendo de esta base se torna insostenible esta teoría por el alto grado de desproporcionalidad que produciría al momento de crear la amenaza penal, pues no atiende al daño que el hecho produce en el orden social. Ya que si se quiere que deje de ser atractivo el cometer algún delito, el mal debe de ser más importante que el beneficio del mismo. Pero éste es independiente del daño social que el delito produce.

Para explicar el grado de desproporcionalidad podemos ejemplificarlo de la siguiente manera; un asesino para obtener unos cientos de pesos puede tener eficacia preventiva, una multa de algunos miles de pesos, mientras que al autor de un fraude que obtenga una alta ganancia económica, sólo podrá ser suficiente mal una larga pena privativa de la libertad. Por lo que no se toma en consideración el bien atacado y protegido por la norma y se deberían de crear los delitos en función del beneficio potencial. Lo que traería como consecuencia que los delitos que habría de castigarse con mayor severidad serian aquellos que tienen un alto grado

---

<sup>343</sup> Cfr. Jakobs, Günter, *Derecho penal, Parte general...*, cit., pp. 26-27.

de provecho para el delincuente, resultando indiferente que se cometieran mediante la muerte de una persona, las lesiones, el engaño, o la falsificación de documentos.<sup>344</sup>

Por otro lado, creemos que existen determinados delitos en los que la amenaza de pena no puede ejercer su función motivadora, por ejemplo en el caso de los delitos culposos, pues la decisión de delinquir en estos casos no es producto de una evaluación racional de los pros y los contras de la acción. Pues recordemos que el delito se desplaza a lo largo del tiempo desde que apunta como idea en la mente hasta su terminación. “A este proceso se le llama *iter criminis*, es decir, camino del crimen.”<sup>345</sup> Los delitos culposos no pasan por estas etapas.

En este sentido, la función de prevención general negativa tendría que limitarse solamente a los delitos en los que el agente hace efectivamente una ponderación de costas y beneficios de su actuación, pero estableciendo una limitante en las penas máximas, lo cual también dudamos sea suficiente para que funcione esta teoría.

Porque incluso en el ámbito de los delitos económicos podemos cuestionar la realidad del efecto intimidatorio de la amenaza penal. Se dice que para poder ajustar adecuadamente la pena al proceso motivadora es necesario fijar su cuantía de manera concreta y no general, pues la ponderación de costas y beneficios se hace siempre en cada caso concreto, cambiando las variables de cada caso. Si bien la pena prevista de manera general puede intimidar en determinados contextos (por ejemplo, cuando los beneficios sean mínimos), esta pena será incapaz de generar un efecto disuasorio en casos en los que se trate de ganar elevadas sumas de dinero a través del hecho delictivo que se pretende cometer.

---

<sup>344</sup> *Cfr. Ibidem*, p. 28.

<sup>345</sup> Castellano Tena, Fernando, *op. cit.*, p. 283.

En un sentido similar pero con diferente argumento se pronuncia Jakobs al establecer que “Contra la refutabilidad cabría objetar que no afecta a aquellos grupos de delitos en los que los autores por lo general actúan racionalmente para conseguir un fin, o sea, los delitos en el ámbito criminal económico.”<sup>346</sup> Y agrega que “este modelo podría mejorarse aumentando la intensidad de la persecución hasta una medida en la que la intimidación actué sobre todas las personas...”<sup>347</sup>

Es insuficiente desde nuestro punto de vista el aporte que hace el profesor alemán a la teoría de la prevención general negativa y para fundamentar nuestro argumento nos basamos en acontecimientos del medio oriente donde la pena por ejemplo para delitos patrimoniales son la mutilación o hasta la muerte del delincuente, sin embargo, estos castigos no produce la coerción psicológica suficiente para que ciertos sujetos se abstengan de delinquir, de igual forma ese tipo de penas se tornan inhumanas, degradantes e irracionales, por lo cual en la actualidad serian inaceptables.

Otra de las críticas que se puede realizar, es que esta teoría parte de una idea del ser humano como ente racional que realiza cálculos de costos y beneficios, o sea que el ser humano actúa, como cuando va realizar una operación comercial, antes de cometer un delito realiza una operación matemática para ver en cuanto le saldrían los gastos en años por el delito cometido.<sup>348</sup>

Zaffaroni, piensa que la realidad social refleja que la criminalización por lo menos en los delitos lucrativos, recaen sobre las personas más vulnerables (selectividad del poder punitivo), lo que tiene como consecuencia no el disuadir a los delincuentes, sino por el contrario impulsa el perfeccionamiento criminal al

---

<sup>346</sup> Jakobs, Günter, *Derecho penal, Parte general...*, cit., p. 27.

<sup>347</sup> *Idem.*

<sup>348</sup> *Cfr. Zaffaroni Eugenio, Raúl, et. al., Manual de derecho penal...*, cit., p.

establecer un mayor nivel de elaboración delictiva; es decir, “no refuerza una pauta ética sino un perfeccionamiento tecnológico.”<sup>349</sup>

Los defensores de la prevención general negativa perciben los peligros de una perspectiva únicamente disuasoria de la pena, por lo que sus actuales formulaciones no se centran exclusivamente en la función intimidatoria de la pena, sino que intentan precisar criterios de limitación para evitar caer en situaciones de terror penal (por ejemplo, proporcionalidad y culpabilidad,) para evitar una desproporcionalidad excesiva. El cuestionamiento que encuentran estas concepciones atemperadas de la prevención general negativa reside en la dificultad de fijar el punto de equilibrio entre los criterios de prevención y la limitación de la potestad punitiva. No obstante, el grado de inseguridad al que llevaría este sistema penal consideramos es inaceptable en un Estado social y democrático de derecho.

b) Y el segundo momento en que supuestamente opera la prevención general negativa, se da en el plano de la ejecución penal: Esta variante de la prevención general negativa fue desarrollada por el filósofo inglés Bentham, quien coloca el efecto disuasorio de la pena en su ejecución. Una muestra clara de esta finalidad de la pena fue la ideación del denominado panóptico, el cual era un diseño especial de una cárcel que permitía a los ciudadanos ver desde fuera como los condenados cumplían sus penas, para que aquellos pudieran ver el sufrimiento al que se ven sometidos los sentenciados por algún delito.<sup>350</sup>

Aquí cabría establecer la crítica de que la pena opera *post factum*, por lo que no puede actuar contra el delito cometido, ni tampoco se puede comprobar el afecto preventivo.

---

<sup>349</sup> *Idem.*

<sup>350</sup> *Cfr. Jakobs, Günter, Derecho penal, Parte general..., cit., pp. 29-30.*

La imposición de la pena es inútil respecto del delito cometido, porque el mismo ya ha sido producido y la pena no puede impedir sus efectos. Y, por otra parte, respecto de la afirmación acerca del efecto preventivo hacia el futuro, no existe forma de constatar el efecto preventivo futuro de la pena, cuestionándolo como una mera afirmación especulativa, lo que lleva a deslegitimarla, desde el punto de vista de su objetividad real, en orden a su eficacia.<sup>351</sup>

Finalmente se ha señalado, que en ésta teoría se “utiliza el miedo como base de su sistema de imposición, lo que lleva a la concepción de un derecho fundado en el miedo a los miembros de la comunidad, que a su vez corre el riesgo de acercarlo a sistemas jurídicos fundados en el terror, aceptado solo por los autoritarismos...”<sup>352</sup> de igual forma en la prevención general no se advierte delimitación alguna de los comportamientos respecto de los cuales podrá el Estado extender su reproche.

#### **4.6 Teoría de la prevención general positiva.**

Según Malo Camacho, “el principio de la prevención general aparece emparentado con el contenido utilitarista del pensamiento iluminista de fines del siglo XVIII, siendo básico el pensamiento de Bentham, en cierta medida recogido también por Feuerbach, por Lardizabal y Uribe, incluso por el propio Beccaria, quienes reconocen el contenido de utilidad social que debe ofrecer la pena.”<sup>353</sup>

Como se mencionó con antelación, es interesante el planteamiento de Zaffaroni respecto de las teorías positivas, al decir, que éstas, creen que el castigo es un bien para la sociedad o para quien sufre la pena. Se trata de posiciones que hacen acto de fe de alguna función manifiesta y en ella funda la

---

<sup>351</sup> Gustavo Malo Camacho, *op. cit.*, p. 594.

<sup>352</sup> *Ibidem*, p. 596.

<sup>353</sup> *Ibidem*, p. 593.

legitimidad de la pena y de ella deduce una teoría del derecho penal. Así se dice que la pena tiene una función de prevención general (se dirige a quienes no delinquieron para que no lo hagan) o de prevención especial (se dirige a quien delinquiró para que no lo reitere), lo que presupone que la pena es necesaria porque esa función lo es y, además, esa función colorea toda la teoría del derecho penal que se deduce a partir de ella.<sup>354</sup>

Para Jakobs la tesis central de la prevención general positiva, propugna reafirmar las expectativas del cumplimiento de las normas jurídicas que cualquier persona tiene, y que se ven quebrantadas cuando alguna persona comete un delito. En este sentido la pena funciona como un estabilizador de la norma, afirmando que:

Así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida en que pueden encontrar regularidades, del mismo modo en los contactos sociales. De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible. El mero hecho de iniciar un contacto social es ya una señal de que no se espera ningún desenlace indeterminado. Si se decepciona esa expectativa (se da una defraudación o frustración), para el decepcionado surge un conflicto frente al que debe reaccionar.<sup>355</sup>

Haciendo la aclaración de que no es posible respetar la norma sin el conocimiento de cómo está conformado el mundo y de qué reglas están interrelacionados los cambios, a pesar de lo cual sólo está garantizada jurídicamente la voluntad de respetar la norma, pero no así el conocimiento pertinente para considerar aplicable la norma. Esta limitación tiene el siguiente fundamento: sin el conocimiento necesario para orientarse en el mundo nadie puede vivir metódicamente; el esforzarse suficientemente por conseguir este

---

<sup>354</sup> Cfr. Zaffaroni Eugenio, Raúl, *et. al., Manual de derecho penal..., cit.*, pp. 33-34.

<sup>355</sup> Jakobs, Günter, *Derecho penal, Parte general..., cit.*, pp. 9-10.

conocimiento viene ya garantizado por el hecho de que en caso contrario amenaza producirse un fracaso vital como *poena naturalis*. A la disposición de observar la norma le falta una garantía de ese tipo; tal es el motivo de que sea necesaria una sanción.<sup>356</sup>

El actual juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en contra argumento, manifiesta:

El procedimiento de abrazarse a una teoría positiva de la pena para delimitar el campo del derecho penal y para deducir toda su teoría, es tan cómodo que nadie lo pone en duda. En efecto, a partir de la aceptación de una teoría positiva de la pena se construye todo un discurso que puede alcanzar notables niveles de coherencia (de no contradicción entre sus partes). El único problema -no menor, por cierto- es que no hay ninguna teoría positiva de la pena que sea verdadera (o sea, que todas las teorías positivas de la pena son falsas).<sup>357</sup>

#### **4.7 Teoría de la prevención especial.**

##### **4.7.1 Positiva y negativa.**

Cundo se considera misión de la pena desalentar al autor con respecto a la comisión de hechos futuros, se habla de prevención especial. Por consiguiente la teoría de la prevención especial parte también de la idea del efecto motivacional de la pena, pero entiende que este efecto no se dirige a la colectividad, sino al delincuente. Por consiguiente, el principal objetivo de esta clase de prevención, será evitar que aquel que haya cometido un acto ilícito vuelva a delinquir en el futuro.

Malo Camacho al pronunciarse sobre la prevención especial, nos dice:

---

<sup>356</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 11.

<sup>357</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et. al.*, *Manual de derecho penal...*, *cit.*, p. 34.

A diferencia de la prevención general que se orienta hacia el grupo social general, el contenido de la prevención especial aparece directamente relacionado con la aplicación de la pena a la persona que trasgredió la ley, a su vez, naturalmente aparece vinculado con el contenido ideológico de la concepción del derecho y del Estado recogido en la ley fundamental del país y a partir de ella, con los conceptos que se tengan del delito, del delincuente y de la pena.<sup>358</sup>

Por lo que “La influencia sobre el autor debe realizarse de modo que se le impida por la coerción física cometer otros hechos o que se le impulse a no cometerlos por su propia voluntad. Este último suceso por la vía de la corrección del autor, sea esta vía la educación o el adiestramiento, la intervención corporal (p. ej., castración), o la intimidación mediante una pena admonitoria.”<sup>359</sup>

Von Ligt fundamenta su concepción de la pena en la idea de la prevención especial que, a diferencia de la prevención general, se dirige específicamente hacia la persona que cometió el delito, fundada en el contenido de la responsabilidad moral y jurídica del hombre. Así, entiende a la pena como una reacción punitiva directamente en contra de la persona que cometió el delito, si bien con una nueva orientación política penal, de aquí el nombre de la escuela consistente en el interés de procurar, como fin de la pena la corrección de la persona para el caso del delincuente ocasional como también frente al incorregible la posibilidad de la respuesta punitiva orientada hacia la inocuisación, neutralización, segregación o eliminación de la persona del seno social, respuestas, éstas, que habían sido algunas de las proposiciones de la escuela positivista Italiana.<sup>360</sup>

---

<sup>358</sup> Malo Camacho, Gustavo, *op. cit.*, p. 596.

<sup>359</sup> Jakobs, Günter, *Derecho penal, Parte general...*, *cit.*, p. 29.

<sup>360</sup> Von Ligt *cit. post.*, Gustavo Malo Camacho, *op. cit.*, p. 597.

Los contenidos propuestos por la prevención especial negativa según el sector doctrinal, la sanción penal pretende evitar la futura comisión de ilícitos apartando, para dicho fin, a aquellos individuos que carecen de capacidad de corrección, esto quiere decir que el delincuente será inocuizado, aislado por ser incapaz de convivir en el sistema, evitándose así la posible comisión de delitos. Dentro del arsenal punitivo existen sanciones con inmanente sentido neutralizante, como es el caso de la pena de muerte o la cadena perpetua. Sin embargo, la adopción de sanciones de tal entidad ha sido prácticamente desaparecida en la mayoría de las legislaciones penales vigentes, las cuales, salvo situaciones excepcionales, adoptan criterios resocializadores.<sup>361</sup>

La teoría de la prevención especial positiva es la que mayor aceptación ha tenido dentro de la doctrina penal. A través de ella se busca reintegrar a la sociedad al infractor de la norma a través de su resocialización. Aunque, tal aceptación no es del todo pacífica, sobre todo por las insuficiencias que el sistema penitenciario (encargado de la ejecución de la sanción penal), presenta, es por ello que actualmente algunos doctrinarios afirman que se puede hablar de una crisis de la resocialización.<sup>362</sup>

Al respecto Zaffaroni se pronuncia diciendo que desde hace mucho tiempo se pretende legitimar el poder punitivo asignándole una función positiva de mejoramiento sobre el infractor, aunque en la realidad, las ciencias sociales hayan demostrado el deterioro que la pena causa en los sujetos, ya que la prisión comparte las características de las instituciones totales (manicomios, conventos,

---

<sup>361</sup> *Cfr. Idem.*

<sup>362</sup> *Cfr. González Placencia, Luis, Los derechos humanos de las personas privadas de la libertad: fundamento de la ejecución de la pena y la reinserción social Análisis del concepto de Derechos Humanos, México, 2010. Consultada: 20 de marzo del 2016. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3104/22.pdf>*

cuarteles, hospitales, etc.), coincidiendo con su efecto deteriorante. Se conoce su efecto regresivo, al condicionar a un adulto a controles propios de la etapa infantil y eximiéndolos de responsabilidades propias de su edad. Por lo que hay una imposibilidad estructural que hace irrealizable todo el abanico de las ideologías re (resocialización, reeducación, reinserción, repersonalización, reincorporación, etc.). Estas ideologías se hayan tan deslegitimadas frente a los datos de la ciencia social, que suelen utilizarse a favor para no caer en una retribución irracional, que legitime convertir las cárceles en campos de concentración.<sup>363</sup>

De igual forma, el autor argentino dice que tomar como verdadera esta teoría traería repercusiones graves, ya que creer que la imposición de la pena es un bien, tendría como consecuencia el no ser necesario definir muy precisamente su presupuesto, es decir, establecer que es un delito, pues bastaría un indicador general, (de que el sujeto requiere un tratamiento), como sucede con las prescripciones médicas. Pues el delito sería sólo un síntoma de inferioridad que indicaría al Estado la necesidad de aplicar el beneficio de la corrección social de la pena.<sup>364</sup>

Sobre esta teoría refiere Jakobs, que la respuesta a la cuestión de si funciona un modelo así, no es evidente. Pues mientras que en el tratamiento que se aplica al autor, corrigiéndolo, intimidándolo o inocuizándole surge un mal que tendrá que pagar el delincuente por la infracción ocurrida, aun así, sigue siendo posible los efectos de la prevención general positiva, pues se señala como causa del conflicto la reafirmación de la norma. “Pues lo específicamente preventivo-especial no es definir como conflicto la lesión de la validez de la norma (por la infracción), sino tomar a la infracción como un síntoma para la comisión de futuros

---

<sup>363</sup> Cfr. Zaffaroni Eugenio, Raúl, *Manual de derecho penal...*, cit., p 46.

<sup>364</sup> Cfr. *Ibidem*, p.47.

delitos, lo que constituye el verdadero conflicto desde el punto de vista preventivo-general.”<sup>365</sup>

Por tanto “Ha de renunciarse, a la solución de la decepción de la expectativa normativa en favor de la solidez frente a decepciones de futuras expectativas cognoscitivas”.<sup>366</sup> Solución que sólo aplica en aquellos casos en que resulta verosímil la educabilidad o hay un déficit de educación, concretamente aplicable sólo en el tratamiento de jóvenes y adolescentes; porque si este déficit no es evidente también en el derecho penal juvenil opera el modelo de prevención general positiva.

Según las líneas que anteceden, podemos deducir que la postura de Jakobs es que la prevención general especial no puede operar de manera aislada, es decir, solo funciona en circunstancias muy específicas y en gente susceptible de ser reeducada, ya que de lo contrario se deben de aplicar los fundamentos de la prevención general positiva, pues lo primordial es la reafirmación de la validez de la norma.

Señala el profesor de la universidad de Bonn, que los procedimientos idóneos para la prevención especial no son las penas y otros tratamientos posteriores a la comisión de los delitos, sino que serían por ejemplo las ayudas para los desempleados, para los que no tienen ganas de trabajar, para los endeudados, para los que tienen dificultades en la familia, para los drogadictos, etc., debido a que la prevención especial no toma en cuenta que se comete o se descubre el delito en un momento en que la desviación ya no es reversible.<sup>367</sup>

Es aceptable la postura del jurista alemán en cierta medida y en el sentido de que el Estado, con apoyo de la sociedad y otras instituciones públicas y

---

<sup>365</sup> Jakobs, Günter, *Derecho penal, Parte general...*, cit., p. 30.

<sup>366</sup> *Idem*.

<sup>367</sup> *Cfr. Ibidem*, p. 31.

privadas debe de implementar mecanismos no penales que sean tendientes a la prevención de futuros hechos antisociales que tengan el carácter de delito, y no sólo mecanismos punitivos para lograr dicho objetivo, sin llegar al grado de apoyar todos los puntos que señala el profesor.

Algunas de las críticas que suelen hacerse a esta teoría, es la vulneración que produce al principio del hecho, por no poderse limitar la responsabilidad del autor, ya que el hecho sólo es el motivo para la aplicación de un tratamiento, y no la clase y medida de la pena, pues según Jakobs estas respuestas las da la política criminal y no el derecho penal. De igual forma refiere que el principio del hecho, debe su origen a las teorías de la pena que propugnan graduar la pena según la magnitud del daño causado, pero carece de función en un modelo orientado a la prevención especial.<sup>368</sup> Y trata de justificar su postura diciendo lo siguiente:

El apartamiento con respecto al hecho va tan lejos que en numerosos casos llega a ser imposible especificar en el momento del juicio una determinada duración de la consecuencia jurídica... el motivo de la indeterminabilidad reside en que el hecho (cometido) es sólo ocasión para una adopción social (futura) del autor; la mirada dirigida sólo hacia adelante no puede divisar más que el efecto de la adopción social, y no se puede predecir exactamente cuándo se ha alcanzado este punto; a menudo ni siquiera aproximadamente. Por ello la admisibilidad de una pena privativa de libertad de duración indeterminada es el signo evidente de un derecho penal orientado ante todo hacia la prevención especial.<sup>369</sup>

En una postura similar se encuentra Zaffaroni, pues en su multicitada obra refiere que como esta teoría considera a la pena un bien para el condenado, su

---

<sup>368</sup> *Cfr. Idem.*

<sup>369</sup> *Ibidem*, p. 32.

medida será la necesaria para realizar la ideología resocialización, reeducación, reinserción, reincorporación, etcétera, que se sostenga (por parte del Estado), y no requerirá de otro límite. “El delito sería sólo un síntoma de inferioridad que indicaría al Estado la necesidad *del benéfico remedio social de la pena*. Por ello estas ideologías no pueden reconocer mayores límites en la intervención punitiva: el Estado concedor de lo bueno, debe de modificar el ser de las personas, imponerle su modelo de humano.”<sup>370</sup>

Desde nuestra visión esto solo sucedería, en el caso de que los postulados de esta teoría se aplicaran de manera tajante en un ordenamiento jurídico determinado, pues esta circunstancia podría regularse y limitarse por los derechos humanos consagrados en las constituciones políticas de cada Estado, o con alguno de los principios rectores del derecho penal liberal establecidos en los ordenamientos secundarios, ya que en la actualidad consideramos más correcto conceptualizar el fin de resocializar de la pena como una garantía del delincuente, es decir, en una posibilidad que se le ofrece para poder reinsertarse en la sociedad. Si el delincuente aprovecha o no esta facilidad, quedará sometido a su criterio.

Pero no podemos pasar por alto que las observaciones hechas contra la idea de la resocialización no se dirigen sólo contra sus fundamentos teóricos, sino también contra el sistema encargado de su ejecución, es decir, el sistema penitenciario que presenta problemas estructurales de alta intensidad, como son las prisiones sobrepobladas, escasas condiciones sanitarias, violencia carcelaria, escasez de personal, deficiencias logísticas, corrupción, etc.

Sin soslayar que los riesgos de homicidio y suicidio en prisión son mucho más altos a los índices de las personas que se encuentran en libertad, pues los prisioneros viven en una realidad violenta, rodeados de motines, violaciones, carencias médicas, alimentarias e higiénicas y difusión de infecciones, con más del cincuenta por ciento de presos preventivos. “De este modo la prisión asume la

---

<sup>370</sup> Zaffaroni Eugenio, Raúl, *Manual de derecho penal...*, cit., p. 47.

forma también de pena corporal y psicológica impuesta la mayor parte de las veces sin una sentencia condenatoria.”<sup>371</sup>

Por su parte, Muñoz Conde considera que las críticas formuladas contra el ideal resocializador son una muestra de la grave crisis del Derecho Penal contemporáneo, de sus contradicciones internas, sus fracasos y frustraciones, lo que ha llevado a un gran sector social a creer que el sistema penal sólo sirve para aumentar y mantener la desigual distribución de la riqueza.<sup>372</sup>

La situación del sistema penitenciario ha provocado que autores como Zaffaroni, consideren que la resocialización, más que una utopía es un absurdo. La prisión más que resocializar produce efectos deteriorantes en la población penal, que convierten al interno en un sujeto más vulnerable de la futura intervención del sistema penal.

Desde nuestro punto de vista, el sistema penitenciario tal como está concebido aleja al penado de su resocialización, urge en consecuencia, aliviar los efectos desocializadores, haciendo efectivas las disposiciones normativas sobre ejecución penal y cambiando la estigmatización que se tiene de aquellos que han sido sujetos a un procedimiento penal. Tal objetivo, no podrá conseguirse sin la participación activa de toda nuestra sociedad, que asumiendo sus errores, incorpore a los infractores de la norma, que hayan cumplido su sanción, sin apartarlos ni segregarlos, sólo así se podrá disminuir los altos índices de reincidencia delictiva.

---

<sup>371</sup> *Idem.*

<sup>372</sup> *Cfr.* Muñoz Conde, Fernando y García Aran, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 88.

#### 4.8 Teorías mixtas.

De los postulados anteriores surgen las llamadas *teorías de la unión*, que tratan de articular prevención y represión, sobre el tema Roxin ha dicho:

Una teoría unificadora dialéctica, pretende evitar la exageración unilateral y dirigir los diversos fines de la pena hacia vías socialmente constructivas, al lograr el equilibrio de todos los principios mediante el procedimiento de restricciones reciprocas... el delincuente es una persona débil y socialmente necesitada de tratamiento terapéutico-social, pero por otra parte debe de ser concebido de acuerdo con la idea de hombre libre y responsable.<sup>373</sup>

De igual forma Roxin, elaboró lo que denomina como *la teoría dialéctica de la pena*. Así para este autor la pena tendría una triple función: cuando la ley amenaza con penas cumple una función de prevención general; cuando aplica penas cumple una función retributiva (nunca se debe de aplicar más allá de los límites de la culpabilidad), y cuando ejecuta penas se trata de una función de prevención especial resocializadora.<sup>374</sup> Como ya vimos con antelación para Jakobs tal combinación es de imposible aceptación, ya que señala que “es imposible compatibilizar una pena fundada en premisas distintas de prevención y retribución de culpa”.<sup>375</sup>

Consideramos que es aceptada la postura de Roxin pues no encontramos el por qué la pena no puede tener un fin preventivo que se cumple básicamente

---

<sup>373</sup> Roxin, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Editorial Reus, 1976, p. 34.

<sup>374</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 34-37.

<sup>375</sup> Jakobs, Günter, *cit. post.*, Guimaraes, Claudio, *Funciones de la pena privativa de la libertad en un sistema capitalista*, Río de Janeiro, Editora Revan, 2007, p. 253.

en el momento en que el legislador conmina el tipo penal en abstracto, (siempre respetando una debida proporcionalidad) al establecer la amenaza de un mal para aquellos sujetos que trasgreden la norma penal, un fin retributivo que se manifiesta en el momento de individualizar la norma al caso concreto cuando se actualice la hipótesis normativa, (atendiendo al principio de culpabilidad) es decir, en la imposición de la pena judicial, y finalmente un fin resocializador que oriente la ejecución de la pena de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas por los Estados con un plan de trabajo concreto multidisciplinario e interdisciplinario para lograr el objetivo.

Según nuestra opinión, Roxin refleja creatividad en su *sistema funcionalista moderado* que se gesta donde el Estado existe para servir al ciudadano y en el que el ciudadano no debe servir en primer lugar al Estado. La limitación de la intervención del Estado juega aquí un rol de suma importancia. Desde esta postura la ciencia del derecho penal sirve para establecer un sistema racional que limite el poder punitivo del Estado.

Baumann, llama a estas teorías *conciliadoras* y afirma que “ellas pretenden armonizar la oposición entre pena no dirigida al fin y pena con miras al fin, exigiendo la pena en el marco de la culpabilidad por el hecho, pero atendiendo a sus fines.”<sup>376</sup>

El maestro Garrido Montt, refiere que la visión de la culpabilidad (formal o material) repercute en el concepto que se debe tener de la naturaleza de la

---

<sup>376</sup> Baumann, *cit. post.*, Romero, Raúl, *Determinación de la pena*, en *Revista de ciencias penales contemporáneas*, número 1, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, p. 161.

pena. “En la culpabilidad por el hecho, ésta es retributiva; en la culpabilidad de autor es preventivo especial”.<sup>377</sup>

Sobre el tema es de considerarse la aportación de Mir Puig que propone un sistema alternativo en su conjunto al retributivo sobre la base de un modelo de Estado social y democrático de derecho y la pena con una misión política de regulación activa de la sociedad.

Mir Puig se expande en el tema al decir:

Si el derecho penal ha de estar al servicio de los seres humanos, habrá de proteger intereses reales de éstos, ya sea directamente vinculados a su individualidad – como la vida, su integridad física, su desarrollo sexual, etc.,- ya sea mediados por instituciones de las que dependen intereses individuales –como en el caso de la administración de justicia. Los bienes jurídicos penales han de verse como concreciones de estos intereses reales de los individuos, directos o indirectos, que merecen por su importancia fundamental la máxima protección que supone el derecho penal. Han de construir la referencia básica para determinar la función del derecho penal en un Estado social y democrático de derecho.<sup>378</sup>

El citado jurista, señala que el Estado social y democrático de derecho surge como síntesis de la ilustración y los gobiernos totalitarios. Así para éste autor el derecho penal del Estado social y democrático no solo debe defender de

---

<sup>377</sup> Garrido Montt, Mario, *Nociones fundamentales de la teoría del delito*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, p. 197.

<sup>378</sup> Mir Puig, Santiago, *Límites del normativismo en derecho penal*, En revista electrónica de ciencia penal y criminología, pp. 13-18. Consultado el 22 de septiembre del 2016, a las 11:02 a.m., versión en línea: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>

los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal.<sup>379</sup>

Es notorio que las ideas de la prevención en cierta medida han fracasado. Ya en alguna ocasión (en un congreso latinoamericano de derecho penal), Bacigalupo hacía la reflexión cuando afirmaba que nadie está dispuesto a pagar lo que cuesta verdaderamente la ejecución de la pena como tratamiento y en ese sentido no se le puede achacar a la dogmática jurídico penal el fracaso que la misma política de Estado no ha cumplido.

Pero la crisis de la pena privativa de libertad de alguna manera ha servido para que algunos autores señalen el sinsentido de la pena, pues la pena privativa de libertad como tal, está cuestionada en su fin último por toda la doctrina garantista. Así lo han dicho “la prisión privativa de la libertad que se erigió como la gran sucesora de la pena de muerte y de la cadena perpetua ha colapsado, siendo su fracaso muy evidente y clamoroso”.<sup>380</sup>

En otra línea argumentativa, Michael Pawlik siguiendo a Hegel, entiende que *la pena honra* al delincuente como ciudadano. Lo cual consideramos que es una postura inaceptable, pues como bien lo hace notar Carlos Parma, la pena no honra a nada ni a nadie. Pues una de las consecuencias inherentes a toda persona sometida no digamos ya a una pena, sino a un procedimiento penal en donde queda privado de su libertad ambulatoria, es perceptible su desvalorización social, por lo cual es absurdo pensar que una persona humillada, maltratada y

---

<sup>379</sup> *Cfr. Idem.*

<sup>380</sup> Gómez Mera, Roberto, *Ideas para un nuevo código penal*, Revista del Instituto Superior de Criminología y Ciencias Penales, 7<sup>a</sup>. ed., Guayaquil, Facultad de jurisprudencia y Ciencias Penales, Universidad de Guayaquil, Año 6, 2003, p. 10.

hacinada pueda sentirse honrada. Que un acto de violencia pueda honrar es darle a la violencia una naturaleza que en sí misma no tiene.<sup>381</sup>

Consideramos menester que el sistema penal, y en general el ordenamiento jurídico de todo Estado democrático social y de derecho, debe partir de premisas como la establecida por el maestro Manuel de Rivocoba cuando afirmaba que “el penado, es y no puede sino seguir siendo un hombre, sujeto siempre de dignidad, que vive en convivencia y se realiza en sociedad, y que como tal tiene que ser tratado”<sup>382</sup> pensamos que esto es un juicio sensato que permite humanizar el castigo que se va a imponer a nuestros semejantes, pues posturas como las del *derecho penal del enemigo* despersonalizan a los sujetos, y hacen que sólo conserven sus obligaciones con el Estado y pierden una porción de sus derechos y garantías.

Zaffaroni ha sostenido lo que él llama una postura o *teoría agnóstica de la pena*, desde donde trata de incorporar de manera interdisciplinaria todos los datos de la realidad, intentando atravesar la barrera de la dogmática tradicional. Partiendo de la idea de que *la pena es una manifestación del poder político*, que se ejerce a través de las agencias policiales investigadoras con un carácter selectivo para controlar un grupo social determinado, afirmando que:

Ante el fracaso de las ideologías de la resocialización resulta que en la realidad la prisión se convierte en mero local de depósito de seres humanos deteriorados... se trata de una tendencia genocida que, en definitiva, se afilia a la prevención especial negativa, es decir a la idea de prisión como

---

<sup>381</sup> Cfr. Parma, Carlos, *El espejo del derecho penal...*, cit., pp. 89-90.

<sup>382</sup> Rivocoba y Rivocoba, Manuel, *Introducción a los principios cardinales del derecho penal*, en Revista de ciencias penales, número 5, Corrientes, Editorial Mave, 2000, p. 218.

pena de muerte eventual (suicidio, enfermedad, etc.), o como pena neutralizadora por morbilidad o deterioro psicofísico...<sup>383</sup>

El ex ministro de la Corte Suprema Argentina, también nos enseña que si bien el poder punitivo utiliza múltiples limitaciones a la libertad ambulatoria, la más grave de ellas es la que tiene lugar cuando somete a una persona a una institución total, en cuyo ámbito cerrado realiza la totalidad o la parte más importante de sus actividades cotidianas; similar es el pensamiento de Foucault al establecer que las instituciones de secuestro son: “así los colegios, hospitales, fabricas donde los sujetos son confinados a una tarea específica, o bien reciben ahí la aplicación de un castigo, una enseñanza, aleccionamiento, curación. El conjunto de estas prácticas constituye uno de los aspectos de la capilaridad del poder definida en la microfísica”.<sup>384</sup>

Grosso modo podemos afirmar que la tesis que sostiene nuestro autor, no es descabellada, ni mucho menos se encuentra alejada de la realidad, pues sólo basta echar un vistazo de lo que acontece cada día en las cárceles de Latinoamérica, para comprender que su *teoría agnóstica de la pena* tiene un sustento sociológico, basado en la realidad y en la repercusión que produce en el ser humano.

Al exponer sus últimas ideas sobre el fin de la pena, Claus Roxin sostuvo que en la tradición europea se discute de tres concepciones fundamentales de la pena, las cuales se subdividen en diversas combinaciones.<sup>385</sup>

---

<sup>383</sup> Zaffaroni Eugenio, Raúl, *Derecho penal*, parte general, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2000, p. 891.

<sup>384</sup> Cfr. Albano, Sergio, *Glosario de aplicaciones*, Foucault, Michel, Buenos Aires, Editorial Quadrata, 2005, p.91.

<sup>385</sup> Cfr. Roxin, Claus, *Problemas básicos...*, *cit.*, pp. 37-38.

Conforme a la primera, que hasta hoy mantiene una importante influencia de la filosofía del idealismo alemán, que sostiene que la pena no está al servicio de los fines de la sociedad, sino al de la realización de la justicia a través de la retribución al autor según su culpabilidad.

La segunda conforme a la teoría de la prevención especial, esto es, *preventivo-individual*, la pena tiene como único fin influir sobre el autor. La sociedad debe ser protegida de él y él debe, a través de la pena, abstenerse de cometer más delitos, y en la medida de lo posible ser corregido.

Conforme a la tercera, es decir, la concepción preventiva general, la prevención se dirige a toda la comunidad, por lo que el fin de la pena es influir en toda la sociedad, la cual a través de la pena impuesta al delincuente, deberá evitar incurrir en la comisión de delitos y reforzar el respeto al derecho en la vida diaria. La mayoría de los autores, y también la jurisprudencia alemana, reúnen estos fines en una teoría de la unión<sup>386</sup> y que como habíamos dicho, consideramos acertada la visión que expone Roxin, por lo que nos adherimos a su postura.

En tal orden argumentativo, consideramos que el derecho penal debe tener un carácter preventivo, es decir, que busque mitigar en la medida de lo posible hechos dañinos futuros, atendiendo a la necesidad de la sociedad, pues una reacción punitiva que no se sustente en las necesidades de la sociedad carece de legitimación. Pero por otra parte la pena también debe de tener fines de prevención general y especial. Debe servir de ejemplo a la sociedad pero al mismo tiempo debe de buscar resocializar al sujeto infractor.

Según el maestro Parma, el principio de culpabilidad constituye uno de los fundamentos de la mayoría de los ordenamientos del derecho penal, (en nuestro caso establecido en leyes secundarias) y en algunos países como Alemania se

---

<sup>386</sup> *Cfr. Idem.*

encuentra consagrado a rango constitucional y retomado por la jurisprudencia a partir de la garantía de la dignidad de la persona.<sup>387</sup>

Conforme a lo anterior, el principio de culpabilidad lleva a cabo aquello que en la categoría del injusto realiza la teoría de la protección de bienes jurídicos y de la imputación objetiva: establece un límite a la facultad punitiva del Estado y dota al ciudadano de un razonable ámbito de libertad personal en contra posición a los intereses de seguridad estatal. El ciudadano puede estar seguro de que no será sancionado si no es culpable, pero que tampoco será sancionado más allá de su grado de culpabilidad.<sup>388</sup>

Según el citado profesor, la pena impuesta depende de la necesidad de prevención y se limita al marco de la culpabilidad, por lo que el autor culpable debe de ser sancionado en la medida en que sea indispensable desde el punto de vista social.

Conforme a su teoría, “culpabilidad y prevención se limitan recíprocamente: una pena nunca podrá imponerse sin culpabilidad y no podrá ser superior al grado de culpabilidad. La pena impuesta debe basarse en la culpabilidad y será impuesta en tanto sea indispensable desde el punto de vista preventivo.”<sup>389</sup>

Consideramos que esta de corte político criminal puede producir algunas dificultades prácticas, pues sería muy complicado establecer el límite de la necesidad atendiendo a los intereses de la sociedad, pues esto sólo podría ser posible determinarse al momento de analizar el avance del sentenciado en el tratamiento que se aplique

---

<sup>387</sup> Parma, Carlos, *El espejo del derecho penal...*, cit., p. 91.

<sup>388</sup> *Idem*.

<sup>389</sup> *Ibidem*, p. 92.

para su reinserción, aunque es correcto cuando afirma que la necesidad de la sociedad es limitada por la culpabilidad, y que una pena no podrá imponerse sin culpabilidad ni exceder del grado de esta.

#### **4.9 La prevención especial positiva como fundamento de las penas en el Estado mexicano.**

El criterio de la prevención especial se desarrolló y modeló con el positivismo y después con el *neoiusnaturalismo* que después del holocausto favorecieron y fortalecieron el interés por el respeto a la dignidad humana influyendo en la política criminal de los países del mundo, sobre todo de los integrantes de la Organización de las Naciones Unidas, tal es el caso de México, que incluso recogió el contenido de la prevención especial de manera expresa en la Constitución, atento a lo dispuesto por el artículo 18 que se refiere a la *reinserción social* y el 22 que incorpora el principio de proporcionalidad de las penas, en relación con el artículo 1 donde consagra la dignidad de las personas; lo que en la actualidad son fundamento jurídico de la decisión política del Estado Mexicano, unido a los derechos humanos y sus garantías que expresamente se reconoce en la misma ley fundamental del país.<sup>390</sup>

Nuestro ordenamiento jurídico, ha adoptado la teoría de la prevención especial positiva como fundamento para establecer las bases sobre las que se desarrollará nuestro sistema penitenciario, pues el artículo 18 constitucional, reza lo siguiente:

Artículo 18. El sistema penitenciario se organizara 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

---

<sup>390</sup> *Cfr.* Gustavo Malo Camacho, *op. cit.*, p. 599.

sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para el prevé la ley.<sup>391</sup>

De igual forma esta teoría es adoptada por el Sistema Interamericana de Derechos Humanos, ya que de acuerdo al artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 5.6 Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.<sup>392</sup>

De lo establecido, podemos señalar que la prevención especial busca con la aplicación de un tratamiento *multi y trans* disciplinario la reinserción del delincuente con la finalidad de que no vuelva a delinquir.

En este punto, toma relevancia las ideas de Malo Camacho, y que transcribimos en seguida:

El principio de la prevención especial de la pena es el que vincula a la pena en relación con el sentido de su imposición directamente a la persona que cometió un delito y que en general se oriente hacia la *readaptación social, corrección, reincorporación social, o resocialización*, de la persona delincuente términos regularmente aceptados o manejados frecuentemente en forma más o menos indistinta, casi como sinónimos, aun cuando en estricto sentido no lo sean, pero que, en última instancia, implican, respecto

---

<sup>391</sup> Artículo 18 de La Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, reformado el 18 de junio del 2008.

<sup>392</sup> Artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Consultado el 20 de marzo del 2016, a las 9:33 p.m., versión en línea: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados/B32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados/B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

de la pena, la presencia de un claro interés orientado más que al sólo contenido estrictamente punitivo del castigo hacia un contenido que si bien implica siempre una afectación a los bienes jurídicos del sentenciado, como respuesta jurídica de la sociedad a la afectación por él ocasionada a bienes jurídicos del ofendido, con la comisión de su delito; implica a la vez, el aprovechamiento de tal contenido punitivo, conforme con un fin correctivo, reeducador, adaptador, readaptador, y reincorporador de la persona al seno social. Esta línea de pensamiento es la que afirma la *ideología del tratamiento*, que responde a un contenido; ideológico específico del sistema del control social del Estado.<sup>393</sup>

Por lo que esta teoría implica el condicionamiento interno del sujeto que ha infringido la norma para que no vuelva a realizar tales conductas, por otro lado, al privar de la libertad al sujeto se podría presumir que dejara de afectar a la sociedad.

Consideramos que esta es una de las causas por las que el legislador constantemente está aumentando las penas de prisión, este fenómeno es fácilmente observable y comprobable, si realizamos un estudio cronológico comparativo de la punibilidad de los tipos penales, es decir, si analizar los mínimos y máximos podemos percatarnos claramente de este fenómeno.

Algunos autores consideran acertada la postura del Estado mexicano, al adoptar ésta teoría, pues establecen lo siguiente:

La prevención especial representa el importante avance de intentar dar una finalidad al contenido punitivo de la ley penal, respecto a la persona a quien se aplica. Independientemente de esto, debe tenerse presente, sin embargo, que aún ante la presencia de tal objetivo no puede eliminarse el

---

<sup>393</sup> Gustavo Malo Camacho, *op. cit.*, p. 597.

transfondo retributivo de la pena, derivado de ser ésta, la consecuencia de la comisión de un delito que significa la lesión a un bien jurídico tutelado.<sup>394</sup>

Continúa explicando el profesor que, si bien es cierto, no son pocos los cuestionamientos formulados a la prevención especial y en particular la crítica a la prisión, como una de las formas de manifestación punitiva más frecuente y evidente, es claro, el avance que represento ésta como reacción social de Estado frente al delito, es evidente que la prisión es una forma de aflicción y de afectación a los bienes jurídicos del sentenciado, precisamente como consecuencia de que el delincuente también a lesionado bienes jurídicos de los miembros de la sociedad, violentando los principios de seguridad jurídica indispensable para la convivencia, por lo cual es indispensable que tales consideraciones deben tomarse en cuenta al momento de analizarse las formas punitivas.<sup>395</sup> Y:

Que hasta en tanto sean encontradas otras formas punitivas más eficaces, debe entenderse que la prisión, como pena, ha sido y sigue siendo la más sólida y fuerte expresión punitiva que fue capaz de sustituir a las penas corporales, infamantes e inhumanas y que por lo mismo no puede ser fácilmente eliminada como pena, a riesgo de volver a las etapas de horror, terror y error precedentes.<sup>396</sup>

Desde nuestro punto de vista aunque el discurso oficial del Estado mexicano (función manifiesta) respecto de la base y el fundamento de la pena, es la prevención especial positiva, pareciera que existe una discordancia entre el discurso oficial y la práctica jurídico penal, (función latente), pues en realidad la principal función que en la praxis cumple la pena privativa de libertad en nuestro sistema es el aislamiento o segregación del delincuente por el mayor tiempo

---

<sup>394</sup> *Ibidem*, pp. 598-599.

<sup>395</sup> *Cfr. Ibidem*, p. 601.

<sup>396</sup> *Idem*.

posible, por lo que la exclusión del sujeto delinciente va inmersa dentro de la política criminal del Estado Mexicano.

Pues podría presumirse que mientras el sujeto está dentro de los centros carcelarios no cometerá delitos que afectan a la sociedad, cuestión que no es del todo cierta ya que basta ver las estadísticas para darnos cuenta que un gran número de delitos que se cometen en centros penitenciarios o de reclusión (que al parecer no afectarían de manera directa el interés de la sociedad en general) y otros como la extorción por medio de teléfonos celulares, que sigue lesionando día a día bienes jurídicos de los gobernados, muchas veces con ayuda y complicidad de nuestras autoridades, en especial de los custodios encargados del control de dichos centros.

Por otro lado consideramos que es inconstitucional que se restrinja a ciertos delitos los beneficios carcelarios (puesto que estos beneficios operan cuando hay una reinserción social del individuo, y por lo tanto, la pena pierde su razón de ser, ya que se concibe a la readaptación o reinserción social como un derecho humano reconocido en el ámbito internacional, como dijimos consagrado en el Pacto San José de Costa Rica, y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de los cuales el Estado Mexicano es parte, y en términos de lo que establece el numeral 133 de nuestra carta magna, forma parte de la ley suprema, por lo que el fin de la pena no debe tener excepciones, es decir, no se debe excluir a ningún sujeto de esta garantía.

Respecto a los límites de la pena, consideramos que el legislador debe establecer una pena máxima que responda a los fines establecidos en el discurso del Estado Mexicano, es decir, una pena estrictamente necesaria para conseguir la reinserción social. Los 70 años de prisión que establece en la actualidad el Código Penal para la Ciudad de México en su artículo 33 tiene implícito el fracaso del sistema penitenciario y de la prevención especial positiva en la práctica de nuestro país.

Por su parte Ferrajoli considera que el tiempo máximo que una persona debe de estar privada de su libertad son 10 años y lo justificó de la siguiente manera:

Pienso que la duración máxima de la pena privativa de la libertad, cualquiera que sea el delito cometido, podría muy bien reducirse, a corto plazo, a 10 años y acaso, a medio plazo, a un tiempo todavía menor; y que una norma constitucional debería sancionar un límite máximo, pongamos, de 10 años. Una reducción de este género supondría una atenuación no sólo cuantitativa sino también cualitativa de la pena, dado que la idea de retornar a la libertad después de un breve y no tras un largo o interminable período haría sin duda más tolerable y menos alienante la reclusión.<sup>397</sup>

Sobre el particular el 21 de enero de 2014, el Dr. Zaffaroni, En el diario *La Capital de la Ciudad de Mar del Plata*, sostuvo que una pena de prisión de 50 años es una locura; y que su Código Penal “tiene un caos tan grande que nadie sabe cual es el máximo de la pena privativa de la libertad. Lo cual es una violación del principio de legalidad y constituye una flagrante violación constitucional.”<sup>398</sup> Agrega que algunos juristas argentinos piensan que:

La pena máxima de prisión es de 25 años, otros creen que es de 37 y medio, y una tercera corriente que llega a los 50 años. Después de ratificado el Estatuto de Roma que estableció la pena de 30 años para el genocidio deroga los máximos anteriores porque no puede haber un delito más grave que el genocidio. En eso creo que estaremos todos de acuerdo:

---

<sup>397</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *op cit.*, p. 414.

<sup>398</sup> Polanco Falcón, *Una condena a 50 años es una locura*, Diario La Capital de la Ciudad de Mar del Plata, 2014, p.1. Consultado el 1 de octubre del 2016, a la 1:55 p.m., versión en línea: <http://www.lacapitalmdp.com/noticias/La-Ciudad/2014/01/12/254024.htm>

matar un millón de personas creo que es el delito más grave que tenemos previsto y en consecuencia creo que el máximo de la pena es de 30 años.<sup>399</sup>

En el caso de México la firma del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional fue un acto del gobierno de Ernesto Zedillo, México firmo el 7 de septiembre del 2000, su aprobación y la ratificación por parte del senado fue un proceso de varios años que se inició en el 2001 y termino el 21 de junio del 2005.<sup>400</sup>

El Estatuto en la Parte VII. Relativo a las penas ordena lo siguiente:

Artículo 77 Penas aplicables. 1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años;<sup>401</sup>

Por su parte el artículo 5 establece la competencia de la Corte Penal internacional de la siguiente manera:

Artículo 5 Crímenes de la competencia de la Corte. 1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de

---

<sup>399</sup> *Idem.*

<sup>400</sup> Cfr. Becerra Ramírez, Manuel, *México ratifica el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, después de reformar la constitución*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VI, 2006, pp. 951-954.

<sup>401</sup> Artículo 77 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, enmendado 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1º de julio de 2002.

conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión.<sup>402</sup>

En la misma línea argumentativa, consideramos que la pena máxima para conseguir el objetivo estipulado en el artículo 18 de nuestra constitución, debería de ser de treinta años, pues es un tiempo más que suficiente para lograr la reinserción social del sujeto; De lo contrario se estaría aceptando de manera implícita el fracaso de la política criminal y del sistema penitenciario nacional, a su vez, se reflejaría claramente que el objetivo verdadero de esta política criminal es la segregación o *eliminación del delincuente*.

---

<sup>402</sup> Artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

## CONCLUSIONES POR CAPÍTULO

### PRIMER CAPÍTULO

**PRIMERA.** El concepto de proporcionalidad es un concepto general que puede ser aplicado en cualquier área del conocimiento humano, perceptible a través de los sentidos y del razonamiento, pues consiste en una relación adecuada de cosas diversas y evoca las ideas de orden y armonía. Influyó en la conducta humana primero introduciéndose al campo de la ética y posteriormente en el ámbito jurídico, en donde tiene una íntima relación con el concepto de justicia.

El principio de la proporcionalidad de las penas, es una institución de creación añeja, por lo que, se ha desarrollado a la par de la evolución del derecho penal, su aparición se remonta a los ordenamientos jurídicos más remotos en diferentes culturas y civilizaciones. En la actualidad debemos analizar al principio de la proporcionalidad de las penas desde la visión de los derechos humanos, pues sirve para salvaguardar las prerrogativas de todas las personas sometidas a un determinado ordenamiento jurídico.

**SEGUNDA.** El principio de la proporcionalidad de las penas, constituye un fundamento necesario para la creación de un sistema penal establecido en los Estados que pretendan constituirse como democráticos y sociales de derecho, pues el referido principio opera como limitador del *ius puniendi*, evitando la irracionalidad, tomando como eje rector la dignidad de la persona y controlando las pulsaciones del Estado de policía. A su vez, fortalece el Estado constitucional de derecho. Estos principios informadores del derecho penal se encuentran de manera explícita o implícita en la constitución, en leyes secundarias o se pueden desprender de la creación jurisprudencial o doctrinal.

En la actualidad tenemos una política tendiente *no a modificar la realidad social*, sino a modificar la imagen de la realidad que tienen los ciudadanos, es decir, tenemos una política criminal de espectáculo, lo que desemboca en un

derecho penal populista y de la emergencia que olvida que el punto de partida del derecho y del Estado es el hombre con dignidad y autonomía, y por lo tanto, a quien se le aplicaran las normas y en su caso las penas.

## SEGUNDO CAPÍTULO

**TERCERA.** Debido al creciente problema de la criminalidad el gobierno trata de ofrecer una solución sencilla desde el ámbito legislativo, consistente en ofertar una política criminal de *mano dura* como remedio a los problemas sociales, a través de una serie de reformas a la ley penal agravando la punibilidad de ciertas conductas delictivas, lo que constituye el recurso más sencillo desde el punto de vista político, administrativo, social, económico, etcétera, conformándose como una respuesta simbólica al problema, que no atiende a la raíz sino sólo a su parte más superficial y sirve para calmar momentáneamente la pisque de la sociedad.

La política del Estado Mexicano actualmente se encuentra influenciada por los postulados del derecho penal del enemigo, como lo es el adelantamiento punitivo, penas altamente desproporcionales, reducción de garantías procesales para algunos sujetos; Justificando tal postura con un *discurso de la emergencia* que se aplica de *manera excepcional*, pero estos discursos legitimantes son de práctica conocida en los Estados totalitarios aduciendo razones de eficacia o como ya se dijo, de emergencia.

**CUARTA.** Uno de los principales problemas en la creación de la ley penal respecto a la proporcionalidad, es establecer el *quantum de la pena*, pues consiste en una operación compleja que tratar de establecer una relación armónica entre el delito cometido y los mínimos y máximos de la sanción. En esta operación no puede estar ausente la valoración del bien jurídico, así como el tipo de ataque que sufre (lesión o puesta en peligro), pues resulta complicado no caer en contradicciones dentro del sistema.

El principio de proporcionalidad tiene una íntima relación con el de lesividad ambos interrelacionan y se complementan, ya que el primero establece un aspecto cuantitativo y el segundo responde a un aspecto cualitativo de la pena (cuándo de la pena). Ambos nos sirven para jerarquizar razonablemente los bienes, y el tipo de la lesionen y por consiguiente, establecer un grado mínimo de coherencia entre las penas.

### **TERCER CAPÍTULO**

**QUINTA.** Los principio informadores y limitadores del poder punitivo, son la base para la creación de los ordenamiento jurídico de todo Estado Constitucional de derecho que se jacte de respetar cabalmente los derechos humanos; Estos sistemas jurídicos están integrado no sólo por normas, sino por principios o criterios de maximización que establecen directrices para alcanzar ciertos objetivos, metas, propósitos sociales o exigencias de justicia.

El derecho penal ha sido utilizado por los sujetos que integran las más altas esferas de poder en perjuicio de los gobernados. El sistema penal opera con un modelo de selectividad, y en la sociedad existen sujetos portadores de características que cumplen el estereotipo del delincuente y que son más vulnerables al poder punitivo. El concepto de enemigo es un concepto político, contrario al derecho y por consiguiente debe de ser excluido, el derecho penal debe de rechazar todas las teorías que trasgredan a la persona humana y se contrapongan con los principios informadores y limitadores del poder punitivo.

**SEXTA.** El número de principios y su mayor estándar de efectividad en la sociedad, señalan el nivel de progreso alcanzado en un determinado ordenamiento jurídico. El progreso jurídico no es siempre constante pues puede haber debilitamiento del Estado de derecho que provoque un retroceso. Es necesario la construcción de un sistema basado en datos normativos (pertenecientes al mundo del deber ser) sin descuidar los datos ónticos (pertenecientes al mundo del ser), cuyo principal objetivo sea neutralizar las

pulsaciones del Estado de policía bajo su forma de poder punitivo, y esto se infiere de los multicitados principios regulado y limitadores del *ius puniendi*.

Debemos imponer límites materiales a la actividad legislativa, con la finalidad de evitar el expansionismo penal (derivado al clima de miedo en el que vivimos), esto, a través de la positivización a rango constitucional de algunos principios como el de *máxima limitación a la reacción contingente*, para evitar la creación desmedida de leyes penales que buscar controlar un problema social emergente.

#### **CUARTO CAPÍTULO**

**SÉPTIMA.** Durante siglos se ha tratado las cuestiones relativas a la naturaleza, fundamento y función de la pena desde distintos ángulos y aún después de más de dos mil años, no hay un concepto generalmente aceptado, independientemente de la multiplicidad de autores y teorías que la fundamentan, y tratan de legitimarla, no podemos soslayar que la verdadera naturaleza de la pena es un castigo, o sufrimiento que se le aplica al delincuente como venganza por el hecho cometido y es la forma de sanción más grave a la que se puede ver sometido un sujeto como respuesta estatal.

En la dogmática penal han existido teorías que intentan justificar con discursos racionalizantes la legitimidad de la pena, mientras que otras, sostiene que la pena no puede ser legitimada por ser un acto de venganza y constituir un mero acto de poder político. Independientemente de las distintas teorías que se manejen, todas son criticables en cierta medida e independientemente de la función manifiesta que se le asigne, tendrá efectos negativos que no se tematicen (función latente), pues muchas de las veces se desligan de los aspectos facticos donde se materializa la pena.

**OCTAVA.** El aumento progresivo de las penas, no se va a solucionar los problemas de la realidad social, ni si quiera va a reducir el índice de criminalidad,

la ley penal al ser un sistema de control social únicamente tiene sentido si se le concibe como la continuación de una política pública, acompañada de mecanismos extra penales. Ya que de lo contrario es evidente el fracaso de la lucha contra la delincuencia, situación de la que no tiene culpa el derecho penal, sino la política de Estado.

Nadie está dispuesto a pagar lo que cuesta verdaderamente la ejecución de la pena como un verdadero tratamiento multi y trans disciplinario tendiente a la readaptación social del individuo, fijar más de 30 años de prisión para conseguir los fines del artículo 18 constitucional es un absurdo que lleva implícito el fracaso de la política criminal y del sistema penitenciario nacional.

## FUENTES CONSULTADAS

### Bibliográficas

ADAME Goddard, Jorge, La objetividad de las proposiciones jurídicas, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

AGUADO Correa, Teresa, El principio de proporcionalidad, Madrid, Trotta, 2005.

ALBANO, Sergio. Glosario de aplicaciones, Foucault, Michel, Buenos Aires, Editorial Quadrata, 2005.

ALCACER Guirao, Rafael, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito, editorial Atelier, Barcelona, 2003.

ALEXY, Robert, La fórmula del peso, en El principio de Proporcionalidad y la interpretación constitucional, Miguel Carbonell, 5ª. ed., Serie Justicia y Derechos Humanos, número 6, MJDH, Quito, 2009.

ANTOLISEI, Francesco, Manual de derecho penal, Bogotá Colombia, Editorial Temis, 1988.

ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, Clásicos de Grecia y Roma, México, alianza editorial, 2004.

ATIENZA Manuel, Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica, 4ª. reimpresión, UNAM, México, 2009.

ATIENZA, Manuel, Contribución a una teoría de la legislación, Madrid, Civitas 1997.

ATIENZA, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, Las piezas del derecho, Barcelona, Ariel, 1996.

BACIGALUPO, Enrique, Manual de derecho penal, Bogotá, Editorial Temis, 1998.

BACIGALUPO, Enrique, Principios constitucionales de derecho penal, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999.

Balbin, Álvarez, William y Arango Velásquez, Oscar, Globalización de los derechos... Repensando la condición humana, Medellín, Instituto popular de capacitación, 2003.

BARREDA Solórzano, Luis, Justicia Penal y Derechos Humanos, México, Porrúa, 1997.

BARREDA Solórzano, Luis, Punibilidad, punición y pena de los sustitutivos penales, en Memoria del primer congreso mexicano de Derecho Penal, México, UNAM, 1981.

BARRENA Alcaraz, Adriana Et al. Diccionario Jurídico Mexicano. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 1994.

BECCARIA, Cesar, De los delitos y de las penas, con estudio preliminar de Agudelo Betancur, Santa Fe de Bogotá, editorial Linotipia Bolívar, 1992.

BERUMEN Campos, Arturo, La ética del discurso jurídico, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, México.

BIONDI, Biondo, La juridicidad del Evangelio, en Arte ciencia del Derecho, Barcelona, Ariel, 1953.

BOBBIO, Norberto, “El problema de la guerra y la vía de la paz”, Barcelona, Gedisa, 1992.

BOBBIO, Norberto, Presente y porvenir de los derechos humanos, Anuario de Derechos Humanos del año 1981, Madrid, Universidad Complutense, 1982.

BUFFARINI, Mariano. "Las ¿nuevas? Economías del castigo penal", Revista El derecho penal, Argentina, Editora Universidad Católica, 2004.

BURGOA Orihuela, Ignacio, Las garantías individuales, 30<sup>a</sup>. ed., México, Porrúa, 2002.

BUSTOS Ramírez, Hormazábal Malarée, Lecciones de derecho penal, volumen I, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

BUSTOS Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hermán, Nuevo sistema de derecho penal, Madrid, Trotta.

CANCIO Melia, en *Jakobs/Cancio*, Derecho penal del enemigo, España.

CARBONELL Mateu, Juan, Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 2<sup>a</sup>. ed., México, Editorial Valencia.

CARBONELL, Miguel, Los derechos fundamentales en México, 3<sup>a</sup>. ed., México, Porrúa-CNDH-UNAM, 2009.

CARRANCA y Trujillo, Raúl, Derecho penal mexicano I, 4<sup>a</sup>. ed., México, Porrúa, 1955.

CASTELLANOS Tena, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, 49<sup>a</sup>. ed., México, Porrúa, 2009.

CENALMOR, Daniel y Miras, Jorge, El derecho de la iglesia, 2<sup>a</sup>. ed., España, eunsa, 2005.

CEREZO Mir, José, Curso de derecho Penal Español, Madrid España, Editorial Tecnos, 1997.

CHÁVEZ Castillo, Raúl, Juicio de amparo, diccionarios jurídicos temáticos, México, Harla, 1997.

ROMERO, Raúl, "Determinación de la pena", en *Revista de ciencias penales contemporáneas*, número 1, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.

COBO DEL ROSAL, Manuel, Constitución y Derecho Penal: El principio de legalidad en materia criminal, La Laguna, Estudios Jurídicos, Universidad de la Laguna, 1993.

COLMO, Alfredo, Técnica legislativa del Código Civil argentino, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot.

COPI, Irving, Introducción a la lógica, Buenos Aires, Editorial Eudeba.

D. ORS, Álvaro, Derecho privado romano, 10<sup>a</sup>. ed., Pamplona, Eunsa, 2004.

DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis, Justicia penal y derecho humanos, México, Porrúa, 1997.

DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, Acumulación de sanciones penales y administrativas: Sentido y alcance del principio "ne bis in idem". Barcelona, Bosch, 1998.

DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto, Garantías en materia penal, 2<sup>a</sup>. ed., México, Ediciones Jurídicas Alma S.A DE C.V, 2013.

DEL CATILLO DEL VALLE, Alberto, Derechos humanos, garantías y amparo, 3<sup>a</sup>. ed., México, Ediciones Jurídicas Alma, 1997.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Vademécum de derechos humanos, México, INCEPAC, 2004.

DÍEZ Ripollés, José Luis, La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista, en *Teorías actuales en el derecho penal*, Buenos Aires, editorial Ad. Hoc, 1998.

DÍEZ Ripollés José Luis, La racionalidad de las leyes penales, Madrid, Trotta, 2003.

DOCZI, Gyorgy, El poder de los límites, proporciones armónicas en la naturaleza, el arte y la arquitectura, trad., de Alejandro Vucetich, Buenos Aires, Troquel, 2004.

DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Barcelona, editorial Ariel Derecho, 1989.

ESPILEZ Murciano, Felipe, Regulación de la vivienda en el código de Hammurabi. Revista ciudad y territorio, estudios territoriales, Madrid, Estudios territoriales, 2009.

FEIJÓO Sánchez, Bernardo, Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente, Madrid, Civitas, 2002.

FELDMAN, Gustavo, "El Pacto de San José de Costa Rica", El Rosario, Rubinzal-Culzoni, 1997.

FERNÁNDEZ, Carrasquilla, Juan, DERECHO PENAL LIBERAL DE HOY, Bogotá, Editorial Gustavo Ibáñez, 2006.

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, traducción Andres- Ruiz- Terradillos- Canterero, editorial Trotta, Madrid, 1995.

FERRAJOLI, Luigi, Poderes salvajes la crisis de la democracia constitucional, Madrid, Trotta, 2011.

FRAGOSO, Heleno, Lecciones de derecho penal, 8ª. ed., Río de Janeiro, Forense, 1985.

GALIANA Suara, Ángeles, La legislación en el Estado de derecho, Madrid, Editorial Dickinson, 2003.

GARCÍA Máynez, Eduardo, Introducción al estudio del derecho, 60ª. ed., México, Porrúa, 2008.

GARCÍA Ramírez, Sergio, Manual de prisiones; la pena y la prisión, 4ª. ed., México, Porrúa, 1998.

GARRIDO Montt, Mario, Nociones fundamentales de la teoría del delito, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982.

GIACCHI, Orio, Consenso en el matrimonio canónico, 1950.

GÓMEZ Mera, Roberto, “Ideas para un nuevo código penal”, Revista del Instituto Superior de Criminología y Ciencias Penales, Facultad de jurisprudencia y Ciencias Penales, Universidad de Guayaquil, Año 6, 7ª. ed., 2003.

GONZÁLEZ Cussac, José Luis, “La reforma permanente: clima de miedo, pensamiento impecable y derechos mínimos”, en Álvarez García Francisco Javier, y González Cussac, José Luis (director) *comentarios a la reforma penal*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2010.

GUADARRAMA González, Álvaro, La axiología jurídica en la formación integral de los estudiantes de derecho, 2ª. ed., corregida y aumentada, México, Porrúa, 2010.

GUERRERO Agripino, Luis, “La seguridad pública en el contexto general del sistema de justicia penal y la política criminal”, En revista de la Universidad de Colima, Dejure, año 5, n.3, Colima México, 2005.

GUIMARAES, Claudio. Funciones de la pena privativa de la libertad en un sistema capitalista, Río de Janeiro, Editora Revan, 2007.

GUIMAREAS, Claudio. Función de la pena privativa de la libertad como sistema de producción capitalista, Memorias del XVIII Congreso latinoamericano de derecho penal, Bogotá, Universidad de Nacional de Colombia, Editorial Layer, 2006.

HANS Joachim, Hirsch, Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico, traducido en moderna tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, Madrid, editorial U. N. E. D., 2001.

HIRSCH Andrew, Von, Prevención general positiva y reprobación, Conferencia dictada en el seminario de derecho penal en el Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, traducción Enrique Bacigalupo, Madrid, 2005.

ISLAS de González Mariscal, Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida, México, Editorial Trillas, 1882.

JAKOBS, Günter y Cancio, Melia, Derecho penal del enemigo, Buenos Aires, editorial Hammurabi, 2005.

JAKOBS, Günter, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico" traducción de Peñaranda, Madrid, Estudios de Derecho penal, 1997.

JAKOBS, Günter, "La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo." Traducción de Manso Porto, en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, (coord. Muñoz Conde, Francisco), Valencia, 2004.

JAKOBS, Günter, Derecho penal, Parte general, Fundamento y teoría de la imputación, 2ª. ed., Traducción de Cuello Contreras, Joaquín, Serrano González de Murrillo, José Luis, Madrid, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., 1997.

JAKOBS, Günter, Fundamentos del derecho penal, traducción, Cancio Meliá-Peñaranda Ramos, editorial, Ad-hoc, Buenos Aires, 1996.

JESCHECK, Hans y Weingen, Thomas, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Traducción de Olmedo Cardenette, Comares, Granada, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho penal, Tomo II, Buenos Aires, 1964.

JOSÉ Ferrero, Juan, Teoría de la educación, lecciones y lecturas, 2ª. ed., Bilbao, Universidad de Deusto, 1998.

KANT, Immanuel, Lo bello y lo sublime, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, México, grupo editorial, 2004.

LASCURAIN Sánchez, Juan Antonio, La proporcionalidad de la norma penal, cuadernos de derecho público, México, 1998.

MALO Camacho, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, 7ª. ed., 2ª. reimpresión, México, Porrúa, 2013.

MANTOVANI, Fernando, Derecho Penal. Parte General, Padova, 1992.

MARTÍNEZ Buján Pérez, Carlos, Derecho penal económico, parte general, Valencia, editorial Tirant lo Blanch, 1998.

MATEO, 5, 38-39, La santa biblia, antiguo y nuevo testamento, revisado por Cipriano de Valera, Sociedades bíblicas unidas, 1964.

MEZGER, Edmundo, Derecho penal. Parte general. México, Cárdenas Editor, 1990.

MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho penal, Tomo II, Rodríguez Muñoz, Madrid, 1949.

MILLÁN Puelles, Antonio, Persona humana y justicia social, México, editora de revistas, 1990.

MORENO Hernández, Moisés, Política criminal y dogmática de las víctimas, Teorías actuales en el derecho penal, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1998.

MORO, Tomas, Utopía, México, Alianza editorial, 2012.

MUÑOZ Conde, Fernando, y García Aran, Derecho Penal. Parte General, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

MUÑOZ Conde, Francisco, De nuevo sobre el derecho penal del enemigo, homenaje a Ruperto Núñez Barbero, España, ediciones Universidad Salamanca, 2007.

MUÑOZ Conde, Francisco, Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo, 4ª ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002.

NÚÑEZ, Ricardo, Manual de Derecho Penal. Parte General, 4º Ed., actualizada por Spinka y González Córdoba, Lerner, 1999.

OSSANDÓN W María, La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa, Santiago, Jurídica Chile, 2009.

OSSANDÓN W María, Los elementos descriptivos como técnica legislativa. Consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza, Vol. 22, Valdivia, Revista de derecho, 2009.

OTERO Parga, Milagros, Dignidad y solidaridad, dos derechos fundamentales, México, Porrúa, 2006.

PADILLA Sahagún, Gumesindo, Derecho romano, 4ª. ed., México, Mc Grall Hill, 2008.

PARMA, Carlos, Roxin o Jakobs ¿Quién es el enemigo en el derecho penal? El espejo del derecho penal, Bogotá, D. C. Colombia, Editorial Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009.

PÉREZ Daza, Alfonso, Derecho penal, Introducción, México, D. F., Editorial Porrúa, 2002.

PÉREZ Manzano, y Parma, Carlos, En Culpabilidad lineamientos para su estudio, Mendoza, Ediciones Jurídicas 1997.

POLAINO Navarrete, Miguel, Lecciones de derecho penal parte general, Tomo1, 2ª. ed., Sevilla, Tecnos.

POLANCO Braga, Elías, Lecciones del nuevo procedimiento penal mexicano: oral acusatorio y adversarial, México, UNAM, 2015.

POLANCO Braga, Elías, Nuevo diccionario del sistema procesal penal acusatorio, juicio oral, 2ª. ed., México, Porrúa, 2015.

PONCE DE LEÓN Armenta, Luis, Modelo trans-universal del derecho y del Estado, 2ª. ed., México, Porrúa, 2001.

PORTILLA Contreras, Guillermo, Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos, Madrid, Cuadernos de política criminal, 1989.

PORTILLA Contreras, Guillermo, Tema I. El derecho penal como sistema de control social, en Zugaldía Espinar, José Miguel, *Derecho penal, parte general*, Valencia, editorial Tirant lo Blanch, 2002.

PRIETO Sanchís Luis, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Ed. Trotta, Madrid, 2003.

QUINTANA Roldan, Carlos Francisco, y Sabido Peniche, Norma Dolores, Derechos humanos, 2ª. ed., México, Porrúa, 2001.

RAMELLA, Pablo, “Introducción al derecho”, 2ª. ed., San Juan, Universidad Católica de Cuyo, 1980.

RAMIRO, Ávila, Santamaría, El principio de legalidad vs el principio de proporcionalidad, en El principio de Proporcionalidad y la interpretación constitucional, Miguel Carbonell, ed., Serie Justicia y Derechos Humanos, número 6, MJDH, Quito, 2009.

RAYNAUD, Philippe, y Rials, Stéphane, Diccionario Akal de filosofía política, Madrid, ediciones Akal, 2001.

RECASÉNS Siches, Luis, Tratado general de filosofía del derecho, 14ª. ed., México, Porrúa.

REYES Rodríguez M., El proceso de producción legislativa, un procedimiento de diseño institucional, en Elementos de Técnica Legislativa, Coord. Miguel Carbonell, Susana Pedroza, México, UNAM, 2000.

RIVOCOBA y Rivocoba, Manuel, “Introducción a los principios cardinales del derecho penal”, en Revista de ciencias penales, Numero. 5, Corrientes, Editorial Mave, 2000.

RODRÍGUEZ Vidal Raúl, et al, Concepto jurídico de dignidad, *ubi societas ubi ius*, año II volumen IV, México, centro de investigaciones jurídicas de la facultad de derecho, Universidad Autónoma de Chihuahua, 2016.

ROUSSEA Jacobo, Juan, El contrato social o principios de derecho político, Estudio preliminar de Moreno Daniel, 15ª ed., México, Porrúa, 2006.

ROXIN Claus, Tratado de Derecho Penal. Parte General I, Madrid, Civitas, 1997.

ROXIN, Claus, Derecho Penal Parte General, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. Problemas básicos del derecho penal, Madrid, Editorial Reus, 1976.

SÁEZ Capel, José. Apareció un cometa, un nuevo Mesías de la seguridad, 2ª ed., Buenos Aires, Revista *Urbe et ius*, 2004.

SAINZ Moreno, Fernando, La técnica normativa. Visión unitaria de una materia plural, en La Técnica legislativa a debate, J. M. Corona, F. Pau, J. Tuleda, Coord., Madrid, Tecnos, 1994.

SÁNCHEZ Gil, Rubén, El principio de proporcionalidad, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 2007.

SILVA Sánchez, Jesús, La expansión del derecho penal, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001.

TERRADILLOS Basoco Juan María, Las reformas penales españolas de 2003: valoración político criminal: Nuevo foro penal, 2005, Madrid.

TERRADILLOS Basoco, Juan María, Globalización, administración, y expansión del derecho penal económico, en Terradillos Basoco J. M., *estudios sobre el derecho penal de la empresa*, Buenos Aires, Editores del puerto, 2009.

TERRADILLOS Basoco, Juan María, La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal: Madrid, Revista de la facultad de derecho de la Universidad Complutense, 1981, (63).

TERRADILLOS Basoco, Juan María, Lesividad y proporcionalidad como principios limitadores del poder punitivo, Algunas digresiones a propósito de la última reforma del código penal español, México D.F., Editorial Ubijus, 2011.

VIDAL Gil, Ernesto, Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencias españolas. Un análisis de algunos casos difíciles, Valencia, Universidad de Valencia, 1998.

VILLAVICENCIO Terreros, Felipe, Derecho penal, parte general, Lima, editorial Grijley, 2009.

ZAFFARONI, Raúl, Derecho penal, parte general, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2000.

ZAFFARONI Eugenio, Raúl, En busca de las penas pérdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal, Bogotá, 2ª. ed., Editorial Temis, 1993.

ZAFFARONI Eugenio, Raúl, et. al., Manual de derecho penal, Parte General, 2ª ed., tercera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2009.

ZAFFARONI Eugenio, Raúl, La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, Teorías Actuales en el Derecho Penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

ZAFFARONI Eugenio, Raúl. “La creación legislativa penal y los discursos de emergencia” Teorías actuales en el derecho penal, Buenos Aires, ADLHOC, 1998.

ZAMBRANO Pasquel, Alfonso, Derecho penal, parte general, 3ª. ed., Lima, Ara Editores, 2006.

### **Vínculos Electrónicos**

BARATTA, Alessandro, Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam), Buenos Aires, Editorial B de F, 2004 pp. 299-333. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/59608648/alessandro-baratta-principios-de-derecho-penal-minimo> Consultado 01 de septiembre del 2016.

BOETSCH Gillet, Cristián, Teoría de la ley, Chile, Facultad de derecho UC, 2011, p. 86. Disponible en: <http://documents.tips/documents/134891233-teoria-de-la-ley-cristian-boetsch-g.html> Consultada el 10 junio del 2016.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR, El recurso de casación en el Estado constitucional de Derecho y justicia. [En línea]. Disponible: [http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/publicaciones\\_cnj/Seminario%20casacion.pdf](http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/publicaciones_cnj/Seminario%20casacion.pdf) Consultada: 20 de Abril de 2015. 11:26 PM.

FILOSOFÍA I, La reflexión filosófica sobre el ser humano, Ministerio de educación, Gobierno de España, Consultado el 28 de septiembre del 2016, en: <http://recursostic.educacion.es/bachillerato/proyctofilosofia/web/ruta1.php?tipo=2&seccion=1&ruta=10&etapa=5&explorador=1>

FRANCO, Gabriel, Las leyes de Hammurabi, versión española, introducción y anotaciones, Revista de ciencias sociales, p. 1. Versión en línea: [http://rcsdigital.homestead.com/files/Vol\\_VI\\_Nm\\_3\\_1962/Franco.pdf](http://rcsdigital.homestead.com/files/Vol_VI_Nm_3_1962/Franco.pdf). Consultada el 10 de septiembre del 2015 a las 11:15 pm.

GONZÁLEZ Placencia, Luis, Los derechos humanos de las personas privadas de la libertad: fundamento de la ejecución de la pena y la reinserción social Análisis del concepto de Derechos Humanos, México, 2010. [En línea]. Disponible: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3104/22.pdf>. Consultada: 20 de marzo del 2016. 11:40 PM.

GROTIUS, Hugo, Del derecho de la guerra y de la paz, clásicos jurídicos, Madrid, editorial reus, 1925, p.49. Versión en línea, disponible en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2010/delDerechoDeLaGuerraYDeLaPazT1.pdf> Consultado el 22 de septiembre del 2016.

GUILLAMONDEGUI, Luis, “Los discursos de la emergencia y el derecho penal del enemigo”, en [www.carlosparma.com.ar](http://www.carlosparma.com.ar) Consultado el 20 de junio del 2016.

HOBBS, Thomas, El leviatán, p. 127, versión en línea: <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/749.pdf> Consultado el 20 de junio del 2016.

LUNA, Castro, José Nieves, La proporcionalidad como principio limitador en la determinación e imposición de las penas, Libro electrónico perteneciente a la biblioteca jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 316-317. Consultado en línea el 23 de junio del 2016. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20160408\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160408_03.pdf)

MIR Puig, Santiago. “Límites del normativismo en derecho penal”. En revista electrónica de ciencia penal y criminología, p. 18: 13. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf> Consultado el 22 de septiembre del 2016.

NAVARRO Conicet, Pablo E., y Manrique Laura, El Desafío de la Taxatividad. pp. 807-809. En: <file:///C:/Users/Hector/Downloads/Dialnet-ElDesafioDeLaTaxatividad-2281530.pdf>, consultado el 02 de agosto de 2016.

ROJAS, Ivonne, La proporcionalidad de las penas, Libro de la biblioteca Jurídica de la UNAM, p. 1. Consultado en línea el 27 de septiembre del 2016, en: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2937/15.pdf>

VALERO Tenorio, Miguel, et al, Proporcionalidad entre penas y delitos: necesidad de la utilización de métodos técnicos por parte del legislador para la predeterminación de las penas, Revista electrónica Ámbito Jurídico, p.1. Consultado el 30 de agosto del 2016: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=9596&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura#\\_ftnref5](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=9596&n_link=revista_artigos_leitura#_ftnref5)

## **Legislación**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Convención de Viena.

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Penal para el Distrito Federal.

Código Penal para el Estado de Chihuahua.

-Tesis: I.5º.C. J/31 (9ª.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunal Colegiado de Circuito, Libro I, octubre de 2011, decima época Tomo 3, p. 1529, jurisprudencia, Civil.

-Novena época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, y su Gaceta, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 8, tesis aislada, constitucional.

-Tesis: P. /J. 39/2015, Decima época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo I, pág. 785, Jurisprudencia constitucional.

-Tesis: 1a. /J. 54/2014, Decima época, Gaceta del Semanario Judicial de la federación, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, pág. 131, Jurisprudencia (Constitucional).

-Tesis: 1a. /J. 92/2009, Novena época. Primera Sala, Semanario Judicial de la federación y su gaceta, Tomo xxx, Diciembre de 2009, pág. 161, Jurisprudencia Penal.

-Tesis: I. 4o.A. 20 k (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II, pág. 1211, Tesis Aislada(Constitucional).

-Tesis: I. 4o.A. 20 k (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II, pág. 1211, Tesis Aislada(Constitucional).

-Tesis: 1a. CCXIX/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 2009463 Primera Sala, Libro 19, Junio de 2015, Tomo I Pag.589 Tesis Aislada (Constitucional).