



BENEMERITA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE PUEBLA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
SECRETARÍA DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS DE
POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CON TERMINAL EN
CIENCIAS PENALES

TESIS:

“EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES”

PRESENTADA COMO REQUISITO PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN
DERECHO CON TERMINAL EN DERECHO EN CIENCIAS PENALES

PRESENTA:

DAVID ROJAS MENDOZA

MATRÍCULA:

216470599

DIRECTOR DE LA TESIS:

JOSÉ EDMUNDO PEREGRINA MOCTEZUMA

PUEBLA, PUEBLA, TREINTA Y UNO DE OCTUBRE DE 2017

Índice	I-II
Introducción	III-IX

CAPÍTULO I

Ius puniendi y sanción penal

1.1.- Ius puniendi	1
1.2.- Límites al ius puniendi	5
1.2.1.- Principio de intervención mínima	8
1.2.2.- Principio de ultima ratio	10
1.2.3.- Principio de legalidad	12
1.2.4.- Principio de estricta protección de bienes jurídicos	15
1.2.5.- Principio de culpabilidad	17
1.2.6.- Principio de proporcionalidad en sentido amplio	19
1.3.- Instancias del ius puniendi	22
1.3.1.- Instancia legislativa	23
1.3.2.- Instancia judicial	27
1.3.3.- Instancia de ejecución de sanciones	27
1.4.- Orientación de la facultad punitiva: actos o personalidades	31
1.5.- La sanción penal como acto que afecta derechos fundamentales	39

CAPÍTULO II

La imposición judicial de sanciones

2.1.- Sistemas de punición	45
2.1.1.- Sistema monista, dualista y vicarial de sanciones penales	46
2.1.2.- Sistemas de determinación de sanciones	47
2.1.2.1.- Sistema de penas indeterminadas	47
2.1.2.2.- Sistema de pena exacta	50
2.1.2.3.- Sistemas de marcos penales	52
2.1.2.4.- Sistema adoptado por el Código Penal Federal y en el Código Nacional de Procedimientos Penales	54
2.2.- Criterios que orientan la imposición de sanciones	55
2.2.1- Criterio político criminológico	57
2.2.2.- Criterio de culpabilidad	59
2.2.3.- Criterio de peligrosidad	60

2.3.- Individualización judicial de sanciones	62
2.4.- Reglas para la imposición de sanciones	66
2.4.1.- Marco penal concreto y aplicable	70
2.4.2.- Gravedad del ilícito	75
2.4.2.1.- Magnitud del daño causado o puesta en peligro al bien jurídico	76
2.4.2.2.- Naturaleza de la acción y medios empleados	77
2.4.2.3.- Circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado	81
2.4.2.4.- Forma y grado de intervención del agente	82
2.4.3.- Grado de culpabilidad	83
2.4.3.1.- Juicio de reproche	85
2.4.3.2.- Motivos que impulsaron a delinquir	98
2.4.3.3.- Comportamiento posterior en relación al delito cometido	98
2.4.3.4.- Factores criminógenos y características peculiares del delincuente	100
2.4.3.5.- Circunstancias en que se encontraba la víctima	111

CAPÍTULO III

El test de proporcionalidad como criterio en la imposición de sanciones

3.1.- Principios jurídicos y reglas jurídicas	114
3.2.- Proporcionalidad, razonabilidad o racionalidad	120
3.3.- ¿Principio o test?	122
3.4.- El test de proporcionalidad como límite de actos que afectan derechos fundamentales y su fundamento constitucional	124
3.5.- Test de proporcionalidad como criterio para la individualizar sanciones	132
3.6.- Contenidos del test de proporcionalidad: principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto	134

Fuentes de información

- Bibliografía	150
- Hemerografía	154
- Cibergrafía	154
- Legisgrafía	154

Conclusiones	157
--------------	-----

Propuesta	160
-----------	-----

Introducción

La presente investigación versó sobre el **Derecho Penal sustantivo** y el **Derecho Procesal Penal**, al tomar en cuenta el Código Penal Federal y el Código Nacional de Procedimientos Penales, pues se abordaron los criterios para la individualización de sanciones. Asimismo trató sobre el test de proporcionalidad en la imposición de sanciones.

En vista del tema expuesto, la investigación partió de la premisa de que las sanciones penales son actos de autoridad que intervienen derechos humanos, por ser actos de autoridad jurisdiccional que privan o restringen derechos tales como la libertad o el patrimonio entre otros. Se trató el test de proporcionalidad como un criterio para individualizar sanciones penales, por ello, se abordó de forma general el principio de proporcionalidad, mismo que a su vez se integra por otros tres sub-principios: el de necesidad, el de idoneidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Tales sub-principios, al ser empleados como un instrumento para determinar si algún acto u omisión de autoridad interviene derechos fundamentales de forma legítima o si por el contrario, la intervención es por demás excesiva o arbitraria, integran lo que la jurisprudencia nacional y extranjera ha denominado el test de proporcionalidad. En ese sentido se sometió a estudio a la figura jurídica que la ley penal sustantiva y la ley penal adjetiva prevén para la imposición de sanciones, es decir, se analizó la llamada individualización de sanciones y las disposiciones que la contemplan. Se hizo patente en el presente trabajo, que la legislación actual prevé criterios y parámetros que los jueces penales deben seguir para individualizar las sanciones penales, pero en ningún supuesto, la legislación penal contempla como criterio para llevar a cabo la individualización de sanciones al test de proporcionalidad. Asimismo, se evidenció que si bien se establece en la legislación penal que la sanción debe ser proporcionada al hecho cometido y a la gravedad o magnitud del daño causado al bien jurídico sujeto a la protección penal, tal criterio no tiene la extensión ni el alcance del examen o test de proporcionalidad que se ha desarrollado en materia de derechos fundamentales. Por lo cual, se advirtió que si la sanción penal se traduce en una afectación real de derechos a consecuencia de un

acto de autoridad, no hay justificación alguna para que dicho acto se escape al control que permite el test de proporcionalidad. Atento a lo anterior, se expuso la necesidad de que el test de proporcionalidad sea contemplado en la ley penal sustantiva como un derecho de quienes resulten responsables de hechos calificados como delitos por la ley, y a la vez se incorpore en la ley adjetiva penal, atendiendo con ello a otros principios como lo son el de legalidad y el de seguridad jurídica, a más de que su inclusión en la legislación penal armonizará su contenido con la normatividad de derechos humanos vigente el país.

La función jurisdiccional en materia penal debe respetar el marco de legalidad y al mismo tiempo velar por el cumplimiento de los derechos humanos. La imposición de sanciones por parte del juez penal no es la excepción, pues ésta debe cumplir con los criterios y parámetros previstos en la denominada individualización de sanciones que se prevén tanto en la ley penal sustantiva como en la ley penal adjetiva.

En ese tenor, si la sanción penal representa para el responsable de un hecho calificado en ley como delito, la pérdida o la afectación total o parcial de derechos fundamentales (libertad, patrimonio, entre otros), entonces todo juez penal al individualizar la sanción, debe someter su actuación al test de proporcionalidad.

Por tanto, el tema específico sobre el cual versó la presente investigación fue sobre la necesidad de incorporar el test de proporcionalidad como un criterio para individualizar sanciones penales tanto en el Código Penal Federal como en el Código Nacional de Procedimientos Penales, a fin de que el actuar del juez cumpla a cabalidad con el principio de legalidad y con ello este en posibilidad de justificar que el derecho humano afectado lo fue en forma necesaria, idónea y razonable (proporcional), acorde a la normatividad de derechos humanos vigente en el país.

Esta investigación encuentra relevancia pues la incorporación del test de proporcionalidad como criterio para imponer sanciones en el Código Penal Federal y en el Código Nacional de Procedimientos Penales otorgaría a los jueces penales una herramienta de protección en materia de derechos fundamentales que en gran medida contribuiría a legitimar su actuación.

Se justifica el tema que se trató porque la incorporación en la legislación penal del test de proporcionalidad como un criterio para individualizar sanciones armonizaría a los Códigos Penal Federal y el Nacional de Procedimientos Penales con la normatividad vigente a nivel constitucional sobre reconocimiento y protección de derechos humanos.

Por otra parte, es un tema que reviste importancia, dado que la incorporación en ley del test de proporcionalidad como criterio para imponer sanciones, responde a que éstas últimas representan la intervención de derechos fundamentales de mayor gravedad que contempla el sistema normativo vigente y por consecuencia, su imposición por parte de las autoridades jurisdiccionales debería ser sometida al test de proporcionalidad.

Máxime que en nuestro país se adoptó un sistema de protección de derechos humanos y que en materia penal, dado el grado de afectación de derechos fundamentales que está en juego, el principio de legalidad cobra una relevancia mayúscula, por lo cual se justifica la incorporación del test de proporcionalidad en la legislación penal como un criterio para individualizar sanciones.

Así, el acto de imposición de sanción penal, al constituir la intervención de derechos más severa que el Estado puede utilizar para el control de la criminalidad, debería tener como directriz el test de proporcionalidad, mismo que debería ser incorporado en la legislación penal sustantiva y adjetiva como un criterio para individualizar sanciones. Para lo cual la investigación trató de responder las siguientes preguntas: ¿Cómo se conceptúa el principio de proporcionalidad? ¿El principio de proporcionalidad lleva implícito el test de proporcionalidad? ¿La constitución política de los estados unidos mexicanos reconoce el principio de proporcionalidad? ¿El principio de proporcionalidad penal contemplado en el artículo 22 constitucional es el mismo que da origen al test de proporcionalidad? ¿Cómo se integra el test de proporcionalidad? ¿Cómo se regula por la legislación penal sustantiva y adjetiva la imposición de sanciones? ¿Por qué al hablar de imposición de sanciones en la ley penal remite a la individualización judicial de la pena? ¿Cómo se conceptúa la individualización de la pena? ¿Cuáles son los criterios para

individualizar la sanción penal? ¿Puede utilizarse al test de proporcionalidad como un criterio para individualizar sanciones? ¿El test de proporcionalidad utilizado como criterio para la individualización de sanciones sería acorde a la normatividad de derechos humanos?

Se formuló como hipótesis si *el test de proporcionalidad es un criterio para la individualización de sanciones, que debe ser incorporado en el Código Nacional de Procedimientos Penales.*

La presente investigación es de corte bibliográfico, basado en la técnica documental. Se hizo uso de los métodos inductivo, deductivo, y analítico, en consecuencia, el documento se estructuró de la siguiente manera:

En el capítulo primero se trató lo relativo al ius puniendi o derecho a castigar y la sanción penal. Se conceptúo el término de ius puniendi y se describieron y analizaron los límites que tiene la potestad punitiva cuando está en manos del estado. Por ello se analizó el principio de intervención mínima que conlleva la idea de que el derecho a castigar únicamente puede ser utilizado para los casos en donde se ataquen con mayor gravedad los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico; en esa línea se analizó como otro límite a la facultad punitiva estatal el principio de ultima ratio, que implica que antes de recurrir a la medida penal, deben buscarse soluciones en el resto del ordenamiento jurídico, dejando como la última opción para la solución de conflicto la potestad punitiva o ius puniendi. No menos importante que los anteriores se analizó el principio de legalidad, que implica que toda conducta sancionable y su consecuencia jurídica (la sanción penal) debe estar precedida por una ley; en ese tenor, otro del ius puniendi es el relativo al principio de estricta protección de bienes jurídicos, que implica dejar fuera consideraciones morales, ética o que no sean estrictamente bienes que se encuentren protegidos por el ordenamiento jurídico. Por otra parte, se analizó el principio de culpabilidad, que al ser un límite del ius puniendi, implica que su ejercicio únicamente debe ser ejercido para los responsables de las conductas punibles y que la medida de la sanción no puede rebasar la medida de la culpa; finalmente, se analizó como límite a la potestad punitiva al principio de proporcionalidad en sentido estricto, que implica que la

gravedad de la pena debe ser impuesta en relación proporcional al daño causado al bien jurídico y a la gravedad del delito sancionado. Por otra parte y continuado con el desarrollo del capítulo primero, se analizaron las instancias en las que el ius puniendi es ejercido por el poder público, encontrando que su ejercicio en la instancia legislativa tiene como objetivo la de determinar en ley las conductas sancionables y su punibilidad, en tanto que en el ejercicio de la potestad punitiva en la instancia judicial implica la imposición de sanciones a través de la punición por parte del juez, individualizando en cada caso particular la sanción y determinando la clase y extensión de la sanción penal. El ejercicio del ius puniendi no se agota en la creación de normas penales ni en la determinación de responsabilidad y aplicación de sanciones, sino que el ius puniendi se ejerce en una instancia de ejecución de sanciones, que tiene como objeto principal ver por el cumplimiento de la sanción impuesta, su duración y su modificación durante dicha instancia ejecutiva. El análisis sobre el ius puniendi no podría completarse sin antes haberse hablado de la orientación de la facultad punitiva, pues bien se definió que el derecho a castigar puede inclinarse por la sanción de actos o la sanción de personalidades. Finalmente, el capítulo primero se cierra con el concepto del producto del ius puniendi; la sanción penal. Así, se analizó si la sanción penal es o no un acto que afecta derechos fundamentales

En el capítulo segundo se trató lo relativo a la imposición judicial de sanciones, para ello se analizó la estructura como se configura a través de los distintos sistemas de punición, pues la imposición de sanciones en sede judicial puede prever un sistema monista, en que se adopte únicamente una clase de sanción, esto es, o bien contempla la pena, o bien contempla la medida de seguridad, pero no ambas; en cambio en el sistema dualista, la imposición de sanciones contempla ambas (penas y medidas de seguridad) pero se prevé que para su imposición se opte entre una u otra; entretanto el sistema vicarial adoptado por nuestra legislación deja al arbitrio del juez la imposición de sanciones penales, sin hacer distinciones para la aplicación entre penas o medidas de seguridad, pues se pueden imponer al mismo tiempo una pena y una medida de seguridad. Otro sistema de determinación de sanciones es el que tiene que ver con la duración de las mismas; existiendo tres sistemas: el de penas

indeterminadas; el sistema de pena exacta y el sistema de marcos penales. Todos tienen como rasgo distintivo que toman la duración de la sanción penal desde tres ópticas distintas: una duración indeterminada y dejada al arbitrio del juez, una duración fija en la ley sin posibilidad de ley y un sistema mixto, que contempla límites en la ley pero también permite el arbitrio judicial. Con base a esto, se describe el sistema de duración de sanciones adoptado por el Código Penal Federal y por el Código Nacional de Procedimientos Penales. En el capítulo segundo se desarrollan los conceptos relativos a los criterios que orientan la imposición de sanciones y que se derivan de la orientación del ius puniendi. Así tenemos que está el criterio político criminógeno, el criterio de culpabilidad y el criterio de peligrosidad, lo cuales se explican de manera general. Al abordar el tema de imposición de sanciones en sede judicial, se analizó la figura de la individualización judicial de sanciones, que contiene las pautas para determinar la magnitud y la clase de sanción penal, esto con base en las reglas que para la imposición de sanciones se contemplan en esta fase de individualización. Así para determinar la clase de sanciones y el tipo de sanciones debe atenderse el marco penal concreto y aplicable; la gravedad del ilícito, que como vimos comprende la magnitud del daño causado o puesta en peligro al bien jurídico, la naturaleza de la acción y los medios empleados, las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado y la forma y grado de intervención del agente; el grado de culpabilidad que comprende el juicio de reproche; los motivos que impulsaron a delinquir al activo, el comportamiento posterior en relación al delito cometido, los factores criminógenos y características peculiares del delincuente, que no deben confundirse con las características propias de la personalidad del sujeto activo, pues los factores criminógenos tiene que ver con los factores que favorecen la conducta criminal, pero que de ninguna manera pueden considerarse como causas de actuar delictuoso; finalmente se analizan las circunstancias en que se encontraba la víctima en este capítulo, como factor para determinar el grado de culpabilidad.

Y en el capítulo tercero se trató del test de proporcionalidad como criterio en la imposición de sanciones. En este capítulo se analizó la distinción entre principios jurídicos y reglas jurídicas, dado que el test de proporcionalidad parte de un principio implícito a nivel constitucional; también se abordó la cuestión terminológica asociada

al test de proporcionalidad, específicamente en los conceptos de proporcionalidad, razonabilidad o racionalidad, aclarando que los conceptos de razonabilidad y racionalidad son más restringidos al de proporcionalidad; en ese sentido, se analizó si al hablar de proporcionalidad es válido hablar de principio o test, quedando claro que el primer concepto es la base de una herramienta de argumentación en forma de examen que toma sus contenidos. De ahí se analizó al test de proporcionalidad como límite de actos que afectan derechos fundamentales y el fundamento constitucional que posibilita su uso. Ya en forma más específica, se analizó esta figura jurídica (test de proporcionalidad) como criterio para la individualizar sanciones, ante lo cual y para cerrar el capitulo se analizaron los contenidos del test de proporcionalidad, esto es los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Las fuentes de información que sirvieron de sustento fueron las siguientes: bibliográfica, cibergrafía y legisgrafía. También contiene un capítulo de conclusiones y un capítulo de propuesta.

El documento es propositivo, analítico sobre una realidad jurídica de actualidad, dado que el test de proporcionalidad en la imposición de sanciones es un criterio que puede utilizarse en la individualización de sanciones. El documento es perfectible, más por ello no deja ser relevante al contar con el debido rigor metodológico.

CAPÍTULO I

Ius puniendi

1.1.- Ius puniendi; 1.2.- Límites al ius puniendi; 1.2.1.- Principio de intervención mínima; 1.2.2.- Principio de ultima ratio; 1.2.3.- Principio de legalidad; 1.2.4.- Principio de estricta protección de bienes jurídicos; 1.2.5.- Principio de culpabilidad; 1.2.6.- Principio de proporcionalidad en sentido amplio; 1.3.- Instancias del ius puniendi; 1.3.1.- Instancia legislativa; 1.3.2.- Instancia judicial; 1.3.3.- Instancia de ejecución de sanciones; 1.4.- Orientación de la facultad punitiva: actos o personalidades.

1.1.- Ius puniendi

El Derecho penal es un método para el control social.¹ Al referirnos al derecho penal, puede que hagamos alusión al derecho penal objetivo o bien al derecho penal subjetivo.

El derecho penal en sentido objetivo (ius poenale) es el conjunto de normas jurídico penales, que rigen un sector especialmente conflictivo de la vida social.²

Por su parte, derecho penal en sentido subjetivo se refiere a la facultad que corresponde a un determinado sujeto – en concreto, en la actualidad al estado – de imponer penas o medidas de seguridad ante la comisión de delitos.³

Para Manuel de Lardizábal “...*el derecho de imponer penas es tan propio y peculiar de la sociedad, que nació con ella misma, y si él no podría subsistir...*”⁴

Así, al hablar de ius puniendi nos referimos a la facultad estatal para imponer penas o medidas de seguridad por la comisión de delitos. A esta facultad para imponer sanciones también se le denomina poder punitivo, potestad punitiva o derecho penal subjetivo y se puede hacer referencia a su justificación y fundamento, así como a los límites que el mismo tiene.

¹ García Ramírez, Sergio. *Justicia penal*, Editorial Porrúa, 2ª edición, México, 1998, p. 2.

² Luzón Peña, Diego Manuel. *Lecciones de derecho penal, parte general*, Tirant lo Blanch, 2ª edición, España, 2012, p. 2.

³ *Ibidem*, p. 21.

⁴ Lardizábal y Uribe, Manuel de. *Discurso sobre las penas*, Porrúa, México, 1982, pp. 83-84.

La justificación o legitimación formal del ius puniendi viene dada por la ley que autoriza al estado a imponer sanciones penales.⁵ La justificación material del poder punitivo se justifica por la propia existencia, pues es una necesidad con la que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia mínimamente pacífica y organizada.⁶ En consecuencia, la legitimación material del ius puniendi se halla invariablemente ligada a la aparición de ciertas conductas o comportamientos, que son perjudiciales para la vida gregaria, por lo que el Estado se ve obligado a evitar que tales comportamientos aparezcan o en su defecto, una vez cometidas esas conductas, existe la necesidad de castigarlas. Tales comportamientos se conocen con el nombre de delitos y se intentan prevenir y se castigan a través de la pena.⁷

La función de la pena depende de la función que se atribuye al Estado;⁸ pues la función de la norma penal (en la que se hallan precepto y sanción) no puede ser desconectada de un determinado sistema social, político, económico y jurídico de convivencia.⁹ Para Mir Puig, está justificado castigar o imponer medidas de seguridad porque es necesario realizar los objetivos que se atribuyen a la pena o a las medidas de seguridad. El fundamento del derecho a castigar se corresponde con la función asignada a éste.¹⁰ El derecho a castigar, no obstante la dependencia de la función asignada a la pena con el sistema de estado en el que se ejerce, existe por una necesidad de mantener y perpetuar al sistema mismo, pues sin importar si se trata de un estado totalitario o un estado social y democrático de derecho, en ambos casos, existe la necesidad del ius puniendi, pero con fines, funciones y límites diferentes. De ahí que, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán establecen:

⁵ Luzón Peña, Diego Manuel. *Op. cit.*, p. 21.

⁶ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, Tirant lo blanch, 8ª edición, México, 2010, p. 69.

⁷ Zugaldía Espinar, José Miguel, Moreno-Torres Herrera, María Rosa, Pérez Alonso, Esteban Juan, Marín de Espinosa Ceballos, Elena y Ramos Tapia, Ma. Inmaculada. *Fundamentos de derecho penal, parte general*, Tirant lo blanch, 4ª edición España, 2010, p. 40.

⁸ Mir Puig, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, Bosch, 2ª edición, España, 1982, p. 25.

⁹ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Op. cit.*, p. 70.

¹⁰ Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, B de f, 2ª edición, Argentina, 2003, p. 98.

*Un estado totalitario, negador de los derechos y libertades fundamentales engendra a su vez un derecho penal de esta clase, puramente represivo y perpetuador del statu quo del modelo al estado al que sirve. Un estado democrático debe dar lugar, en cambio, a un derecho penal más respetuoso con los derechos y libertades fundamentales y con la dignidad, la igualdad y la libertad, que son la base de la democracia.*¹¹

Ambos autores hacen patente que el ius puniendi existe sin importar la clase de estado, ya sea tiránico o garante de las libertades, pues mientras en un estado totalitario únicamente importa la voluntad de aquél, en un estado social y democrático de derecho, el ius puniendi sólo puede tener como función válida aquella que justifique su uso para protección de los miembros de una sociedad determinada en un marco de libertades y respeto a la dignidad humana, pero en ambos extremos del tipo de estado (totalitario o democrático), el derecho a castigar existe por la necesidad, lo que actualiza lo dicho por Lardizábal en el sentido de que la potestad punitiva es hasta cierto punto indisoluble e indispensable para la sociedad, pues la subsistencia de ésta va ligado al uso del derecho de imponer penas.¹²

En ese sentido, con la reforma constitucional de junio de dos mil diez, por la cual el Estado Mexicano reconoció y adoptó como eje de su sistema jurídico el respeto a los derechos humanos, nuestro país tiene todas las características – al menos en su derecho positivo vigente – de un estado social y democrático de derecho.¹³

¹¹ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Op. cit.*, p. 70.

¹² Lardizábal y Uribe, Manuel de. *Op. cit.*, pp. 83-84.

¹³ Se llega a esta conclusión con base a lo que Mir Puig describe como la fórmula del estado social y democrático de derecho, pues dicho autor afirma: “*La fórmula estado social y democrático de derecho supone no sólo la tentativa de someter la actuación del estado social a la que no se quiere renunciar, a los límites formales del estado de derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real. Se pretende, por esta vía, acoger una modalidad de estado social esto es, que tome partido efectivo en la vida social al servicio de todos los ciudadanos. En cuanto social y democrático, tal estado deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser, además, un estado democrático de derecho. El carácter democrático de ese estado aparece vinculado, pues, a la síntesis del estado social y del de derecho, y expresa tanto la necesidad de libertad real - oponiéndose a que el estado social dirija sólo su intervención en beneficio de ciertos grupos - como formal - cerrando el paso a la posibilidad de un*

Si asumimos como cierta esta premisa, al abordar la justificación, fundamento y los límites del *ius puniendi* en el estado mexicano, se debe tomar en cuenta que subyace la idea de que se refiere a un derecho a castigar ubicado en un estado social y democrático de derecho, por lo que en este caso, la potestad punitiva estatal debe ser más respetuosa con los derechos y libertades fundamentales y con la dignidad, la igualdad y la libertad, que son la base de la democracia.¹⁴ Así, el estado mexicano tiene el derecho a ejercer el *ius puniendi* (fundamento *político*) de manera legítima cuando se actualiza lo expuesto por Santiago Mir Puig:

*Para quien, como nosotros, crea que el derecho penal sirve a la función de protección de los bienes jurídicos a través de la prevención de delitos, un derecho penal actual debería incorporar los postulados del planteamiento social, porque la justificación del derecho penal subjetivo se halla condicionada a su capacidad para satisfacer del modo más eficaz posible la necesidad de protección de la sociedad. Pero la experiencia histórica -y presente- obliga a destacar con el mismo vigor la necesidad de que el *ius puniendi* respete en el ejercicio de su función los límites que impone la garantía del individuo. El derecho penal social no debe sustituir sino completar la unilateralidad del derecho penal liberal. La síntesis habrá de alcanzarse en un derecho penal democrático, que impondrá a su vez límites propios a la facultad punitiva del Estado.*¹⁵

Para Luzón Peña, la legitimación material de la potestad punitiva es sólo su ineludible necesidad para la protección de la convivencia social soportable y esa justificación material abarca: a) la necesidad de garantizar la protección de la sociedad a través de la prevención general y especial de delitos; b) la necesidad de proteger los bienes jurídicos más preciados contra los ataques a los mismos más intolerables y; c) la necesidad de realización de la justicia a través de la pena (si se defiende además la

estado de derecho no controlado por todo el pueblo - para los ciudadanos." Mir Puig, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, Op. cit., pp. 22-23.

¹⁴ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Op. cit.*, p. 70.

¹⁵ Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, Op. cit., p. 107.

concepción retributiva de la pena). A esto, es a lo que denomina el citado autor el fundamento funcional del ius puniendi.¹⁶

Queda claro que no se puede separar el fundamento funcional del ius puniendi de su fundamento político – constitucional, el cual depende a su vez del modelo de estado, plasmándose por consecuencia, en el sistema jurídico que cada estado adopta.

1.2.- Límites al ius puniendi

Juan Jacobo Rousseau expuso que todo lo que cada individuo enajena, mediante el pacto social, de poder, bienes y libertad, es solamente la parte cuyo uso es de trascendencia e importancia para la comunidad; así, el estado, no puede cargar a los ciudadanos, con algo que sea inútil a la comunidad. El poder soberano, entonces, no traspasa y no debe traspasar los límites de las convenciones generales.¹⁷

Por su parte, César Bonesana, marqués de Beccaria, sostuvo que las penas se originaron por necesidad, de ahí que concluyera que toda pena que no se fundara en la estricta necesidad era tiránica.¹⁸ Lardizábal sostenía que las penas deben derivarse de la naturaleza de los delitos, pues así, la pena no se deriva del capricho del legislador, sino de la naturaleza de la misma cosa.¹⁹ De ahí que el ejercicio del ius puniendi se funde en la necesidad y requiera de límites.

Si aceptamos que vivimos en un estado de derecho, es decir, en un estado donde impera la legalidad, entonces en ese estado debe protegerse al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino que esa protección también se debe extender para el sujeto frente al derecho penal.²⁰ En palabras de Roxin esto significa “...*que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la*

¹⁶ Luzón Peña, Diego Manuel. *Op. Cit.*, p. 22.

¹⁷ Rousseau Juan Jacobo. *El pacto social*, 8ª edición, Porrúa, México, 1987, pp., 16-18.

¹⁸ Bonesana César, Marques de Beccaria. *De los Delitos y de las Penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas (1774), Fondo de cultura económica, México, 2000, pp. 215-216.

¹⁹ Lardizábal y Uribe, Manuel de. *Op. cit.*, pp. 34-35.

²⁰ Roxin, Claus. *Derecho penal, parte general*, traducción Luzón Peña, Diego Manuel, Díaz y García Conlledo, Miguel y Vicente Remesal, Javier de, editorial Civitas, España, 1997, p. 137.

prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva.”²¹

Para Tomás S. Vives Antón, el ius puniendi no es el mero uso de la fuerza contra el delito, sino que su ejercicio ha de ser a través de un poder jurídico.²² Para este autor, esto implica la idea de una función jurisdiccional en dos niveles, una ordinaria y una constitucional, las cuales explica de la forma siguiente:

A la jurisdicción ordinaria correspondería ejercer el derecho al castigo, administrando así el uso de la fuerza prevenida por la ley, al resolver un proceso justo declarando culpable al acusado; la jurisdicción constitucional sería en cambio la que eventualmente garantizaría que el poder punitivo no hubiera traspasado sus límites; que se ha ejercido, pues, respetando todos y cada uno de los derechos fundamentales del acusado.²³

Con base en lo anterior, los límites constitucionales no sólo son límites axiológicos externos, sino también son definitorios del ius puniendi, pues más allá de tales límites, sólo hay fuerza bruta y no derecho a castigar.

Entre la doctrina, existe una considerable gama de opiniones en relación a los principios que limitan el ejercicio del ius puniendi estatal, recibiendo distinta denominación y diversos contenidos.²⁴ Partiendo de que nuestro sistema jurídico se funda en una constitución escrita y que éstas no tienen valor ni son duraderas más que

²¹ *Ibidem.*

²² Vives Antón, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, 2ª edición, España, 2011, p.691.

²³ *Ibidem.*

²⁴ Así, únicamente para evidenciar esta diversidad de opiniones, tenemos que para Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, los principios limitadores de poder punitivo del estado son tres: 1) el principio de intervención mínima; 2) el principio de intervención legalizada y 3) el principio de culpabilidad; Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Op. cit.*, pp. 71-92; en tanto que Gustavo Malo Camacho establece que los principios que limitan al ius puniendi pueden ser materiales o formales, citando como principios materiales del ius puniendi: 1) el principio de la necesidad de intervención; 2) el principio de protección a bienes jurídicos; y 3) el principio de dignidad de la persona; en tanto, desarrolla como principios formales del ius puniendi establece que estos son: 1) Principio de legalidad; 2) el principio de debido proceso legal y 3) el principio de ejecución de las penas; Malo Camacho, Gustavo. *Derecho penal mexicano*, Porrúa, 5ª edición, México, 2003, pp. 99-114.

cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social,²⁵ el ius puniendi encuentra en la norma fundamental sus límites tanto en el momento de su creación por el poder legislativo, en el momento de su imposición por los tribunales y en el momento de ejecución por los órganos estatales facultados para ello.

Así, los límites del ius puniendi se encuentran en la constitución o norma fundamental de un país o estado y si como hemos apuntado, el estado mexicano se orienta en su constitución política hacia un estado social y democrático de derecho, entonces el derecho penal y especialmente el derecho a castigar, está delimitado en cuanto su contenido y su alcance por una serie de principios y límites ubicados a nivel constitucional, los cuales deben no sólo orientar, sino conformar su contenido y aplicación, lo que supone al mismo tiempo, que la utilización de la potestad punitiva por parte del estado conlleve siempre a respetar los límites establecidos en la ley fundamental. En ese sentido, Mariano Silvestroni, sostiene que si hay pena hay derecho penal y si hay derecho penal rigen sus garantías constitucionales.²⁶

Los principios generalmente admitidos para regir el ius puniendi estatal:

- a) El principio de intervención mínima;
- b) El principio de legalidad o de intervención legalizada;
- c) Principio de estricta protección de bienes jurídicos;
- d) El principio de culpabilidad;
- e) El principio de proporcionalidad en sentido amplio.

Si bien existen en la doctrina suelen señalarse otros principios, en realidad no son más que diversas formas de aparición de los mencionados anteriormente.²⁷ Para apoyar este punto de vista, a continuación se analizan de manera breve cada uno de los principios antes mencionados.

1.2.1.- Principio de intervención mínima

²⁵ Lassalle, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?*, ediciones Coyoacán, México, 2009, pp. 74-78.

²⁶ Silvestroni, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*, Editores del Puerto, Argentina, 2004, p. 73.

²⁷ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Op. cit.*, p. 72.

El Principio de intervención mínima implica que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes.²⁸

El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su último párrafo que nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil, lo que implica que el ius puniendi busca aplicarse únicamente en los casos en que se afecten bienes jurídicos de relevancia tal, que su protección deba estar contemplada en la materia penal.

Así, el principio de intervención mínima no se contempla de manera expresa en el artículo 17 constitucional, pero se encuentra implícito en el último párrafo del citado numeral.

Así, en el marco del derecho penal, a decir de Olga Islas de González Mariscal, lo único que interesa son las actividades e inactividades humanas que intencionalmente o por descuido perjudican a los seres humanos, debiéndose excluir del ámbito punitivo actividades o inactividades benéficas, neutras o aquéllas que perjudican de manera fortuita.²⁹ El principio del derecho penal mínimo implica que únicamente serán objeto de reprobación social aquéllas actividades humanas, que intencionalmente o por descuido causen un perjuicio a los seres humanos, cuanto trasciendan al ámbito social, es decir, cuando sean antisociales.³⁰

De lo expuesto se infiere que el principio de intervención mínima limita efectivamente al ius puniendi, pues establece un criterio que sirve de línea divisoria entre aquello que debe ser objeto de la potestad punitiva y aquello que debe quedar excluido.

²⁸ *Ibidem*, p. 72.

²⁹ Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Trillas, 5ª edición, México, 2004, p. 23.

³⁰ Para Olga Islas, la legitimación para sancionar una conducta será porque dicha conducta es antisocial, lo que ocurre cuando pone en peligro o lesiona un bien necesario para la subsistencia de la sociedad o necesario para hacer soportable la vida en sociedad, o bien, para hacer viable el desarrollo integral de los seres humanos y de la sociedad; tal conducta antisocial no sería necesaria por ser inútil para la salvaguarda de un bien jurídico o porque demostrada su utilidad, exista una alternativa de actuación no lesivas o menos lesivas. *Ibidem*.

Raúl González Salas – Campos refiere que dicho principio se configura como una garantía frente al poder punitivo del estado, pues limita la intervención de éste y constituye el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los estados que adoptan un modelo democrático y social de derecho.³¹

Este principio de intervención mínima conlleva una doble exigencia:³²

- Sólo puede utilizarse para proteger los intereses individuales más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir (carácter fragmentario del derecho penal),³³
- Debe ser el último recurso de la política criminal del estado para la protección de los bienes jurídicos (naturaleza subsidiaria del derecho penal).³⁴

Una de las consecuencias del principio de intervención mínima se refiere a la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito, pues aquí subyace la idea de que es preferible la sanción más leve a la más grave, si con ello se restablece el orden jurídico perturbado por el delito.³⁵ La idea referida abre paso a considerar que como consecuencia directa del principio de intervención mínima se encuentran:

a) El principio de humanidad, por el cual se obliga a reconocer a toda autoridad sancionadora que el penado es ante todo un ser humano y que tiene derecho a ser tratado como tal y reintegrarse a la sociedad como un miembro de pleno derecho; y

³¹ González-Salas Campos, Raúl. *La teoría del bien jurídico en el Derecho penal*, Oxford, 2ª edición, México, 2001, p. 95.

³² Zugaldía Espinar, José Miguel, Moreno-Torres Herrera, María Rosa, Pérez Alonso, Esteban Juan, Marín de Espinosa Ceballos, Elena y Ramos Tapia, Ma. Inmaculada. *Op. cit.*, p. 94.

³³ Roxin, al referirse a la naturaleza fragmentaria del derecho penal, precisa: "*En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésta no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza "fragmentaria" del Derecho penal.*". Roxin, Claus, *Op. cit.*, p. 65; Por su parte, Gustavo Malo Camacho explica que en función del principio de fragmentariedad en materia penal sólo pueden ser constitutivas de delito aquellas conductas previstas como tales en los tipos delictivos de la ley penal. Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.*, p.101.

³⁴ Para Roxin, el carácter subsidiario del derecho penal, se refiere a la protección de bienes jurídicos y la forma en que esta se realiza por el derecho penal, pues establece que tal función protectora, no se realiza sólo mediante el derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico; de ahí que se diga que el derecho penal es subsidiario de las demás ramas que integran el derecho. *Ibidem*.

³⁵ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Op. cit.*, pp. 83-84.

b) El principio de proporcionalidad, el cual lleva implícita la idea de justicia; quiere decir que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que estos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito.³⁶ En este último, la gravedad de la pena está invariablemente ligada a la importancia del bien jurídico afectado³⁷ y a la forma del ataque al bien jurídico.³⁸

En conclusión, el principio de intervención mínima limita a la potestad punitiva por cuanto establece un límite para su intervención, entendiendo que se privilegia una actuación mínima en función de la existencia de otros medios menos lesivos para resolver conflictos.

1.2.2.- Principio de ultima ratio

Si el fundamento del ius puniendi es la necesidad de protección de la sociedad por medio de penas o medidas de seguridad, uno de sus límites se encuentra en esa misma necesidad, y se expresa: más allá de ella el ejercicio del poder punitivo carece de fundamento.³⁹ Con base en lo anterior, el derecho penal ha de ser *ultima ratio* en el conjunto del orden jurídico (carácter secundario o subsidiario) y este principio, a decir de Santiago Mir Puig:

Parte de que la pena y la medida de seguridad no son los únicos medios de protección de la sociedad de que dispone el ordenamiento jurídico. Los intereses sociales que se estima necesario proteger pueden, a menudo, recibir suficiente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a

³⁶ Ibídem, pp. 84-85.

³⁷ No es lo mismo sancionar una conducta que afectó la vida (homicidio) que una diversa que afectó el patrimonio (daño en propiedad ajena), pues siempre merecerá una sanción de mayor gravedad los ataques al bien jurídico de mayor importancia, en este caso, la vida. Ibídem, p. 85.

³⁸ En este caso, la forma del ataque puede implicar una diferencia cualitativa, es decir, en función al valor ético - social del comportamiento realizado, por ejemplo, se sanciona con mayor severidad un ataque doloso a la vida (homicidio simple intencional) que uno o varios ataques imprudentes al mismo bien jurídico, como podrían ser diez homicidios por imprudencia a causa de un accidente de tráfico. En este caso, se reitera, la diferencia es cualitativa y no cuantitativa, dado el desvalor ético social que se asigna a cada comportamiento realizado. Ibídem.

³⁹ Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, Op. cit., p., 109.

*los medios propios del derecho penal, menos lesivos que éstos para el ciudadano y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad. Ante la presencia de estos otros medios, el principio rector debe ser que no está justificado un recurso más grave cuando cabe esperar los mismos o mejores resultados de otros más suaves.*⁴⁰

El artículo 17 constitucional establece en su párrafo cuarto que se deben prever en las leyes ordinarias mecanismos alternativos de solución de controversias y que, en la materia penal, dichas legislaciones regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial; por lo que se busca que el ius puniendi sea utilizado como el último recurso, aún frente al quebrantamiento de las normas penales.

Si bien Roxin no conceptúa de forma expresa este principio de ultima ratio, explica lo siguiente:

*Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico.*⁴¹

Esto implica que el principio de ultima ratio en derecho penal sólo es la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar y que su intervención se legitima únicamente cuando otros medios de solución social del problema fallen. Por esta razón, Roxin afirma que a la pena se le llama como la ultima ratio de la política social y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos, por lo que

⁴⁰ Ibídem.

⁴¹ Roxin, Claus. *Op. cit.*, pp. 65-66.

para este autor no se puede desligar el principio de ultima ratio con la naturaleza subsidiaria del derecho penal.⁴²

En consecuencia, el principio de ultima ratio comporta una reserva en cuanto a la utilización de la potestad punitiva, pues el ejercicio de ésta debe ser siempre el último recurso que ha de utilizarse para la protección de la vida en sociedad y su existencia misma.

1.2.3.- Principio de legalidad⁴³

El principio de intervención legalizada o principio de legalidad establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito, como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regido por el imperio de la ley, entendida ésta como la expresión de la voluntad general. Sirve para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal.⁴⁴

El principio de legalidad es útil porque evita una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.⁴⁵

El principio de legalidad puede apreciarse sobre cuatro enfoques:

a) Presupone que todo lo que no está prohibido está permitido y supone la base sobre la que descansa la seguridad jurídica. Vives Antón sostiene que por esto último constituye la base de la libertad negativa, pues es la exclusión de toda injerencia estatal

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Tomás S. Vives Antón precisa que el término de legalidad es "...una expresión anfibiológica, que remite a dos clases de leyes: las leyes de la naturaleza que explican los hechos del mundo y las leyes de la ciudad que rigen la conducta de los hombres. Hablamos, pues, de una legalidad natural, que explica las regularidades observables en los hechos que acaecen en el mundo, y de una legalidad jurídica, que expresa las reglas de acción a las que una comunidad cualquiera juzga oportuno someterse. Se trata de dos sentidos antitéticos: una misma palabra encubre la contraposición entre regularidades – que o son inexorables o dejan de ser tales – y reglas – que, por el contrario, pueden seguirse correctamente o infringirse -." Vives Antón, Tomás S. *Op. cit.*, p. 727 -728.

⁴⁴ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Op. cit.*, p. 86.

⁴⁵ Roxin, Claus. *Op. cit.*, p. 137.

respecto de los actos no prohibidos, al tiempo que es la posibilidad de calcular con exactitud las consecuencias de los diferentes cursos de acción posibles.⁴⁶

b) Mientras la legalidad es una esfera pública autónoma e independiente de la moralidad individual, este principio constituye un límite de lo que puede llegar a prohibirse, pues la injerencia estatal ha de ceñirse a lo que resulte indispensable para tutelar la coexistencia externa de los arbitrios individuales.⁴⁷

Con esto, el principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, representa tanto un límite formal como material del poder punitivo estatal; pues al tiempo que se independiza y diferencia de los criterios morales o religiosos, se limita a castigar las perturbaciones de mayor gravedad en la vida gregaria o social.⁴⁸ Así, el principio de legalidad que fue expresado por Feuerbach con el aforismo “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, supone que sólo la ley (previa) aprobada por el parlamento – y no por el poder ejecutivo ni el judicial – puede definir las conductas que se consideran delictivas y establecer sus penas. Esta garantía, de carácter puramente formal, tiene repercusiones materiales que se resumen en la exigencia de ley previa, ley escrita, estricta y cierta.⁴⁹

c) El tercer enfoque, el principio de legalidad constituye una racionalización del castigo, pues únicamente ha de aplicarse éste último sólo allí dónde resulte necesario. Vives Antón lo expresa de la forma siguiente:

⁴⁶ Vives Antón, Tomás S. *Op. cit.*, p. 725.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 725-726.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 726.

⁴⁹ Luzón Pena, Diego, Manuel. *Op. cit.*, p. 23; En ese orden de ideas, la fórmula *no hay delito sin ley* implica que por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el estado – o en este caso su potestad punitiva – sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico penales si antes lo ha advertido expresamente en la ley; en tanto la fórmula, *no hay pena sin ley* significa no sólo la circunstancia de que una determinada conducta sea ya punible, es decir, contemplada en la ley, sino también la clase de pena y su posible cuantía han de estar legalmente fijadas antes del hecho, precisamente en el ordenamiento legal;. Roxin explica que del principio de legalidad se obtienen cuatro consecuencias en forma de prohibición: la prohibición al juez penal de aplicar una pena por analogía, la prohibición al juez penal de aplicar una sanción con base en el derecho consuetudinario, ya sea para fundamentar o para agravar la pena, la prohibición al legislador de crear leyes que amenacen con penas retroactivas y la prohibición de crear leyes penales indeterminadas o imprecisas. Cfr. Roxin, Claus. *Op. cit.*, pp. 137-141.

Según el viejo aforismo de Bentham: al orden de las infracciones, según la seriedad del mal que causan, ha de corresponder el de las sanciones, según su gravedad. Una legalidad arbitraria, que sancionase conductas inocuas o amenazara con castigos gravísimos conductas apenas dañinas no respondería a las exigencias de racionalización dimanantes del principio de legalidad.⁵⁰

De acuerdo con este autor, el principio de legalidad lleva implícito el principio de proporcionalidad en sentido amplio o de intervención mínima, pues en este enfoque del principio de legalidad se concibe a la pena como un mal necesario y proporcionado a la gravedad del delito.⁵¹

En nuestro país, el principio de legalidad que rige la potestad punitiva estatal se encuentra expresado en el artículo 14 de la Constitución Política, el cual establece en sus tres primeros párrafos:

*“**Artículo 14.** A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.*

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. (Párrafo reformado DOF 09-12-2005).

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata...”

d) El principio de legalidad en materia penal, es también entendido como un principio de regulación por medio de normas (conjunto de reglas que se deben o no se deben seguir por acciones externas); cuando las acciones hacen un seguimiento

⁵⁰ Vives Antón, Tomás S. *Op. cit.*, p. 726.

⁵¹ *Ibídem.*

incorrecto de esas normas, pueden ser objeto de reproche, lo que se traduce en determinadas consecuencias por la que se responsabiliza únicamente a sus autores, convirtiéndolos en acreedores de una sanción. Las consecuencias de un curso de acción determinado son dejadas al libre designio de quien actúa, y en la medida de esa libertad –sólo en esa medida - será posible sancionar a ese autor.⁵²

Así el principio de legalidad comporta el principio de personalidad de las penas,⁵³ que puede ser entendido como la primera exigencia del principio de culpabilidad. El principio de legalidad es entendido entonces como un principio de regulación por medio de normas, el cual contiene dentro de sí al diverso de culpabilidad, pues las leyes penales no sólo describen las acciones, sino que también las valoran y el reproche que consiste en la culpabilidad jurídica no es más que el facsímil de esa valoración negativa.⁵⁴

Por tanto, el principio de legalidad impide o evita una punición arbitraria por parte del estado, o una punición no calculable por no estar expresamente prevista en la ley o aplicar una sanción que se contemple en una ley de forma imprecisa o retroactiva.

1.2.4.- Principio de estricta protección de bienes jurídicos

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos quiere decir que el derecho penal sólo puede intervenir si existe amenaza de una lesión o peligro para concretos bienes jurídicos.⁵⁵

Claus Roxin, conceptúa los bienes jurídicos de la siguiente manera:

⁵² *Ibidem*, pp. 727-728.

⁵³ El principio de personalidad de la pena excluye los efectos de la sanción penal hacia terceros no declarados culpables, pues impide la responsabilidad colectiva, como en épocas pasadas cuando también la familia del penado era castigada. Actualmente, es la propia ley penal sustantiva penal (código penal federal) el que en su artículo 10 consagra este principio, pues establece que la responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley. Medina Peñaloza, Sergio Javier. *La resolución penal, errores frecuentes*, Porrúa, México, 2009, p. 45.

⁵⁴ Vives Antón, Tomás S. *Op. cit.*, pp. 727-728.

⁵⁵ Luzón Pena, Diego, Manuel. *Op. cit.*, p. 25.

*Los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.*⁵⁶

El artículo 22 constitucional, en la parte final de su primer párrafo establece que la pena deberá ser proporcional al delito que se sancione y proporcional al bien jurídico afectado. De tal manera que pena y bien jurídico tienen una relación en la cual, la pena no puede existir sin una afectación al bien jurídico, pues imponer una sanción penal sin que exista afectación al bien jurídico, sería arbitrario e iría en contra de lo preceptuado en el numeral constitucional antes mencionado.

Así, el control social jurídico – penal recae sobre ciertas conductas que constituyen comportamientos desviados respecto de determinadas normas de conducta, pues no todo comportamiento desviado respecto de cualquier norma de conducta es delictivo, ya que la calidad de delictivo de un comportamiento es el resultado del ejercicio del poder definitorio de la sociedad que decide y selecciona, de entre los comportamientos desviados, cuáles son los que por su carácter absolutamente intolerable para la convivencia, se va a controlar precisamente a través de la pena.⁵⁷

El criterio fundamental que se utiliza para seleccionar determinados comportamientos desviados como delictivos es el de su dañosidad social,⁵⁸ considerando que los bienes jurídicos son condiciones básicas para el funcionamiento social y para el desarrollo y participación de los ciudadanos en la vida social.⁵⁹

Por lo tanto, únicamente puede legitimarse el uso del ius puniendi para proteger los bienes jurídicos indispensables para la conservación de la sociedad y para hacer

⁵⁶ Roxin, Claus. *Op. cit.*, p. 56.

⁵⁷ Zugaldía Espinar, José Miguel, Moreno-Torres Herrera, María Rosa, Pérez Alonso, Esteban Juan, Marín de Espinosa Ceballos, Elena y Ramos Tapia, Ma. Inmaculada. *Op. cit.*, p. 44.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 45.

⁵⁹ Luzón Peña, Diego Manuel. *Op. Cit.*, p. 25.

posible una vida en sociedad, de ahí que el parámetro para penalizar una conducta será su mayor grado de afectación a tales bienes.

En ese sentido, se precisa que los bienes jurídicos, únicamente son importantes por cuanto su utilidad, ya sea para la existencia de la vida gregaria, o bien sean útiles para los individuos que integran el conglomerado social, de ahí que la gravedad viene en función de estas dos premisas de utilidad, fuera de las cuales el estado quedaría sin justificación para sancionar conductas o actividades.⁶⁰

Por tanto, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos limita al ius puniendi al asignarle como única función la protección de aquellos bienes indispensables para permitir la existencia social y hacer la vida gregaria llevadera, por lo que la potestad punitiva únicamente debe proteger aquello que sea benéfico y útil a la sociedad y a los individuos que la integran.

1.2.5.- Principio de culpabilidad

El artículo 20 constitucional, apartado A, fracción VIII, establece que el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado.

Con tal disposición de orden constitucional, el principio de culpabilidad se vuelve la piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico, pues se parte de la hipótesis de que los individuos gozan de libre albedrío (libertad psicológica) y por tanto son capaces de culpabilidad; tal hipótesis constituye un verdadero axioma en derecho penal.⁶¹ La idea de culpabilidad cumple una función de protección del individuo frente al estado, pues para Luis de la Barreda:

La autoridad judicial no está legitimada para punir con mayor rigor de lo que permitiría en el caso concreto, la magnitud del reproche que le fuera

⁶⁰ Islas de González Mariscal, Olga. *Op. cit.*, p. 23.

⁶¹ Barreda, Luis de la. *Justicia penal y derechos humanos*, Porrúa, México, 1997, p. 117.

*formulable al sujeto que no acató la prohibición penal, siéndole exigible hacerlo.*⁶²

En otros términos, tal principio impide que al sujeto se le imponga una punición si su conducta no le es reprochable, e implica que para el caso que si sea reprochable, la punición que ha de imponerse no exceda el grado de reproche; es, pues, una barrera democrática en contra de prácticas represivas autoritarias.⁶³

El principio de culpabilidad tiene una triple significación:⁶⁴

a) Como fundamento de la pena.- El principio de culpabilidad como fundamento de la pena aborda la cuestión sobre la procedencia de la imposición de una sanción al autor de un hecho típico y antijurídico. Para ello se exige la presencia de una serie de elementos que constituyen los elementos positivos específicos del concepto dogmático de culpabilidad. Con la falta de uno sólo de estos elementos específicos de la culpabilidad para que no puede imponerse una pena. Se aconseja hablar de responsabilidad en vez de culpabilidad para denominar la categoría en la que se ubicar sistemáticamente estos elementos.⁶⁵

b) Como elemento de la determinación de la pena.- El principio de culpabilidad como elemento de la determinación o medición de la pena, no tiene que ver con la procedencia de la pena, sino con determinar el cómo de la pena, su gravedad, su duración, es decir, su magnitud exacta, que en el caso concreto, debe tener una pena cuya imposición haya sido fundamentada.⁶⁶

c) Como proscripción de la responsabilidad por el resultado o responsabilidad puramente objetiva.- Es en este caso donde el principio de culpabilidad tiene una función limitadora, pues impide que la pena impuesta sea inferior o superior a los límites

⁶² *Ibíd*em, p.118.

⁶³ *Ibíd*em.

⁶⁴ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Op. cit.*, pp. 92-93.

⁶⁵ *Ibíd*em, p. 92.

⁶⁶ *Ibíd*em, p. 92.

dados por la responsabilidad (culpabilidad entendida como fundamento) y otros criterios, como la importancia del bien jurídico protegido o los fines preventivos.⁶⁷

Finalmente, el concepto de culpabilidad se emplea como proscripción de la responsabilidad por el resultado o responsabilidad puramente objetiva, que reduce las formas de imputación de resultado al dolo y a la imprudencia, pues impide la atribución de un resultado imprevisible a su autor.⁶⁸

1.2.6.- Principio de proporcionalidad en sentido amplio

El principio de proporcionalidad, es otro principio que limita la potestad punitiva del estado, pues impide que dentro del marco trazado por la ley se sancione excesivamente.⁶⁹

Para Claus Roxin, el principio de proporcionalidad concreta el diverso principio de ponderación de bienes en el sentido de una prohibición de exceso, la cual se expresa en los términos siguientes: “...los daños y peligros que parten del autor deben soportarse, a pesar del interés preventivo en evitarlos, cuando son menores que la pérdida de libertad que conllevaría la medida para el implicado.”⁷⁰

A nivel constitucional este principio se halla implícito en los artículos 1 y 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El primero de los numerales citados establece en sus tres primeros párrafos:

“Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni

⁶⁷ *Ibíd*em, pp. 92-93.

⁶⁸ *Ibíd*em, p. 93.

⁶⁹ Roxin, Claus. *Op. cit.*, p. 137.

⁷⁰ De acuerdo con Roxin, el principio de ponderación de bienes implica la posibilidad de privar de algún bien, libertad por ejemplo, cuando su disfrute conduzca con elevada probabilidad a un menoscabo ajeno, pesando en mayor grado que las restricciones que el causante debe soportar. Hay que precisar que Roxin reivindica el principio de proporcionalidad para las medidas de seguridad y reserva al principio de culpabilidad para las penas, tesis que en este trabajo no se comparte. *Ibíd*em, pp. 103-106.

suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”.

Así, toda persona goza de derechos humanos, pero su ejercicio únicamente podrá suspenderse o restringirse en los términos que la propia constitución señale; el ejercicio del ius puniendi conlleva una afectación de derechos del culpable de un delito, esto es, una suspensión o restricción de derechos, las cuales deben llevarse a cabo conforme lo dispone el artículo 14 constitucional en su segundo párrafo, al disponer que nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

De ahí que la potestad punitiva deba aplicarse con respeto cabal a derechos humanos, lo que hace que una suspensión o restricción de esos derechos que no sea decretada conforme se establece por la propia constitución, sea excesiva y arbitraria.

Como hemos visto, el principio de proporcionalidad en sentido amplio hace referencia a la prohibición de exceso, lo que supone una concepción más amplia que el principio penal de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la

pena, pues en esta noción ampliada debe limitar toda actuación estatal que afecte a algún derecho fundamental.⁷¹

Tal principio, concebido como un límite de toda actuación estatal que afecte un derecho fundamental, fue desarrollado especialmente en Alemania, en donde al referirse a este principio, se incluyen tres principios⁷²:

- a) El principio de idoneidad de la intervención estatal para conseguir su finalidad;
- b) El principio de necesidad de dicha intervención para tal fin; y.
- c) El de proporcionalidad en sentido estricto entre el coste de la intervención en términos de afectación de derechos y el beneficio representado por el fin a obtener.

El principio de proporcionalidad, el cual deriva del principio de necesidad de la intervención penal, el cual se perfila básicamente por vía de los principios de intervención mínima, de fragmentariedad y de proporcionalidad.⁷³ Esto significa que la intervención penal se justifica únicamente por ser necesaria para proteger los objetivos de la convivencia, dado que la potestad punitiva puede significar la afectación a los más elevados valores y bienes de la persona, como pueden ser la libertad, el patrimonio o incluso la privación de vida misma, de aquí la necesidad de recurrir a esta vía sólo como un último recurso. En consecuencia, tampoco puede emplearse la reacción punitiva sino sólo cuando otras formas de respuesta social de la norma resulten ser insuficientes o no sean eficaces otras formas de regulación del orden jurídico, fundadas principalmente en la solución reparatoria.

La idea básica que subyace en el principio de proporcionalidad es la que expone una relación de necesaria proporción entre el tipo delictivo y la pena prevista, o expresado en otros términos, la proporción que debe existir entre la lesión a los bienes

⁷¹ Mir Puig Santiago y Queralt Jiménez Joan J. Constitución y principios del derecho penal, algunas bases constitucionales, Tirant lo Blanch, México, 2012, p. 68

⁷² *Ibíd.*

⁷³ Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.*, pp. 99-101.

jurídicos ocasionados por el delito y la afectación a los bienes jurídicos del autor culpable;⁷⁴ esto a pesar de que tal concepción es ampliada hasta concebir al principio de proporcionalidad como una herramienta que permite limitar toda actuación estatal que afecta derechos humanos.

1.3.- Instancias del ius puniendi

Las sanciones establecidas por las normas del derecho penal reciben la denominación específica de pena.⁷⁵ Materialmente la pena consiste, en efecto, en una privación o restricción de bienes jurídicos o derechos del penado.⁷⁶ La diferencia entre la pena y otras sanciones previstas por el ordenamiento jurídico es meramente cuantitativa o formal.⁷⁷

Se utiliza la expresión pena para designar tres materias distintas: la punibilidad (instancia legislativa), la punición (instancia judicial) y la pena (instancia ejecutiva).⁷⁸

La potestad atribuida a determinados órganos del estado para imponer las penas y medidas de seguridad determinadas en las leyes cuando concurren los presupuestos establecidos en ellas es lo que se concibe como ius puniendi.⁷⁹ De ahí que el ius puniendi opere en la instancia legislativa, en la instancia judicial y en la instancia de ejecución de sanciones.

⁷⁴ Ibídem.

⁷⁵ García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*, 61ª ed., México, Porrúa, 2009, pp. 305.

⁷⁶ Gracia Martín, Luis, Boldova, Pasamar, Miguel Ángel y Alastuey Dobón, M. Carmen. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, el sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito*, Tirant lo blanch, 4ª edición, España, 2012, p. 21.

⁷⁷ "La privación es una característica que la pena comparte con otros tipos de sanciones o de reacciones jurídicas previstas por el ordenamiento jurídico, dado que también consisten en la privación de bienes jurídicos y derechos del sancionado, como sucede, especialmente y por ejemplo, con las denominadas medidas de seguridad, las sanciones administrativas y disciplinarias e incluso con determinadas manifestaciones del llamado poder coactivo de la administración pública." Ibídem, p. 21.

⁷⁸ Islas de González Mariscal, Olga y Ramírez Hernández, Elpidio. *Enciclopedia jurídica mexicana*, t. 3, Porrúa e Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, México, 2002. p. 499.

⁷⁹ Aguado Correa, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Edersa, España, 1999, p. 42.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reserva en exclusiva para el estado la facultad de administrar justicia, pues establece en el artículo 17, primer y segundo párrafos, lo siguiente:

“Artículo 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales...”

1.3.1.- Instancia legislativa

El ius puniendi en la instancia legislativa, entendido como la actividad de establecer las penas en la ley para cada delito se denomina punibilidad y se conceptúa como el resultado de la actividad legislativa, independientemente de quien o quienes estén encargados de legislar en cada estado, país o región. Es (la punibilidad) una amenaza de privación o restricción de bienes, que queda plasmada en la ley para los casos de desobediencia al deber jurídico penal. Es por tanto, la posibilidad de sancionar al sujeto que realiza algo prohibido o que deja de hacer algo ordenado por la ley penal. Así, entendida, el ius puniendi en la instancia legislativa se denomina punibilidad y ésta es la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a este.⁸⁰

En nuestro sistema normativo, el artículo 73, fracción XXI, incisos a) y b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone:

“Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

[...]

⁸⁰ Barreda, Luis de la. *Op. cit.*, p. 79.

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. (Párrafo reformado DOF 10-02-2014, 10-07-2015).*

Las leyes generales contemplarán también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal 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...”*

El poder legislativo determina la punibilidad que se ha de imponer, es pues la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.⁸¹

Punibilidad es la cualidad de un acto que lo hace susceptible de ser sancionado penalmente, pues implica la característica inherente al concepto de delito según la cual puede ser sancionado con el particular tipo o especie de sanción jurídica que es la pena. Así, el concepto de punibilidad es aptitud, susceptibilidad, posibilidad, al realizarse un delito, con una amenaza penal, con la amenaza de una pena.⁸²

Así, la instancia legislativa dirige una amenaza sólo en caso de que se actualice un precepto normativo.

Por regla general, las normas jurídicas enlazan determinadas consecuencias al incumplimiento de los deberes que el derecho objetivo impone. Entre las derivadas de la inobservancia de un precepto jurídico cualquiera, una de las más características es la

⁸¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Manual de derecho penal mexicano, parte general*, 2ª ed., Porrúa, México, 1967, p. 395.

⁸² Rivacoba y Rivacoba, Manuel de. *Función y aplicación de la pena*, Depalma, Argentina, 1993, p. 4.

sanción. La sanción puede ser definida como consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado. Como toda consecuencia de derecho, la sanción se encuentra condicionada por la realización de un supuesto. Tal supuesto tiene carácter secundario, ya que consiste en la inobservancia de un deber establecido por una norma a cargo del sujeto sancionado.

La obligación cuyo incumplimiento representa el supuesto jurídico de la sanción, deriva a su vez de otro supuesto, al que lógicamente corresponde el calificativo de primario. Si las obligaciones que este condiciona son cumplidas, el secundario no se realiza, y, consecuentemente, la sanción no puede imponerse. Así como hablamos de supuestos jurídicos primarios y secundarios, podemos hablar también de deberes jurídicos primarios y secundarios. El deber cuya inobservancia determina la existencia de la obligación oficial de sancionar, tiene naturalmente, carácter primario. La sanción es, en cambio, consecuencia secundaria. A la norma que establece la sanción suele llamársele sancionadora. Esta última es secundaria, relativamente a la sancionada.⁸³

Una sanción es una reacción lógica por el quebrantamiento de una porción normativa, así la pena es la primera y principal consecuencia jurídica del delito, desencadenada por la actualización del supuesto normativo contenido en la disposición penal.⁸⁴

La punibilidad, es pues, la amenaza de pena que en cada tipo penal se va señalando; de esta manera, una vez dada una conducta típica, antijurídica y culpable, a la misma, se le deberá imponer la pena prevista en la ley.⁸⁵

Esa amenaza se dirige a los destinatarios de la norma. Consiste, como se ha mencionado, en el señalamiento de una pena, derivada de la comisión de un delito previsto en la ley. Cuando la norma penal establece, por ejemplo que a quien cometa el

⁸³ García Máynez, Eduardo. Op. cit., pp. 305-306.

⁸⁴ Peláez Ferrusca, Mercedes. *Enciclopedia jurídica mexicana*, t. 5, México, Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002, p. 504.

⁸⁵ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *Teoría del delito, sistemas causalista, finalista y funcionalista*, 14ª ed., Porrúa, México, 2004, p. 74.

delito de homicidio simple intencional se le aplicarán de ocho a veinte años de prisión, estamos en presencia de la punibilidad.⁸⁶

Ahora bien, no sólo corresponde en esta instancia determinar las penas (punibilidad), sino también el sistema mediante el cual se van a aplicar por los tribunales en el caso concreto dichas sanciones y además, deberán de justificar en todos los casos y expresamente, las razones de su establecimiento en los textos legales, tal como lo sostuvo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia 1ª./J. 114/2010, con número de registro 163067, de rubro y texto siguiente:

“PENAS Y SISTEMA PARA SU APLICACIÓN. CORRESPONDE AL PODER LEGISLATIVO JUSTIFICAR EN TODOS LOS CASOS Y EN FORMA EXPRESA, LAS RAZONES DE SU ESTABLECIMIENTO EN LA LEY. El legislador al crear las penas y el sistema para la imposición de las mismas, no cuenta con libertad absoluta para su establecimiento en la ley, sino que debe atender a diversos principios como lo es el de la proporcionalidad entre delito y pena, ya que de ello dependerá si su aplicación es no humanitaria, infamante, cruel o excesiva, o por el contrario, es acorde a los postulados constitucionales. La proporción entre delito y pena, en el caso del Poder Legislativo, es el de hacer depender la gravedad de la pena en forma abstracta, lo cual se encuentra relacionado con la naturaleza del delito cometido, el bien jurídico protegido y el daño que se causa al mismo. Esto permite advertir la importancia que tiene el que el Poder Legislativo justifique, en todos los casos y en forma expresa, en el proceso de creación de la ley, cuáles son las razones del establecimiento de las penas y el sistema de aplicación de las mismas, para cuando una persona despliega una conducta considerada como delito. Lo anterior, permitirá que en un problema de constitucionalidad de leyes, se atienda a las razones expuestas por los órganos encargados de

⁸⁶ Amuchategui Requena, Irma Griselda y Villasama Díaz, Ignacio. *Derecho penal, diccionarios jurídicos temáticos, segunda serie*, v. I., Oxford, México, 2002, p. 135.

crear la ley y no a las posibles ideas que haya tenido o a las posibles finalidades u objetivos que se haya propuesto alcanzar. Así, lo relatado adquiere relevancia si se toma en consideración que al corresponderle al legislador señalar expresamente las razones de mérito, el órgano de control constitucional contará con otro elemento valioso cuyo análisis le permitirá llevar a cabo la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto o preceptos impugnados.”

1.3.2.- Instancia judicial

El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), establece en su tercer párrafo que la imposición de penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

Para Olga Islas de González Mariscal, la actividad de imponer sanciones por los jueces penales, es producto del ejercicio del ius puniendi judicial, que se manifiesta en el momento en que el órgano judicial elabora la norma penal individual y concreta a través de la sentencia penal.

Para esta autora punición es fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad.⁸⁷

El Código Penal define los delitos que constituyen los presupuestos de la aplicación de la pena⁸⁸ y el juzgador, ya en el caso concreto, impondrá la pena que considere más justa y apropiada al sujeto en particular de que se trate, haciendo uso de su arbitrio judicial.⁸⁹

1.3.3.- Instancia de ejecución de sanciones

⁸⁷ Islas de González Mariscal. *Op. cit.*, p. 69.

⁸⁸ Aguado Correa, Teresa. *Op. cit.*, p. 31.

⁸⁹ Amuchategui Requena, Irma Griselda y Villasama Díaz, Ignacio. *Op. cit.*, p. 135.

Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, conceptúan a la pena en su fase de ejecución de la siguiente manera: “...*la pena no es otra cosa que un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social.*”⁹⁰

El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en su tercer párrafo que la modificación y duración de penas, son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

Por otra parte, el artículo 73, fracción XXI, inciso c, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece como una facultad del Congreso, la expedición de:

“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. (Inciso reformado DOF 02-07-2015).”

Y mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el dieciséis de junio de dos mil dieciséis, se expidió la Ley Nacional de Ejecución Penal; lo que lleva a concluir que el ius puniendi de ejecución de penas se rige bajo la citada legislación, teniendo su fundamento en los artículos constitucionales antes citados.

En tal instancia del ius puniendi, cobra relevancia el artículo 18, párrafos primero y segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen:

“Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. -- El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y

⁹⁰ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. *Derecho penal mexicano, parte general*, 23ª ed., Porrúa, México, 2007, p. 756.

el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. (Párrafo reformado DOF 10-06-2011).”

Pues este último artículo marca los parámetros sobre los que ha de ceñirse el sistema penitenciario, dentro del cual se lleva a cabo la ejecución de sanciones privativas de libertad.

Lo expuesto lo confirma la tesis sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, P./J. 17/2012, con número de registro 2001988, que es de rubro y texto siguiente:

“PENAS. SU EJECUCIÓN ES COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL, A PARTIR DEL 19 DE JUNIO DE 2011. *Con la entrada en vigor el 19 de junio de 2011 de la reforma a los artículos 18 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, se introdujo el modelo penitenciario de reinserción social y judicialización del régimen de modificación y duración de las penas, al ponerse de manifiesto que no sería posible transformar el sistema penitenciario del país si la ejecución de las penas seguía bajo el control absoluto del Poder Ejecutivo; de ahí que para lograr esa transformación se decidió reestructurar el sistema, circunscribiendo la facultad de administrar las prisiones al Poder Ejecutivo y confiriendo exclusivamente al Poder Judicial la de ejecutar lo juzgado, para lo cual se creó la figura de los "Jueces de ejecución de sentencias", que dependen del correspondiente Poder Judicial. Lo anterior pretende, por un lado, evitar el rompimiento de una secuencia derivada de la propia sentencia, pues será en definitiva el Poder Judicial, de donde emanó dicha resolución, el que vigile el estricto cumplimiento de la pena en la forma en que fue pronunciada en la ejecutoria y, por otro, acabar con la discrecionalidad de las autoridades administrativas en torno a la ejecución de dichas sanciones, de manera que todos los eventos*

de trascendencia jurídica que durante la ejecución de la pena puedan surgir a partir de la reforma constitucional, quedan bajo la supervisión de la autoridad judicial en materia penal, tales como la aplicación de penas alternativas a la de prisión, los problemas relacionados con el trato que reciben cotidianamente los sentenciados, la concesión o cancelación de beneficios, la determinación de los lugares donde debe cumplirse la pena y situaciones conexas.”

Y por lo que se refiere a la modificación de penas, el criterio que impera en los tribunales mexicanos es el sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P./J. 20/2012, con número de registro 2001968, que es de rubro y texto siguiente:

“MODIFICACIÓN DE LAS PENAS. LA DETERMINACIÓN RELATIVA AL TRASLADO DE SENTENCIADOS DE UN CENTRO PENITENCIARIO A OTRO ESTÁ RESERVADA AL PODER JUDICIAL, CONFORME AL ARTÍCULO 21, PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Con motivo de la entrada en vigor el 19 de junio de 2011 de la reforma a los artículos 18 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, en términos del artículo quinto transitorio del decreto respectivo, corresponde en exclusiva al Poder Judicial la imposición de las penas, así como su modificación y duración, en la inteligencia de que entre las determinaciones relacionadas con la modificación se encuentran las relativas al traslado de los sentenciados, lo que se corrobora con la exposición de motivos de la iniciativa de reformas a los artículos 18, 21 y 104 constitucionales, presentada en la sesión del 4 de octubre de 2007 de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en la cual se destacó que los periodos de vida que los reclusos pasan en prisión cumpliendo sus sentencias no consisten en el simple transcurso del tiempo, pues en esos lapsos suceden muchos eventos que debe supervisar la autoridad judicial como, por ejemplo, la aplicación de penas alternativas a la de prisión, la*

concesión de beneficios o el lugar donde deba extinguirse la pena, siendo esta iniciativa la única en la que se hizo referencia a reservar la atribución citada a la autoridad judicial, entre las valoradas expresamente en el dictamen de origen elaborado por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la referida Cámara, presentado en la sesión del 11 de diciembre de 2007, que a la postre daría lugar a las citadas reformas constitucionales, en el cual se precisó que estas reformas plantean restringir la facultad del Ejecutivo únicamente a la administración de las prisiones y otorgar la de ejecutar lo juzgado al Poder Judicial, mediante la creación de la figura de "Jueces de ejecución de sentencias", dependientes de este Poder, en aras de que la totalidad de las facetas que integran el procedimiento penal queden bajo control jurisdiccional."

En este sentido, queda claro que la decisión sobre la duración y la modificación de las sanciones penales son una facultad de los órganos jurisdiccionales. Tales decisiones son la máxima expresión del ius puniendi, pues afectan la duración y el modo en que se ejecutará la sanción impuesta al responsable de un delito, nada menos, nada más.

1.4.- Orientación de la facultad punitiva: actos o personalidades

Ya hemos visto que la potestad punitiva va dirigida al sujeto hallado responsable de cometer un delito. Sin embargo, el poder punitivo al ejercerse en las instancias legislativa, judicial y de ejecución puede orientarse hacia un modelo en el que se sancione al autor exclusivamente por lo que hizo, o bien, se adopte un sistema punitivo que busque sancionar al autor por quién es, considerando al hecho cometido sólo como una demostración de su personalidad.⁹¹ Por ello, toca turno explicar hacia donde se dirige el derecho a castigar, esto es, que es lo que en realidad se pune, si al autor del

⁹¹ Personalidad es el conjunto o síntesis de todas las características bio-psico-sociales del individuo que lo hacen único e irrepetible, externados en su conducta, la cual es valorada por las relaciones que produce en los demás; la personalidad se integra por dos factores, lo heredado y lo adquirido. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *La individualización de la pena de prisión*, Porrúa, 2ª edición, México, 2008, p. 157

delito por el hecho que cometió o al autor delito porque el hecho es una extensión de su personalidad.

El derecho penal de acto (también denominado derecho penal de hecho), según Claus Roxin se define de la siguiente manera:

Por Derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo.⁹²

Frente a este derecho penal del hecho o de acto, se sitúa el denominado derecho penal de autor, el cual se conceptúa de la forma siguiente:

Se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción. Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea 'tal' se convierte en objeto de la censura legal; allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el si y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en que la pena se dirige al autor como tal.⁹³

El artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en sus párrafos primero y último lo siguiente:

“Artículo 1o. *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni*

⁹² Roxin, Claus. *Op. cit.*, p. 176.

⁹³ *Ibíd.*, pp. 176-177.

suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

[...]

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

En estos dos párrafos subyace ya parte de la respuesta:

a) En primer término el ius puniendi no podrá ejercerse sino es mediante el respeto a derechos humanos y la dignidad de la persona. Los derechos humanos, únicamente podrán tener las restricciones que la propia ley fundamental señale.

b) La facultad punitiva del estado no podrá basarse en la discriminación de la persona que tenga por objeto anular o menoscabar sus libertades y derechos. Esto es, el ius puniendi no podrá hacer uso de la discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana, cuando el objeto de tal discriminación sea anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Tales consecuencias inciden en la instancia legislativa del ius puniendi, pues no sería admisible, por ejemplo, que se sancionara mediante el producto legislativo, a una persona por su condición social y no por algún hecho que afecte o ponga en riesgo bienes jurídicos. Así, las figuras delictivas que sancionaran a las personas por ser desempleados (vagos) y mendigos (malvivientes), por esa sola característica, contravendrían el citado dispositivo constitucional, pues “...*tales figuras no sancionan a*

*sus destinatarios por una conducta realizada –por lo que hagan-, sino por una forma de vida –por lo que son-...”.*⁹⁴

Esto contravendría el principio de legalidad contenido en el artículo 14 constitucional, pues tal principio exige que sólo se castigue penalmente la acción u omisión descrita con exactitud en la ley. Baste recordar que el tercer párrafo del citado numeral dispone que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

De ahí que está vedada la utilización del ius puniendi para sancionar a las personas por quienes son, el caso previsto, por su condición social, pero igual resultaría para cada una de las formas enunciadas por la constitución política.

En cuanto a la instancia judicial del ius puniendi aparte de que le son aplicables los dispositivos constitucionales invocados, le afecta de forma particular lo que establece el artículo 22 constitucional en su primer párrafo, que dicho sea de paso, también incide de manera fundamental en el ejercicio de la potestad punitiva a nivel legislativo. Dicho dispositivo dispone:

“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.”

Tal dispositivo excluye la posibilidad de que las leyes creadas en ejercicio del ius puniendi legislativo, sancionen a terceros por la única razón de ser familiares del que resulte ser declarado culpable de cometer delito. En la esfera judicial del ius puniendi, impide que los efectos de la sentencia penal trasciendan a terceros que no hayan sido declarados culpables; a lo que se denomina como principio de personalidad de la

⁹⁴ Barreda Solórzano, Luis de la. *Op. cit.*, p. 209.

pena.⁹⁵ De igual forma, el artículo 22 constitucional impone el límite al ejercicio del ius puniendi hacia los actos y no hacia las personalidades de los autores del delito, al señalar que la sanción penal deberá ser proporcional al delito que se sanciona, lo que ya presupone que para decidir si una sanción es o no proporcional debe atenderse a una conducta (esfera legislativa) o a un hecho concreto que encuadre en tal conducta (esfera judicial de aplicación de sanciones); también debe atender al bien jurídico afectado, lo que de entrada se logra mediante actos, no por las personalidades propias de los seres humanos. Finalmente, en el ámbito de ejecución de la sanción penal, se atiende al hecho cometido y no a las peculiaridades propias de la personalidad del sujeto de condena, pues el artículo 22 constitucional limita el ejercicio del ius puniendi en todas sus esferas, pero en especial en la etapa de ejecución de sanciones, al prohibir la imposición de sanciones crueles o irracionales, de manera que atente contra la dignidad humana del culpable, tal como lo dispone el artículo 1° constitucional en su último párrafo; y en cambio orienta su ejecución al respeto de los derechos humanos, lo que se observa en el segundo párrafo del artículo 18 constitucional, al disponer que el sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. De ahí que no se pretenda cambiar la personalidad del sujeto de condena mediante la ejecución de la misma, pues eso atentaría contra su dignidad humana, al pretender tratar al condenado como un sujeto sin derechos, negándole la posibilidad de elegir libremente su personalidad y su identidad, lo que además actualizaría la discriminación prohibida en el artículo 1° constitucional, pues se ejecutaría una sanción realizando una discriminación para anular y menoscabar sus libertades como ser humano, pues aún en la privación de libertad de tránsito que implica la prisión, el reo tiene derechos pues no abandona su condición humana.

⁹⁵ Medina Peñaloza, Sergio Javier, *Op. cit.*, p. 45.

Por estas razones, nuestro sistema jurídico adoptó un derecho penal de acto, abandonado con ello la concepción contraria de derecho penal de autor, lo cual fue puesto de manifiesto en la tesis identificada con el número de registro 2005883, la cual es de rubro y texto siguiente.

“DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS. *De la interpretación sistemática de los artículos 1o., 14, tercer párrafo, 18, segundo párrafo, y 22, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se concluye que nuestro orden jurídico se decanta por el paradigma conocido como "derecho penal del acto" y rechaza a su opuesto, el "derecho penal del autor". Entender las implicaciones de ello, requiere identificar sus rasgos caracterizadores y compararlos entre sí. El modelo del autor asume que las características personales del inculpado son un factor que se debe considerar para justificar la imposición de la pena. Al sujeto activo del delito (que en esta teoría suele ser llamado delincuente) puede adscribirse la categoría de persona desviada, enferma, desadaptada, ignorante, entre otros calificativos. Esta categorización no es gratuita: cumple la función de impactar en la imposición, el aumento o el decremento de la pena; incluso permite castigar al sujeto por sus cualidades morales, su personalidad o su comportamiento precedente frente a la sociedad. Así, la pena suele concebirse como un tratamiento que pretende curar, rehabilitar, reeducar, sanar, normalizar o modificar coactivamente la identidad del sujeto; también como un medio que pretende corregir al individuo "peligroso" o "patológico", bajo el argumento de que ello redundará en su beneficio. Por ello, el quántum está en función del grado de disfuncionalidad que se percibe en el individuo. Ese modelo se basa en la falaz premisa de que existe una asociación lógico-necesaria entre el "delincuente" y el delito, para asumir que quien ha delinquido probablemente lo hará en el futuro, como si la personalidad "peligrosa" o "conflictiva" fuera connatural a quien ha cometido un acto contrario a la ley. Además, el derecho penal de autor*

asume que el Estado -actuando a través de sus órganos- está legitimado para castigar la ausencia de determinadas cualidades o virtudes en la persona (o, por lo menos, utilizarla en su perjuicio). En cambio, el derecho penal del acto no justifica la imposición de la pena en una idea rehabilitadora, ni busca el arrepentimiento del infractor; lo asume como un sujeto de derechos y, en esa medida, presupone que puede y debe hacerse responsable por sus actos. Por ello, la forma en que el individuo lidia en términos personales con su responsabilidad penal, queda fuera del ámbito sancionador del Estado.”

Para Roxin, es claro que el derecho penal de hecho favorece de mayor forma el principio de legalidad, pues las descripciones de acciones y las penas por el hecho se acomodan al principio de precisión o determinación.⁹⁶

Uno de los remanentes del derecho penal de autor es el relativo a la reincidencia basada en la mayor peligrosidad del sujeto. El reincidente es quién comete un delito después de sufrir una sentencia condenatoria y por serlo, se le ha creído más peligroso; razón por la cual se le debe aumentar la pena, pues provoca mayor alarma social la conducta de quien ya ha sido condenado.⁹⁷

Con ello se atiende a un elemento criminógeno permanente en la persona del autor o al ser humano de la personalidad que hay que castigar y que miden por ese baremo la clase y cuantía de la sanción.⁹⁸

Así, la figura de la reincidencia basada en la mayor peligrosidad del sujeto activo tiene como objeto segregar por mayor tiempo posible al incorregible con fines de defensa social y a la vez disponer de más tiempo para llevar a cabo la función rehabilitadora de la pena, pero implica justificar una adición a la punición, no en base al

⁹⁶ Roxin, Claus. *Op. cit.*, p.177.

⁹⁷ Barreda Solórzano, Luis de la. *Op. cit.*, pp. 118-119.

⁹⁸ Roxin, Claus, *Op. cit.*, p. 177.

delito presente, sino con base al delito ya cometido y por el cual sufrió una condena, con lo cual se castiga por el peligro que representa y no por el hecho cometido.⁹⁹

En ese contexto, si la legislación punitiva se rige bajo los principios de un derecho penal de acto o de hecho, resultaría inaplicable el artículo 65 del Código Penal Federal, el cual faculta al juez para incrementar la sanción penal al momento de individualizar la sanción penal, pues dispone:

“Artículo 65.- La reincidencia a que se refiere el artículo 20 será tomada en cuenta para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley prevé.

En caso de que el imputado por algún delito doloso calificado por la ley como grave o que amerite prisión preventiva oficiosa, según corresponda, fuese reincidente por delitos de dicha naturaleza, la sanción aplicable por el nuevo delito cometido se incrementará en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la pena máxima prevista para éste, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero.”

Sin embargo, la reincidencia es una figura que se apoya en razones de política criminal, no en el criterio de peligrosidad del delincuente. La reincidencia así considerada, se convierte en una figura que permite al juzgador agravar la punibilidad por el nuevo delito perpetrado.

Este aumento de la sanción previsto en la ley se justificaría porque la conducta reincidente, fue realizada a pesar de existir una sentencia de condena intermedia y de que el sujeto activo fue prevenido con la imposición de una sanción mayor en caso de reincidir; por tanto, en el nuevo caso, el reincidente, conocería con exactitud la antijuridicidad de su propio hacer y, por tanto, sería mayor la reprobación que el hecho merece en relación con la conducta desplegada. Este criterio fue sostenido por la

⁹⁹ Barreda Solórzano, Luis de la. *Op. cit.*, p. 119.

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1ª./J. 80/2013, con número de registro: 2005042; de rubro y texto siguiente:

“INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. LOS ANTECEDENTES PENALES DEL SENTENCIADO QUE LLEVEN A CONSIDERARLO COMO REINCIDENTE, DEBEN TOMARSE EN CUENTA PARA FIJAR LA PUNIBILIDAD. Los antecedentes penales son aquellos registros que efectúa la autoridad administrativa con el propósito de llevar un control de los procesos que se instruyen contra las personas, o bien, de las condenas recaídas a los sentenciados; la reincidencia, en cambio, es una figura del derecho sustantivo penal, regulada en los artículos 20 y 65 del Código Penal Federal, que permite agravar la sanción a imponer al sentenciado. Como se advierte, son dos conceptos diferentes pero relacionados entre sí, dado que los antecedentes penales caracterizan a la reincidencia, sin que ello signifique que sus efectos deban equipararse. Lo anterior, porque el concepto de antecedentes penales se incluye en el más amplio aspecto de “la vida del reo”, esto es, su pasado penal, lo que puede hacer, o lo que podría esperarse de él, y ello, como ya lo estableció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 1a./J. 110/2011 (9a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro V, Tomo 1, febrero de 2012, página 643, de rubro: “CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO.”, no puede servir como parámetro para fijar el grado de culpabilidad del sujeto activo; en esa tesitura, si bien es cierto que la reincidencia deriva del antecedente penal en sentido genérico, también lo es que los efectos de la agravación de la pena se apoyan en razones de otra índole, es decir, de política criminal, determinadas por el deber que el Estado tiene al ejecutar su función de tutela jurídica, de procurar el orden que queda perturbado por la actividad delictiva del reincidente; así, la reincidencia implica que el juzgador tome en cuenta, al individualizar la pena, que al sentenciado se le condenó con anterioridad por la comisión

de un delito, pero no como un antecedente penal que revele una característica propia del sujeto activo a modo de constituir un factor para determinar su grado de culpabilidad, pues tal revelación de la personalidad únicamente puede considerarse en relación con el hecho cometido, sino más bien, como la figura que le permite agravar la punibilidad, en términos de la ley, por el nuevo delito perpetrado, a pesar de existir una sentencia de condena intermedia y de que fue prevenido con imponérsele una sanción mayor en caso de reincidir, pues conoce con exactitud la antijuridicidad de su propio hacer y, por tanto, es mayor la reprobación que el hecho merece en relación con la conducta desplegada.”

1.5.- La sanción penal como acto que afecta derechos fundamentales

La forma suprema que reviste el poder coactivo del estado es la pena criminal,¹⁰⁰ pues la sanción penal es el producto final de la facultad punitiva del estado, misma que como hemos apuntado, opera a tres niveles: 1) nivel legislativo; 2) nivel jurisdiccional; y, 3) nivel de ejecución de sanciones.

Para algunos, la sanción tiene como carácter principal el de ser un sufrimiento que consiste en la privación o disminución de un bien individual. Pero en nuestro actual estado de derecho, esta privación se debe efectuar conforme a las garantías del procedimiento penal.¹⁰¹

Uno de los elementos esenciales de un estado constitucional de derecho es el reconocimiento de la existencia de un conjunto de derechos básicos de los ciudadanos y tales derechos suelen denominarse indistintamente derechos humanos o derechos fundamentales, sin embargo, tales expresiones no son equivalentes, pues ha de tomarse la consideración de que los derechos humanos son el conjunto de facultades e

¹⁰⁰ Aguado Correa, Teresa. *Op. Cit.*, p. 31.

¹⁰¹ Ojeda Velázquez, Jorge. *Derecho punitivo, teoría sobre las consecuencias del delito*, Trillas, México, 1993, p. 69.

instituciones que concretan las exigencias de dignidad, libertad e igualdad inherentes a la persona, al ser humano.

Los derechos fundamentales, de modo más concreto, constituyen un conjunto de estos derechos humanos que son positivados por un ordenamiento jurídico a través de su inclusión en la Constitución, normalmente acompañada de un conjunto de garantías para su tutela. Así, para Carlos F. Natarén Nandayapa, si bien el concepto que subyace a la expresión “derechos humanos” puede ser coincidente con el que se refleja al hablar de “derechos fundamentales”, aunque mientras el primero puede pertenecer a una categoría axiológica, el segundo en cambio, viene a expresar un concepto técnico-jurídico.¹⁰²

Bajo esos parámetros es incuestionable que la punibilidad, la punición y la pena en su ejecución, deben prever el respeto los derechos fundamentales de la persona a quien se ha de imponer una sanción, haciendo efectiva en todo momento su tutela a través de las garantías previstas por el texto constitucional, pues tal como lo sostiene Jorge Ojeda Velázquez, al afirmar que si bien la sanción penal es una privación, la misma se debe efectuar conforme a las garantías del procedimiento penal; no perdiendo de vista que el ejercicio de la facultada punitiva por parte de los órganos del estado se traduce en una afectación en los derechos del responsable de un delito.

Ahora bien, por intervención en un derecho fundamental, se entiende toda afectación negativa del derecho en cuestión, esto es, todo tipo de desventaja o consecuencia negativa que una acción u omisión de los poderes públicos o de los particulares, pueda reportar desde la perspectiva del derecho afectado, ya sea porque suprima, impida o dificulte el ejercicio de alguna de las posiciones que prima facie pueden adscribirse a su ámbito normativo;¹⁰³ el ejercicio del ius puniendi, en cada una

¹⁰² Cienfuegos Salgado, David, Ríos Espinosa, Carlos y Natarén Nandayapa, Carlos F., Coordinadores. *Temas de derecho procesal penal de México y España*, UNAM, México, 2002, p. 156 -157.

¹⁰³ Lopera Mesa, Gloria Patricia y Arias Olgún, Diana Patricia. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*, Colombia, Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2010, p.57.

de sus tres vertientes (legislativa, ejecutiva y judicial) al ser una actividad emitida por los poderes públicos que incide de forma negativa el derecho a la libertad o al patrimonio de las personas, debe considerarse como un acto que interviene derechos humanos.

Máxime que al ser la sanción penal una la privación o restricción de bienes jurídicos, impuesta conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una conducta antijurídica, tipificada previamente como delito,¹⁰⁴ es dable concluir que tanto la creación legislativa, la imposición judicial y la ejecución de las penas intervienen derechos fundamentales. Por lo tanto, la imposición de sanciones debe tener límites y controles que eviten el exceso en el ejercicio de la facultad sancionadora, al intervenir derechos fundamentales.

En la fase de creación de la norma penal, la intervención en derechos fundamentales se produce por medio de la definición legislativa de delitos y penas, que se plasma en los enunciados de la parte especial del Código Penal. Los tipos penales suelen albergar dos tipos de normas, una, la llamada norma primaria o de conducta, dirigida al ciudadano prohibiéndole u ordenándole realizar una conducta; y, otra, la norma secundaria o de sanción, dirigida al juez, obligándole a imponer una pena de prisión determinada a quien sea declarado responsable de cometer un delito, en este caso, de actualizar el contenido de la norma primaria. Ambas normas constituyen una intervención en derechos fundamentales, pero en uno y otro caso, difieren los derechos afectados y el modo como se produce dicha afectación.¹⁰⁵

La colisión más visible entre derechos fundamentales y ley penal se produce no tanto en el costado de las prohibiciones como en el de las penas, y explican:

Desde la perspectiva de la norma de sanción, se acepta sin problemas que la ley penal representa una intervención en derechos fundamentales. Ahora bien, el tipo de intervención es diferente en uno y otro caso. La determinación

¹⁰⁴ Peláez Ferrusca, Mercedes. *Enciclopedia jurídica mexicana*, t. 5, voz pena, Porrúa e Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 2002, p. 504.

¹⁰⁵ Lopera Mesa, Gloria Patricia y Arias Olguín, Diana Patricia. *Op. cit.*, p. 59.

de las conductas típicas representa una intervención en la libertad de acción de todos los destinatarios de la norma primaria o de conducta. Se trata además, de una intervención inmediata en derechos fundamentales, porque la expedición de la norma de conducta es condición necesaria y suficiente para que se produzca una restricción de las posiciones de libertad que son objeto de la prohibición o mandato. En cambio, la intervención en derechos fundamentales mediante la determinación legal de la pena, no afecta a todos los destinatarios de la norma primaria o de conducta, sino sólo a aquellos que son declarados responsables por su infracción y condenados por un órgano judicial a una sanción que se encuadra dentro del marco penal previsto en abstracto por el legislador.¹⁰⁶

Por lo tanto, es en la fase de aplicación de las normas penales en la cual se consuma la intervención en derechos fundamentales que se inicia con el establecimiento de sanciones que lleva a cabo el legislador. Y si bien se trata de una intervención previamente habilitada por la ley, ello no es razón suficiente para descartar a la imposición de sanciones como una afectación en derechos fundamentales. Tal premisa coincide con el criterio emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al sustentar la tesis aislada 1a.CCVIII/2011, con número de registro 160644, en la cual, estableció que la sanción penal interviene derechos fundamentales y por tanto es posible analizarla conforme a las gradas del principio de proporcionalidad, la cual es de rubro y texto siguiente:

“SANCIONES PENALES. CONSTITUYEN UNA INTERVENCIÓN EN DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PUEDE ENJUICIARSE DE CONFORMIDAD CON LAS TRES GRADAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO. *El principio de proporcionalidad en sentido amplio constituye una herramienta argumentativa para examinar la legitimidad constitucional de cualquier medida estatal que afecte los derechos fundamentales de las personas. Por tanto, para que una pena sea proporcional desde este punto de vista no sólo debe tener una*

¹⁰⁶ *Ibíd*em, pp. 60-61.

finalidad constitucionalmente legítima, sino también superar el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Amparo directo en revisión 181/2011. 6 de abril de 2011. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.”

En consecuencia, la imposición de sanciones penales son una medida estatal que afecta derechos fundamentales, si bien, para su imposición deben colmarse determinados requisitos y por lo tanto, pueden examinarse conforme al examen de proporcionalidad que implica examinar la medida por cuanto a si idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, al ser una herramienta argumentativa para examinar la legitimidad constitucional del cualquier medida que afecta derechos fundamentales.

Así pues, la imposición de sanciones al ser una medida que afecta derechos fundamentales, su justificación no se agota en la simple mención de las normas legales que facultan al juez para imponer pena a un individuo, pues éstas disposiciones constituyen apenas una condición necesaria pero insuficiente para justificar el menoscabo para los derechos fundamentales que supone toda sanción penal.¹⁰⁷ De ahí que si en la tesis citada y emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se faculta al juez para aplicar un examen de proporcionalidad, a fin de determinar la legitimidad de la sanción penal; esto es en razón de la posición que asume el juez en un estado constitucional, a quién que le corresponde no sólo el deber de aplicar la ley en cumplimiento del principio de legalidad, sino al mismo tiempo, el velar por su conformidad con los contenidos constitucionales de respeto y protección a derechos fundamentales; tal posición jurisdiccional adquiere una preeminencia sobre todo en aquellos actos que se dan en el ejercicio del ius puniendi, pues tal potestad punitiva afecta derechos con mayor rigor y gravedad que otro tipo de medidas no penales.

¹⁰⁷ *Ibidem.*

A diferencia de la intervención en derechos fundamentales que tiene lugar con la definición de la conducta prohibida (creación de tipos penales y sanciones, en ejercicio del ius puniendi legislativo), en la cual la afectación por lo general recae sobre una determinada posición de libertad, la intervención que tiene lugar mediante la determinación legal de la pena (ius puniendi judicial) y su consiguiente aplicación (ius puniendi de ejecución de sanciones), afectan y de diverso modo, distintas posiciones de derecho fundamental y todas estas consecuencias aflictivas indirectas que desencadena la aplicación de una norma penal sancionatoria, forman parte de una intervención en un derecho fundamental y han de cobrar relevancia al momento de efectuar el balance de los costes que en términos de libertad, reviste la aplicación de una sanción penal, para efectos de examinar si su imposición resulta constitucionalmente justificada.¹⁰⁸

CAPÍTULO II

La imposición judicial de sanciones

2.1.- Sistemas de punición; 2.1.1- Sistema monista y dualista de sanciones penales 2.1.2- Sistemas de determinación de sanciones; 2.1.2.1.- Sistema de penas indeterminadas; 2.1.2.2.- Sistema de pena exacta; 2.1.2.3.-Sistemas de marcos penales; 2.1.2.4.- Sistema adoptado por el Código Penal Federal y en el Código Nacional de Procedimientos Penales; 2.2.- Criterios que orientan la imposición de sanciones; 2.2.1- Criterio político criminógeno; 2.2.2.- Criterio de culpabilidad; 2.2.3.- Criterio de peligrosidad; 2.3.- Individualización judicial de sanciones; 2.4.- Reglas para la imposición de sanciones; 2.4.1.- Marco penal concreto y aplicable; 2.4.2.- Gravedad del ilícito; 2.4.2.1.- Magnitud del daño causado o puesta en peligro al bien jurídico; 2.4.2.2.- Naturaleza de la acción y medios empleados; 2.4.2.3.- Circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado; 2.4.2.4.- Forma y grado de intervención del agente; 2.4.3.- Grado de culpabilidad; 2.4.3.1.- Juicio de reproche; 2.4.3.2.- Motivos que impulsaron a delinquir; 2.4.3.3.- Comportamiento posterior en relación al delito cometido; 2.4.3.4.- Factores criminógenos y características personales del delincuente; 2.4.3.5.- Circunstancias en que se encontraba la víctima.

¹⁰⁸ Ibídem, p. 62.

2.1.- Sistemas de punición

Ya en la instancia judicial del *ius puniendi*, éste se puede describir y analizar a partir de la clase de sanciones que se han de imponer; o si éstas sanciones han de estar determinadas o no en relación a su límite temporal; si la imposición de sanciones se rige por criterios de acto, de peligro o por la función que se les asigna.

Todo lo anterior para ir delimitando la actuación del juez en la llamada punición o individualización de sanciones, cuáles son los criterios que delimitan la imposición de sanciones que en realidad constituye el medio por el cual se priva a un sujeto de determinados derechos, o en el mejor de los casos, se restringe su ejercicio, lo que representa una verdadera intervención a la esfera jurídica de quién es sujeto de sanción.

Por ello resulta de suma importancia describir el momento en que la amenaza penal producto de la instancia legislativa de la facultad punitiva, se concreta, esto mediante la llamada individualización de sanciones, pues tal concreción servirá de base para la instancia ejecución penal de la potestad punitiva estatal.

2.1.1- Sistema monista, dualista y vicarial de sanciones penales

Con los sistemas de sanciones penales que cada legislación penal adopta, se busca lograr un adecuado equilibrio entre los intereses de protección estatales y los intereses de libertad del justiciable.

El sistema monista es aquel en donde no existe distinción entre pena y medida de seguridad ni para sus destinatarios (imputables o inimputables), en tanto, el sistema dualista separa la imposición de penas para los imputables y las medidas de seguridad para inimputables, asignado fines diversos a una y otra medida.¹⁰⁹ En este sistema, al

¹⁰⁹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *La individualización de la pena de prisión*, Op. cit., p. 141.

lado de las pena (medidas represivas), existen las de medidas de seguridad o preventivas. Se dice que la pena es represión y se halla destinada al fin de la compensación; en tanto, las medidas de seguridad, por el contrario, son tratamiento de naturaleza preventiva y responden al fin de seguridad.¹¹⁰

Finalmente, existe el sistema vicarial o de la doble vía consiste en que la imposición de la pena o de la medida de seguridad a un imputable, no riñe con fines de prevención, ya sean generales o especiales, pues a un sentenciado se le puede imponer una pena y además, una o más medidas de seguridad. Así, se pueden aplicar simultánea o sucesivamente penas o medidas de seguridad para los imputables, en tanto que a los inimputables únicamente pueden aplicarse medidas de seguridad.¹¹¹

El artículo 24 del Código Penal Federal establece las penas y medidas de seguridad que los jueces penales han de imponer, sin hacer distinción entre unas y otras, pero la fracción VII del artículo 15 del citado ordenamiento establece como causa de exclusión del delito la inimputabilidad del agente, esto es, que al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado; asimismo el diverso artículo 52 otorga la libertad al juzgado para imponer penas o medidas de seguridad que estime justas y procedentes, dentro de los límites señalados para cada delito. Con base en esto es dable concluir que nuestro Código Penal Federal adoptó un sistema de la doble vía o vicarial.

2.1.2.- Sistemas de determinación de sanciones

¹¹⁰ García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 61ª ed., Porrúa, México, 2009. pp. 305-306.

¹¹¹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *La individualización de la pena de prisión*, Op. cit., p. 141.

Si la consecuencia del delito es fundamentalmente la coerción penal, cuya manifestación hemos conocido como pena, ¹¹² puede afirmarse entonces que la determinación de la pena es la coronación de todo el sistema.¹¹³

Las legislaciones penales han optado por modelos o sistemas para determinar las sanciones penales, sobre todo en lo referente a la magnitud que ésta de tener. Se destacan tres sistemas:

- a) Sistema de penas indeterminadas
- b) Sistema de penas exactas
- c) Sistema de marcos penales.

2.1.2.1.- Sistema de penas indeterminadas

El sistema de penas indeterminadas equivale a un sistema abierto de penas que da completa libertad al juzgador para elegir libremente la extensión de las sanciones sin sujeción a límites mínimos o máximos, o aun respetando un tope máximo, tiene la posibilidad de fijar una pena sin límite mínimo o a la inversa.¹¹⁴ Este sistema rompe con una de las consecuencias del principio de legalidad, que se expresa en la fórmula “*nullum crime, nulla, poena, sine lege certa*”, que se refiere a la prohibición de leyes penales indeterminadas y a la prohibición de penas indeterminadas. Así, explica Roxin, un precepto penal que estuviese redactado en los términos siguientes: “...*el que infringiere el bien común de modo intolerable, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años...*”, no permitiría reconocer qué características ha de tener la conducta punible, lo que dejaría al juez penal la función de fijar qué conducta infringe el bien común de modo intolerable,¹¹⁵ al no haberse señalado una norma clara, precisa y exacta respecto de la conducta reprochable. Asimismo, la prohibición de penas

¹¹² Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal, parte general*, tomo V, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1988, p. 11.

¹¹³ *Ibíd.*, p. 281.

¹¹⁴ Loranca Muñoz, Carlos. *Individualización judicial de las penas y las medidas de seguridad*, Poder Judicial de la Federación, 2ª edición, México, 2008, pp. 26-26.

¹¹⁵ Roxin, Claus. *Op. cit.*, p. 141.

indeterminadas que se obtiene como consecuencia del principio de legalidad, se actualizaría en el caso de que la punibilidad no estuviera determinada en ley antes del hecho, sino que sería el juez quien tendría que fijarla a su arbitrio y sin sujeción a la ley. De ahí que resulten inadmisibles las penas totalmente indeterminadas. Así, si se formulara una norma penal en los términos siguientes: "el que dañe o destruya antijurídicamente una cosa ajena, será castigado", rompería con el principio de legalidad, al no prever una sanción penal específica (prisión, multa, pérdida de derechos) precisamente en el texto legal y por no contemplar en qué cuantía se puede imponer.¹¹⁶ Tal postura ha sido adoptada por nuestros tribunales, al reconocer esta consecuencia como el principio de taxatividad en materia penal, según se aprecia en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 54/2014 (10a.), con número de registro 2006867, cuyo rubro y texto son de la literalidad siguiente:

“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. El artículo 14, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra el derecho fundamental de exacta aplicación de la ley en materia penal al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Este derecho fundamental no se limita a ordenar a la autoridad jurisdiccional que se abstenga de interpretar por simple analogía o mayoría de razón, sino que es extensivo al creador de la norma. En ese orden, 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

¹¹⁶ *Ibidem.*

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 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. Sin embargo, lo anterior no implica que para salvaguardar el principio de exacta aplicación de la pena, el legislador deba definir cada vocablo o locución utilizada al redactar algún tipo penal, toda vez que ello tornaría imposible la función legislativa. Asimismo, a juicio de esta Primera Sala, es necesario señalar que en la aplicación del principio de taxatividad es imprescindible atender al contexto en el cual se desenvuelven las normas, así como sus posibles destinatarios. Es decir, la legislación debe ser precisa para quienes potencialmente pueden verse sujetos a ella. En este sentido, es posible que los tipos penales contengan conceptos jurídicos indeterminados, términos técnicos o vocablos propios de un sector o profesión, siempre y cuando los destinatarios de la norma tengan un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento. El principio de taxatividad no exige que en una sociedad compleja, plural y altamente especializada como la de hoy en día, los tipos penales se configuren de tal manera que todos los gobernados tengan una comprensión absoluta de los mismos, específicamente tratándose de aquellos respecto de los cuales no pueden ser sujetos activos, ya que están dirigidos a cierto sector cuyas pautas de conducta son muy específicas, como ocurre con los tipos penales dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas.”

Esto es así, pues el sistema de penas indeterminadas implica la inexistencia de límites a las penas previstas en la ley y de límites en la imposición al momento de dictar la sentencia.¹¹⁷

¹¹⁷ Malo Camacho, Gustavo. *Op. cit.*, p. 660.

2.1.2.2.-Sistemas de pena exacta

En contraposición con el sistema de pena indeterminada y al amparo del racionalismo, surgió el sistema de pena exacta, constituyendo una reacción contra la arbitrariedad jurídica del sistema de indeterminación de las penas, que cargó de una enorme desconfianza a los tribunales, dando lugar a la tabulación de agravantes y atenuantes con penas fijas, que hacía del juez un mero ejecutor de la ley.¹¹⁸ Este sistema de imposición de sanciones o también llamado de penas fijas, fue ideado en el interés de recoger con la mayor precisión los principios de igualdad y legalidad.¹¹⁹

El sistema de pena exacta y única para cada hecho implica una decisión extrema respecto del ejercicio de la discreción jurisdiccional en el caso concreto, pues impide adecuar la pena a las concretas circunstancias del caso y del sujeto activo.¹²⁰

En México, el Código Martínez de Castro (1871) adoptó un sistema de pena exacta. En dicho sistema, a través de un método matemático, el juzgador individualizaba la sanción a la luz de las peculiaridades, exhaustivamente detalladas, que pudiera presentar el caso concreto. Para ello el mismo código estableció un amplio catálogo de penalidades en atención a las circunstancias genéricas o específicas, atenuantes o agravantes.¹²¹ A partir del Código Almaráz-Harris (1929), se abandonó el sistema de la pena exacta, la cual fue sustituida por el sistema de marcos penales, con base en el arbitrio judicial.¹²²

Actualmente nuestros tribunales sostienen que un sistema de esa naturaleza provocaría un exceso en la cuantía de las sanciones penales, pues no daría margen al juzgador para adecuar la magnitud de la sanción penal a criterios sustanciales para su individualización, tales como la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del

¹¹⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 275.

¹¹⁹ Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.*, p. 662.

¹²⁰ Loranca Muñoz, Carlos. *Op. cit.*, p. 25.

¹²¹ Palacios Pámanes, Gerardo Saúl. *La cárcel desde adentro, entre la reinserción social del semejante y la anulación del enemigo*, 2ª edición, Porrúa, México, 2014, p. 67.

¹²² *Ibidem*, p. 68.

agente, entre otros, lo que rompería con dos principios fundamentales: el de proporcionalidad y el de culpabilidad. En ese sentido, fue resuelta la acción de inconstitucionalidad P./J. 32/2009, por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro 167447, cuyo rubro y texto son los siguientes:

“MULTAS FIJAS. LAS NORMAS PENALES QUE LAS ESTABLECEN SON INCONSTITUCIONALES. *El artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe, entre otras penas, la multa excesiva, lo cual impone al legislador la obligación de que al establecer los tipos penales y las sanciones correspondientes, en concreto las multas, determine un parámetro mínimo y uno máximo que, por un lado, por sí no signifique una multa excesiva en relación con el bien jurídico tutelado y, por otro, dé margen al juzgador para considerar factores sustanciales para individualizar las sanciones, tales como la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, a fin de que esté en aptitud de imponer una menor o mayor sanción pecuniaria dependiendo de tales aspectos. Lo anterior resulta razonable si se toma en cuenta que la finalidad de toda sanción tiende a: 1) Una prevención general, dirigida a quienes no delinquieron para que no lo hagan, a través de una disuasión en la sociedad; y 2) Una prevención especial, destinada a quien delinquiró para que no reincida, de manera que sea posible alcanzar su resocialización. Así, una multa será excesiva cuando no permita al juzgador analizar la gravedad del ilícito de acuerdo con las circunstancias exteriores de ejecución, la naturaleza de la acción desplegada, los medios para cometerlo, la magnitud o el peligro al bien tutelado, las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión del hecho realizado, la forma y grado de intervención del agente en su comisión, entre otros factores de individualización de sanciones, así como el grado de culpabilidad del activo conforme a su edad, educación, costumbres y condiciones sociales, económicas y culturales, entre otras. En ese sentido, el establecimiento de normas penales que contengan multas fijas que se apliquen a todos los sujetos por igual, de manera invariable e inflexible son inconstitucionales, en tanto traen como*

consecuencia el exceso autoritario y un tratamiento desproporcionado a quienes cometan el ilícito.”

2.1.2.3.- Sistema de marcos penales

También llamado sistema de la indeterminación legal relativa, el cual se caracteriza por el establecimiento de límites mínimos y máximos como intervalo de la punibilidad, dentro de cuyo marco corresponde al órgano jurisdiccional concretar la pena.¹²³

Una variante de este sistema es a la que Rodríguez Manzanera se refiere en los términos siguientes:

A diferencia de los pensadores de la escuela clásica, que buscaban sujetar al juez reglas específicas para evitar el arbitrio judicial, tanto en la valoración de pruebas como en la imposición de sanciones, es en este último tema en el que la escuela positiva rompe definitivamente con la clásica. La escuela positiva busca una nueva ruta al pregonar que no debe darse una pena a cada delito, sino aplicarse una medida a cada delincuente. No hay dos delitos iguales, en cuanto no hay dos delincuentes iguales; por lo tanto, la medida debe ser proporcionada a la peligrosidad del sujeto y durar mientras dure esta.¹²⁴

Sin embargo, tal sistema de penas relativamente indeterminadas, implicaría que el juez se guíe por criterios de peligrosidad, dejando de lado un sistema dualista de sanciones penales al optar únicamente por medidas de seguridad y dejar a criterio del juez la duración de la medida de seguridad, lo que definitivamente haría que la culpabilidad no fuese el límite de la sanción penal, sino la personalidad del sujeto, dando al juez un arbitrio casi omnipotente en la imposición de sanciones.

En ese sentido, para que el sistema de determinación de sanciones basado en marcos penales sea posible, presupone la adopción en la ley opte de un sistema de

¹²³ Malo Camacho, Gustavo. *Op. cit.*, p. 661.

¹²⁴ Rodríguez Manzanera, Luis. *La Crisis Penitenciaria y los Sustitutivos de la Prisión*, Porrúa, 2ª ed., México, 1999, pp. 36-37

penas elásticas o relativamente indeterminadas, es decir, fijando un mínimo y un máximo o permitiendo al tribunal opte entre distintas penas.¹²⁵

Tal postura descarta que la duración de la sanción penal quede al arbitrio del juez, precisamente para evitar su indeterminación por cuanto a su duración. Así, dentro del intervalo más o menos amplio que establece el legislador, el juez se ve precisado a elegir, en cada caso concreto, un punto específico.¹²⁶

El sistema de penas relativamente indeterminadas, previsto por el legislador (instancia legislativa del *ius puniendi*) marca los parámetros en los que serán aplicadas las consecuencias jurídicas del delito en el caso concreto por el juez o tribunal (instancia judicial del *ius puniendi* relativa a la determinación tanto de la pena como su cuantía). Con tal sistema se pretende hacer efectivos los principios de legalidad, de culpabilidad y de proporcionalidad, todos ellos limitadores del ejercicio de la potestad punitiva. Malo Camacho explica tal sistema de la forma siguiente:

Dentro del intervalo de punibilidad previsto para cada delito, corresponde al juez concretar la pena haciendo referencia a las diversas instituciones jurídicas previstas en el propio código, las cuales, precisamente como consecuencia de la atribuidad al tipo, de la conducta típica dentro del ámbito situacional en que se presenta, permite el mayor grado de concreción, atento a las características y circunstancias objetivas y subjetivas del caso concreto. Así, dentro de dicho margen de punibilidad, corresponden ser valorados, lo mismo la participación, la tentativa, las circunstancias subjetivas y objetivas, el dolo y la culpa y las circunstancias agravantes y atenuantes, todas y cada una en sus respectivas métricas, que permiten al juzgador concretar e individualizar la pena, en función, a su vez, de los criterios de la individualización de la pena previsto en la propia ley.¹²⁷

¹²⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, 274- 275.

¹²⁶ Barreda Solórzano, Luis de la. *Op. cit.*, p. 86.

¹²⁷ Malo Camacho, Gustavo. *Op. cit.*, p. 661.

2.1.2.4.- Sistema adoptado en el Código Penal Federal y en el Código Nacional de Procedimientos Penales

El sistema de punición adoptado por nuestra legislación federal no prevé un sistema de pena exacta ni tampoco uno de penas indeterminadas, sino que establece un sistema de marcos penales o de penas relativamente indeterminadas.¹²⁸

El determinar la cuantía concreta de la pena dentro de los límites mínimo y máximo establecidos para cada uno de los delitos cometidos es un desafío para el juzgador, pues le exige utilizar su arbitrio para determinar el quantum de la pena.

De ahí que la fijación de la pena, dentro de los límites que impone el marco penal es un acto discrecional del juez y el ejercicio de la discrecionalidad por parte del juez depende de principios de determinación de la pena en parte no escritos.¹²⁹

Tal valoración la deberá realizar para determinar la cuantía de la sanción penal en el caso concreto dentro del margen de punibilidad previsto en la ley para cada tipo penal, en adición con todos y cada uno de los marcos penales que se prevean en específico para las agravantes, las atenuantes, la culpa o la tentativa. Con esto, ese ejercicio discrecional permitirá al juzgador concretar e individualizar la pena.

Ahora bien, el sistema de imposición de sanciones adoptado por nuestro sistema, permite una individualización de la sanción penal orientada en función de diversos criterios rectores de tal actividad (individualización de la pena) y que se prevén en la propia ley.¹³⁰

Para corroborar lo apuntado, se destaca que en el Código Penal Federal, específicamente en sus artículos 51 y 52 se contiene la regla de determinar la sanción penal dentro de los límites señalados para cada delito por parte de los jueces penales. En consecuencia, la legislación penal sustantiva adopta expresamente el sistema de

¹²⁸ Loranca Muñoz, Carlos. *Op cit.*, pp. 25-26.

¹²⁹ Jiménez Martínez, Javier. *La teoría del delito, aproximación al estado de la discusión*, Porrúa, México, 2010, p. 1006.

¹³⁰ Malo Camacho, Gustavo. *Op. cit.*, p. 661.

marcos penales. Por lo que se refiere al Código Nacional de Procedimientos Penales, el segundo párrafo del artículo 410 del citado ordenamiento establece que el tribunal de enjuiciamiento individualizará la sanción dentro de los márgenes de punibilidad establecidos en las leyes penales; lo que confirma la adopción del sistema de penas indeterminadas relativamente por parte de la legislación penal mexicana, tanto sustantiva como adjetiva.

2.2.- Criterios que orientan la imposición de sanciones

Todos los códigos penales contienen criterios para la determinación de las penas, sea que los enuncien en forma más o menos completa, sea que tabulen agravantes y atenuantes de las que se pueden inferir los criterios, sea que callen, en cuyo caso habrá que elaborarlos dogmáticamente a partir de las disposiciones de la parte especial. Cualquiera sea la particular técnica que se siga, los criterios para la determinación de las penas no pueden estar ausentes, porque ello significaría que ese código es un instrumento inútil y caso inconcebible, algo similar a una obra artística sin forma, color, mensaje no contenido estético, a un arma de utilería o, lo que es peor, a un maligno mecanismo descontrolado de golpear, sin sentido ni dirección.¹³¹

Los criterios de determinación de las penas que hay en los códigos dependen siempre de cuál sea el concepto y fin de la pena.¹³² No debe perderse de vista que el fundamento de la determinación de la pena es la significación del delito para el orden jurídico valorado (contenido del injusto), y la gravedad del reproche que se hace al reo por el hecho cometido (contenido de la culpabilidad).¹³³

A la gravedad del ilícito, también se identifica como grado del injusto y significa la posibilidad y la necesidad de graduar la gravedad mayor o menor del injusto, es decir de la conducta típica y antijurídica, para esa valoración, el juzgador deberá tomar en cuenta todos aquéllos aspectos objetivos o subjetivos, relacionados con la conducta y

¹³¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, pp. 280-281.

¹³² *Ibidem*, p. 281.

¹³³ Jiménez Martínez, Javier. *Op. cit.*, pp. 999-1000.

resultados típicos.¹³⁴ La magnitud de la infracción jurídica se mide, por un lado, por la entidad del daño producido, para lo que debe tenerse en cuenta, con carácter agravante o, en su caso, atenuante, el grado, tanto de las consecuencias materiales, como de las espirituales del delito. También pueden aquí tenerse en cuenta aquéllos daños que se producen fuera del ámbito propio del tipo. En la tentativa y en los delitos de peligro debe tenerse en cuenta además el grado de puesta en peligro del objeto de acción protegido. Un efecto atenuante tienen los esfuerzos del reo por reparar el daño y la culpabilidad de la misma víctima. La magnitud de la infracción jurídica depende además de la forma de ejecución del hecho. Así por ejemplo, deben valorarse como circunstancias agravantes: en el hurto un posterior hecho violento del acusado y en las lesiones la especial brutalidad de producirlas. También es un factor decisivo de la determinación de la pena, como aspecto subjetivo de la ejecución del hecho, la voluntad en éste empleada.¹³⁵

Para la determinación de la pena es fundamental constatar el grado de fuerza del motivo e indagar su valor ético (grado de culpabilidad). También debe investigarse la cualidad ética de las metas que el reo persigue. La actitud interna del reo debe entenderse como un actual pensar referido al hecho concreto, tanto en la formación de la voluntad, como en la ejecución del delito. Estas valoraciones deben ser hechas conforme a la conciencia valorativa de la comunidad y no conforme a las ideas morales del juez, o de una doctrina o tendencia filosófica determinada.¹³⁶

Para Gustavo Malo Camacho,¹³⁷ la pena aparece delimitada, por los efectos de su individualización, en base a los criterios generales siguientes:

- a) Criterio de la culpabilidad por el hecho.
- b) Criterio de la peligrosidad

¹³⁴ Malo Camacho, Gustavo. *Op. cit.*, p. 664.

¹³⁵ Jescheck, Hans-Heinrich, citado por Jiménez Martínez, Javier. *Op. cit.*, p. 1000.

¹³⁶ *ibídem*, p. 1001.

¹³⁷ Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.*, pp. 653.

c) Criterio político criminal (basado en principio de culpabilidad y en la prevención general y especial).

2.2.1.- Criterio político criminógeno

Este criterio parte de reconocer que el principio de la prevención general es expresión del contenido mismo de la retribución a la base de la potestad punitiva del Estado y al mismo tiempo reconoce que ello significa que la pena es una auto-constatación simbólica e ideológica del Estado, toda vez que ésta ha de constatarse en los términos de las características jurídico políticas, a través de las cuales el propio Estado aparece estructurado.¹³⁸

Roxin parte de la teoría del margen de libertad, al que fue formulada por la jurisprudencia alemana en los términos siguientes:

*No se puede determinar con precisión qué pena corresponde a la culpabilidad, existe aquí un margen de libertad limitado a su grado máximo por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. El juez no puede traspasar el límite máximo. No puede por tanto, imponer una pena que en su magnitud o naturaleza sea tan grave que ya no se sienta por él como adecuada a la culpabilidad. Pero el juez... si puede decidir hasta dónde puede llegar dentro de ese margen de libertad.*¹³⁹

Así, se (re)afirma que no existe una magnitud penal que se corresponda exactamente con el grado de culpabilidad; por lo cual, la teoría del margen de la libertad es la mejor de las opciones para llevar a cabo el acto de determinación de la pena. Con ello, Roxin deduce que si la pena debe determinarse según el grado de culpabilidad, es sólo porque de este modo se consigue una finalidad político social de restablecer la paz jurídica perturbada y de fortalecer la conciencia jurídica de la comunidad imponiendo al

¹³⁸ Ibídem, pp. 657-658.

¹³⁹ Roxin, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, traducción Muñoz Conde, Francisco, Reus, España, 1981, pp. 95-96.

autor del delito una sanción que corresponda a la gravedad de su delito.¹⁴⁰ Esto implica que para punir, el juez debe tomar en cuenta lo fines que se persiguen con la sanción penal, que para algunos autores son la prevención general, la prevención especial y la retribución, pero teniendo como límite y fundamento el principio de culpabilidad.¹⁴¹

La pena adecuada a la culpabilidad no tiene sentido si no se le toma como un instrumento al servicio de un fin político – social. En ese contexto instrumental, la pena adecuada a la culpabilidad sirve a la prevención general en tanto sea aceptada por la sociedad como una condena justa, ayudando a estabilizar una conciencia jurídica general.¹⁴²

Para completar ese margen de libertad deben tomarse solo puntos de vista preventivos, y dentro de esos criterios preventivos, se pueden admitir sin límites criterios de prevención especial. Así el juez puede imponer cualquier pena dentro de los límites del marco penal de culpabilidad, eligiendo aquella que le parezca más conveniente para alcanzar la resocialización.¹⁴³

En cuanto a la prevención general, esta debe buscar el mantenimiento del orden jurídico y la afirmación de la fe en el derecho, excluyendo la prevención intimidatoria, pues en aras de mantener a toda costa la confianza en el derecho, permitiría ir más allá de la estricta necesidad. Una de las consecuencias de este criterio en cuanto a la prevención general, es que permitiría imponer una sanción inferior al que corresponda a la culpabilidad, dado que rechaza una prevención con carácter intimidatorio.¹⁴⁴

2.2.2.-Criterio de culpabilidad

Siguiendo a Malo Camacho, define a este criterio en los términos siguientes:

¹⁴⁰ *Ibíd*em, pp. 96-97.

¹⁴¹ En ese sentido, Malo Camacho afirma: “...ambos conceptos, de la prevención general y especial se acercan, en su delimitación al común denominador de las características del *ius puniendi* del Estado recogido en la Constitución. Así, ambos conceptos se apoyan en la culpabilidad...”. Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.*, p. 659.

¹⁴² Roxin, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, *Op. cit.*, pp. 96 -97.

¹⁴³ *Ibíd*em, p. 100.

¹⁴⁴ *Ibíd*em, pp. 101-102.

*El criterio de la culpabilidad, afirma que la pena y su individualización, no deben responder a la personalidad o al carácter del sujeto o a cualesquiera otra referencia con la así denominada culpabilidad del autor y, por tanto, limitan también a la reincidencia como factor de imposición penal autónomo y directo, sino que implica que la pena debe determinarse exclusivamente en relación con el hecho realizado.*¹⁴⁵

Debe advertirse que pretender la imposición punitiva en el estricto límite del hecho típico y antijurídico cometido (grado del injusto), resulta en un criterio excesivamente restrictivo e incorrecto. Por tal motivo, el contenido del principio de culpabilidad, en cuanto reproche, supone también la valoración de ese otro ámbito graduable de la culpabilidad de la persona que deriva de su mayor o menor grado de libertad de actuar, lo que implica la necesidad de valorar todas las circunstancias que impacten la libertad de actuar y las restricciones que impidan ese actuar libre, dentro del límite de la responsabilidad punible, para conducirse conforme para que hubiera podido serle exigible otra conducta diversa por él realizada.¹⁴⁶

Sin que la valoración en relación al actuar en libertad del activo, implique tomar en cuenta de ningún modo caracteres o peculiaridades del autor del hecho típico y antijurídico.

La individualización de la medida de la sanción punitiva sigue como criterio básico la medida de la culpabilidad, a pesar de las críticas que a la culpabilidad se le han realizado por cuanto a que es un concepto indemostrable y por ende, no medible.¹⁴⁷

2.2.3.- Criterio de peligrosidad

Este criterio afirmó la idea de punir en función de la peligrosidad manifestada por la persona, a la vez que afirmó la existencia de las medidas de seguridad,

¹⁴⁵ Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.*, p. 654.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 654-655.

¹⁴⁷ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *La individualización de la pena de prisión*, *Op. cit.*, p.132.

específicamente aplicadas en función de la peligrosidad, en relación con la responsabilidad social y no la responsabilidad personal que fundaba a la culpabilidad. Tradujo no pocas de sus consecuencias al ámbito mismo del contenido de la pena, lo que llevó al concepto de un derecho penal de peligrosidad, a su vez en relación con un derecho penal de autor y no de acto, como también a una culpabilidad de autor y no culpabilidad por el hecho cometido, propiciando la existencia de medidas no sólo después de cometido el delito, sino también antes de que se generara algún delito a partir del estado peligroso de la persona. Va en este criterio una idea de imposición de la pena en función de evitar la comisión de la conducta delictiva futura y no como pena por el delito ya cometido.¹⁴⁸

No se prohíbe el acto en sí, sino el acto como manifestación de una forma de ser del autor, lo que trae como consecuencia que sea el ser del autor lo verdaderamente delictivo.¹⁴⁹

Este criterio fue utilizado para guiar el arbitrio judicial a la hora de dictar la punición. La peligrosidad es la medida de la probabilidad de que un individuo delinca en el futuro, lo que constituye una característica de un pronóstico de conducta. Tal pronóstico es un juicio de posibilidad y no de certeza, pues atiende a lo que el sujeto puede hacer, de ahí que sea un diagnóstico sobre el ser, pues no atiende a lo que se hizo y se conoció, sino a lo que el sujeto puede hacer.¹⁵⁰ El concepto de peligrosidad fue propuesto por Garófalo, quien uso la palabra “temibilidad” para designar la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por el mismo delincuente.¹⁵¹

El Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia común y para toda la Republica en materia del fuero federal, promulgado el 13 de agosto de 1931, recogió la noción de estado peligroso como fórmula parcial, pues no hizo de este

¹⁴⁸ Malo Camacho, Gustavo, *Op. cit.*, pp. 655-656.

¹⁴⁹ Jiménez Martínez, Javier. *Op. cit.*, p. 993.

¹⁵⁰ Barreda Solórzano, Luis de la, *Op. cit.*, p. 148.

¹⁵¹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *La individualización de la pena de prisión*, *Op. cit.*, p. 166.

criterio la verdadera y única base de la responsabilidad; así, la sanción aplicada será según la peligrosidad del delincuente, tomando en cuenta la gravedad y modalidad del derecho violado, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente.¹⁵² Dicho ordenamiento mantuvo hasta antes de las reformas de 1994, el término de peligrosidad, considerado para la individualización de sanciones, si bien lo designó como temibilidad. Así, el artículo 52 de dicho ordenamiento establecía que para individualizar las sanciones se debería tener en cuenta:

a) La naturaleza de la acción u omisión de los medios implicados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido.

b) La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas.

c) Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad.

Tal criterio implicaba que la mayor o menor temibilidad era el grado que el juez determinaba en uso de su arbitrio judicial y con base en la peligrosidad del responsable del delito, tal como se muestra en la tesis de registro 235962, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación durante la séptima época, de texto y rubro:

“PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA, Y PELIGROSIDAD. ARBITRIO JUDICIAL. La individualización de la pena y la determinación de la peligrosidad del delincuente precisa absolutamente del arbitrio judicial, puesto que el concepto subjetivo de la peligrosidad es perceptible mediante el

¹⁵² *Ibíd.*, p. 104.

conocimiento directo del inculpado, por lo que corresponde al Juez natural establecer el grado de temibilidad del acusado.”

Actualmente tal criterio ha sido abandonado, dado que se abandonó el derecho penal de autor y se acogió un derecho penal de hecho o de acto, por lo que el criterio que rige es el de culpabilidad.

2.3- La individualización judicial de sanciones

El juez penal realiza la individualización de la sanción penal en base al hecho y a las características del culpable de un delito; en esencia, esta concepción de lo individual parte de la premisa de la diversidad humana, es decir, los seres humanos son diferentes entre sí, y por tanto, aunque cometan hechos calificados por la ley como delitos de la misma especie y naturaleza, quienes los cometieron, tuvieron causas diversas y distintas entre sí para llevarlos a cabo, es más, como consecuencia de ello, no hay dos delitos iguales en razón de que no hay dos personas iguales, por más similitud que guarden los hechos o actos delictivos, o las consecuencias sociales de estos. Individualizar significa especificar una cosa, tratar de ella con particularidad y pormenor; en materia de sanciones penales se considera como la adaptación de éstas a las circunstancias exteriores de ejecución y a las peculiaridades del delincuente.¹⁵³

Sobre el concepto de individualización de la pena, Mary Beloff escribe: “...*la individualización de la pena es el acto por el cual el juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada.*”¹⁵⁴ Para Olga Islas de González Mariscal, lo que se denomina individualización de la pena, no es otra cosa que punición; esto en atención a que la punición es producto del ejercicio del ius puniendi judicial, que se manifiesta en el momento en que el órgano judicial elabora la norma penal individual y concreta a través de la sentencia penal.¹⁵⁵ Por lo que ambas

¹⁵³ Rodríguez Manzanera, Luis, *La Crisis Penitenciaria y los Sustitutivos de la Prisión*, 2ª ed., Porrúa, México, 1999, pp. 36-37

¹⁵⁴ Roxin, Claus, Beloff, Mary, Magariños, Mario, Ziffer, Patricia S., Bertoni, Eduardo Andrés, y Ríos Ramón Teodoro. *Determinación judicial de la pena*, editores del puerto, Argentina, 1993, p. 91

¹⁵⁵ Islas de González Mariscal, Olga. *Op. cit.*, 69.

autoras denominan de forma distinta al acto jurisdiccional por medio del cual se concreta la sanción penal en el caso concreto.

Por ello, al acto de individualizar una sanción en sede judicial se le conceptúa como una decisión del quantum de la pena, determinando y precisando su monto, en calidad y cantidad, lo que naturalmente, es una decisión que guarda relación con el sentido y fin de la pena.¹⁵⁶ De ahí que la punición busca reafirmar la prevención general y es la “...fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez”.¹⁵⁷ Así, los jueces deben castigar al delincuente por el acto que realizó, pero sin pasar por alto a la individualidad del sujeto que lo cometió. Para ello, la ley penal dispone de un catálogo de conductas, que con su realización transgreden en orden jurídico, hecho para salvaguardar bienes jurídicos, a cada una de esas conductas, les aplica una sanción específica.

De los conceptos de punición e individualización de la pena en análisis, se aprecia que se hace alusión a un mismo acto, por el cual el órgano jurisdiccional determina la clase y la extensión de la pena, que no es otra cosa que el acto de fijar una particular y concreta privación o restricción de derechos al autor del delito; sin que pase inadvertido que para determinar la cuantía de la sanción deberá atenderse a la *magnitud de la culpabilidad*.¹⁵⁸

Suele hablarse muy frecuentemente de individualización de la pena, afirmándose a partir de la obra de Saleilles que hay una individualización legal, otra judicial y una tercera, administrativa. Sin embargo, tal y como lo afirma Zaffaroni, no hay tres etapas en la individualización de la pena en el caso concreto, sino tres actividades que convergen en una misma tarea individualizadora, pues la individualización de la pena va más allá de la simple cuantificación, pues ésta última nos indica de qué cantidad de bienes jurídicos puede privarse al penado; en cambio, la individualización nos señala, a

¹⁵⁶ Malo Camacho, Gustavo. *Op. cit.*, p. 651.

¹⁵⁷ Islas de González Mariscal, Olga. *Op. cit.*, 69.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

un mismo tiempo la medida de esa privación y el tratamiento resocializador al que debe someterse al responsable de un delito, pues marca el para qué se le hace objeto de esa privación.¹⁵⁹

De ahí que tanto la ley penal sustantiva, la ley penal adjetiva y la ley de ejecución penal, marcan límites y señalan objetivos del por qué y para qué se imponen sanciones penales, dentro de los límites legales en el caso concreto, y que en el caso de México, los ordenamientos aludidos se corresponden con el Código Penal Federal, el Código Nacional de Procedimientos Penales y la Ley Nacional de Ejecución Penal.

En consecuencia, debe abandonarse la idea de que en la individualización de sanciones existen tres etapas, una legal, una judicial y una administrativa, pues, las actividades judicial y administrativa se combinan para realizar la voluntad de la ley en el caso concreto; ¹⁶⁰ concepción que es acorde con el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual dispone en su tercer párrafo:

“Artículo 21.-

[...]

La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.”

El concepto de individualización es tan amplio que excede el marco del derecho penal, pues la ejecución penal es una parte de la individualización, pero su estudio da lugar a una disciplina completamente autónoma, cuya autonomía no se configura por ser una actividad administrativa, sino por la materia especializada que abarca. La determinación de la pena en el caso concreto, a través de la llamada individualización como concepto que abarca la labor judicial, consta de tres estamentos:¹⁶¹

¹⁵⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, pp. 272-273.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, p. 273.

¹⁶¹ *Ibíd.*, pp. 273- 274.

1. De la clase de pena (cuando se trata de conminaciones alternativas o facultativamente conjuntas),
2. De la cuantía de ellas dentro de los límites legales (cuando se trata de penas que admiten grados) y;
3. De la forma de imposición (cuando se debe elegir entre la imposición efectiva o la condena condicional) o de cumplimiento (como en el caso de la multa).

Por tanto, la individualización de las sanciones penales abarca la cuantificación, la selección y la ejecución de las penas. En cambio, a la actividad de determinación de sanciones por parte del juez se ha denominado como punición, para diferenciarla de la actividad que realiza el legislador a hora de fijar la sanción que corresponde a cada tipo penal (punibilidad), y para no confundirla con el momento en que se ejecuta al sentenciado la sanción impuesta por el juez (pena). La función de un juez penal es, en nuestro sistema jurídico, el dictar el veredicto del justiciable, fijar la pena al culpable de la conducta típica, siempre dentro del límite mínimo y máximo señalado en el tipo penal respectivo, y por último, en la etapa de ejecución de la pena, determinar si procede acortar o dejar íntegra la extensión.

De ahí que la punición es la medida de punibilidad impuesta por el juez a quien considera culpable de un delito, o, en otros términos, es la imposición judicial de una pena; está no puede confundirse –como lo han hecho los juristas- ni con la punibilidad ni con la pena. La punición es entonces la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general, y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad.

¹⁶² La existencia de reglas en la fijación de la pena por parte del juez, es lo que se denomina por la doctrina como individualización judicial de la pena, lo que se traduce, básicamente en una sanción al culpable de una conducta típica y antijurídica, la cual será ajustada entre el mínimo o máximo previsto en el tipo penal del que se le hace responsable.

¹⁶² Barreda Solórzano, Luis de la. *Op. cit.* p. 86 y 117.

2.4. Reglas para la individualización de sanciones

Una vez comprobados el delito o delitos perpetrados y la plena responsabilidad del acusado en su comisión, el juez debe fijar las penas y/o medidas de seguridad a las cuales se haya hecho acreedor,¹⁶³ y para ello deberá atender las disposiciones contenidas tanto en el Código Penal Federal como en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Se debe tomar como punto de partida, que para la determinación legal de las penas consta, existen dos momentos bien diferenciados:¹⁶⁴

a) El primer momento se refiere a la creación del derecho penal, en concreto, establecer las conminaciones penales para las conductas que conculquen las reglas de convivencia que protegen determinados valores de significación colectiva, lo que supone dictar normas de conducta que preserven aquellos valores y disponer del monopolio del poder o de la fuerza social para imponer el cumplimiento de tales normas y hacerlas efectivas con independencia y aun en contra de la voluntad de sus destinatarios, o sea, de los obligados por ellas, y;

b) El segundo momento consiste en la creación de las reglas que la ley da al juez para que éste, en cada caso concreto, imponga a cada individuo que haya intervenido en la producción de una conducta que conculque las reglas de convivencia colectiva, la sanción penal adecuada.

En síntesis, la determinación de sanciones penales pasa necesariamente por la creación de normas o reglas, unas destinadas a proteger ciertos valores a través de la amenaza penal y otras dirigidas a quién hace efectiva esa amenaza de sanción, es decir a los jueces. El juez debe ceñirse a las últimas reglas, al momento de aplicar sanciones.

¹⁶³ Loranca Muñoz, Carlos. *Op. cit.*, pp. 25-26.

¹⁶⁴ Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, citado por Baigún, David, García-Pablos, Antonio, Pierangeli, José H., y Zaffaroni, Eugenio Raúl (coordinadores). *De las penas*, Depalma ediciones, Buenos Aires, 1997, pp. 160-161.

El primer párrafo del artículo 51 del Código Penal Federal establece que los jueces y tribunales:

- a) Aplicarán las sanciones establecidas para cada delito dentro de los límites fijados por la ley;
- b) Deben tener en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución;
- c) Y también deben tener en cuenta las circunstancias peculiares del delincuente;

En tanto, el artículo 52 del Código Penal Federal (CPF) contiene tres criterios para determinar las sanciones al momento de individualizar la sanción penal:

- a) La gravedad del ilícito;
- b) El grado de culpabilidad del agente y;
- c) La calidad y condición de la víctima u ofendido;

Asimismo, dicho artículo enuncia un listado de factores para determinar la gravedad del ilícito, el grado de culpabilidad y la calidad y condición de la víctima u ofendido; tales fracciones disponen:

“I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito;

V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido;

y VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean

relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.”

En la coerción penal opera siempre que haya ciertas condiciones, que no siempre se ubican en el derecho penal sustantivo, sino que una buena parte de las mismas corresponden al derecho procesal penal. Conforme a esto, las condiciones de operatividad de la coerción penal pueden ser sustantivas o procesales.¹⁶⁵

De ahí que no sólo el Código Penal Federal establece las reglas sobre el cómo se determinará por el juez la cuantía de la sanción penal, sino que el Código Nacional de Procedimientos Penales establece en su artículo 410 dos criterios para individualizar la sanción penal:

- a) Gravedad del ilícito y
- b) Grado de culpabilidad

El primero de ellos es el criterio de la gravedad de la conducta típica y antijurídica, el cual se dispone que será determinado de la siguiente manera:

“Artículo 410. [...]”

La gravedad de la conducta típica y antijurídica estará determinada por el valor del bien jurídico, su grado de afectación, la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, los medios empleados, las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho, así como por la forma de intervención del sentenciado.”

El segundo criterio para individualizar sanciones y que el juez deberá tomar en consideración es el grado de culpabilidad, mismo que el artículo 410 del Código Nacional de Procedimiento Penales (CNPP) establece que se determinará en la forma siguiente:

“Artículo 410 [...]”

¹⁶⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 18.

El grado de culpabilidad estará determinado por el juicio de reproche, según el sentenciado haya tenido, bajo las circunstancias y características del hecho, la posibilidad concreta de comportarse de distinta manera y de respetar la norma jurídica quebrantada. Si en un mismo hecho intervinieron varias personas, cada una de ellas será sancionada de acuerdo con el grado de su propia culpabilidad.

“Para determinar el grado de culpabilidad también se tomarán en cuenta los motivos que impulsaron la conducta del sentenciado, las condiciones fisiológicas y psicológicas específicas en que se encontraba en el momento de la comisión del hecho, la edad, el nivel educativo, las costumbres, las condiciones sociales y culturales, así como los vínculos de parentesco, amistad o relación que guarde con la víctima u ofendido. Igualmente se tomarán en cuenta las demás circunstancias especiales del sentenciado, víctima u ofendido, siempre que resulten relevantes para la individualización de la sanción.”

Asimismo, enuncia los factores que se deben tomar en consideración por el juez para determinar tanto la gravedad del ilícito como el grado de culpabilidad, correspondiéndose con los factores enunciados por el artículo 52 del Código Penal Federal. Por tanto, si las reglas aplicables a la punición están ubicadas tanto en el Código Penal Federal como en el Código Nacional de Procedimientos Penales, dichas porciones legislativas se completan, pues forman parte de las reglas generales que los jueces deben observar al momento de punir.

Atendiendo a lo que dispone la legislación penal sustantiva y la adjetiva, en materia penal los criterios para la individualización de la sanción penal son únicamente: la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad.

Esto se sostiene con base en que las circunstancias exteriores de ejecución que se establecen en el artículo 51 del Código Penal Federal, son contempladas como un factor para determinar la gravedad del ilícito penal, según se dispone por el artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Por cuanto a las circunstancias peculiares del autor y a las circunstancias o condición de la víctima u ofendido, enunciadas en el artículo 51 y 52 del Código Penal Federal, los mismos constituyen factores para determinar el grado de culpabilidad, según se dispone por el artículo 410 del código adjetivo penal federal. En esa línea, primero debe establecerse el marco penal que aplicable por el Tribunal o Juez, para enseguida graduar la sanción penal con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente.

En consecuencia, para determinar la clase de sanción y su magnitud en el caso concreto, es preciso establecer la gravedad del injusto penal y el grado de culpabilidad,¹⁶⁶ lo cual se obtiene con las pruebas desahogadas dentro de la etapa de juicio oral o en su caso, de los datos que arroje la carpeta de investigación en tratándose del procedimiento abreviado. La ley penal deja en manos de los jueces determinar el quantum de la pena que al sujeto debe imponérsele,¹⁶⁷ tomando en cuenta la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad.

2.4.1 Marco penal concreto y aplicable

Por principio, el juzgador debe tomar en consideración las reglas generales contenidas en los artículos 51 a 56 del Código Penal Federal (CPF), los cuales establecen las pautas generales para aplicar sanciones en el caso concreto.

En consecuencia, es la ley penal es la que da las pautas para individualizar la sanción penal. En el primer párrafo del artículo 51 del Código Penal Federal (CPF), se dispone:

“Artículo 51.- Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; particularmente cuando se trate de indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan.

¹⁶⁶ Loranca Muñoz, Carlos. *Op cit.*, p. 25.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

Al analizar esta porción normativa encontramos que impone la obligación al juzgador de tomar en cuenta los marcos penales ya considerados por el legislador para los delitos en particular y de consumación dolosa. En cuanto al artículo 52 primer párrafo Código Penal Federal (CPF) dispone:

“Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito, la calidad y condición específica de la víctima u ofendido y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

Este párrafo alude al arbitrio judicial, es decir, a la facultad discrecional conferida al juez para determinar la clase y cuantía de la sanción penal; facultad que a la vez da libertad al juez para fijar la magnitud de la sanción penal, impone al mismo tiempo, la obligación al juzgador de basar su decisión en criterios objetivos y valorativos, siempre dentro de los límites que el marco penal contempla, de ahí que se diga que se trata de una discrecionalidad jurídicamente vinculada.¹⁶⁸

Para los delitos culposos, la tentativa, el concurso ideal o real de delito continuado, reincidencia, y error vencible, el marco de punibilidad se ajustará según la regla genérica prevista en el segundo párrafo del artículo 51 del Código Penal Federal (CPF) que dispone:

“Artículo 51 [...]

En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 -Bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días.”

¹⁶⁸ Jiménez Martínez, Javier. *Op. cit.*, p. 1006.

Esta regla implica que el marco penal aplicable para esos supuestos (culpa, tentativa, delito continuado, reincidencia, error vencible y concurso de delitos) será el que resulte de elevar o disminuir el término mínimo o máximo previsto para el delito doloso consumado, en la proporción que para cada caso se señale.

El marco penal para los delitos culposos se prevé en el primer párrafo del artículo 60 del Código Penal Federal (CPF):

*“**Artículo 60.**- En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de tres años de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso...”*

En cuanto a la aplicación de sanciones para la tentativa, el marco penal aplicable, en relación con el párrafo segundo del artículo 51, se ubica en el diverso numeral 63, ambos del Código Penal Federal (CPF), este último establece:

*“**Artículo 63.**- Al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario.*

En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior. En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.”

Para la aplicación de sanciones en caso de concurso ideal, concurso real y delito continuado es aplicable el artículo 64 del Código Penal Federal (CPF), teniendo como base el párrafo segundo del artículo 51 del citado ordenamiento legal. Dichas figuras tienen como marco penal de punibilidad establecido el siguiente:

“Artículo 64.- En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, siempre que las sanciones aplicables sean de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza, podrán imponerse las consecuencias jurídicas señaladas para los restantes delitos, con excepción de los casos en que uno de los delitos por los que exista concurso ideal sea de los contemplados en la Ley General para Prevenir y Sancionar los delitos en materia de Secuestro, y la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, ambas reglamentarias de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, supuestos en los cuales se aplicarán las reglas de concurso real.

En caso de concurso real, se impondrá la sanción del delito más grave, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero. Si las penas se impusieran en el mismo proceso o en distintos, pero si los hechos resultan conexos o similares, o derivado uno del otro, en todo caso las penas deberán contarse desde el momento en que se privó de libertad por el primer delito.

En caso de delito continuado, se aumentará la sanción penal hasta en una mitad de la correspondiente al máximo del delito cometido, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero.”

Y para la aplicación de sanciones en caso del error previsto en las fracciones a) y b), de la fracción VIII, del artículo 15 del Código Penal Federal (CPF), el marco penal

concreto dentro del cual se aplicarán las sanciones es el que se contiene en el artículo 66 en relación al 51, segundo párrafo del ordenamiento legal mencionado. Tal figura tiene como marco penal de punibilidad el siguiente:

“Artículo 66.- En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate.”

Por otra parte, el artículo 56 del Código Penal Federal (CPF) establece una regla aplicable al momento de la punición; esta regla es sobre la aplicación de la ley más favorable, lo que dispone en los términos siguientes:

“Artículo 56.- *La autoridad jurisdiccional competente aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma.”*

Así, el juez o tribunal al momento de individualizar la sentencia penal deberá aplicar la que resulte más favorable. De ahí que se actualice una oportunidad al juez penal para ejercer política criminal, al aplicar el principio de mínima intervención penal, pues en este caso, se busca aplicar la ley o norma penal que se traduzca en menos perjuicios al sujeto de condena, es decir, aquella que intervenga de forma menos lesiva los derechos del activo, actualizando el principio aludido. Si la individualización puede o no utilizarse como un instrumento de política criminal por el juez, Jesús María Silva Sánchez expresa lo siguiente:

Individualizar la pena sirve para ejercer política criminal, como una manera de alcanzar los fines del derecho penal, pues insiste en que no puede dudarse

*de que el juez hace política criminal, de modo especial en la individualización de la pena, donde en principio dispone de más libertad. Pero debería huirse de la tentación de pensar que ésta ha de ser una política criminal directa, esto es, en la que se consideraran de modo inmediato los fines del derecho penal.*¹⁶⁹

2.4.2.- Gravedad del ilícito

La gravedad del ilícito, denominado también como gravedad del injusto, significa la posibilidad y necesidad de graduar la gravedad, mayor o menor de la conducta típica y antijurídica. Tal valoración debe tomar en cuenta los aspectos objetivos y subjetivos relacionados con la conducta y resultados típicos.¹⁷⁰

El fundamento de la determinación de la pena es la significación del delito para el orden jurídico violado (contenido del injusto), y la gravedad del reproche que se hace al reo por el hecho cometido (contenido de la culpabilidad).¹⁷¹ Para Javier Martínez Jiménez, la magnitud del ilícito penal dependerá:¹⁷²

- a) Por la entidad del daño producido, que deberá tomar en cuenta el grado de las consecuencias materiales del delito (tanto como agravante o atenuante) y los daños producidos fuera del ámbito del tipo.
- b) En la tentativa y en los delitos de peligro, deberán considerarse el grado de puesta en peligro del objeto de acción protegido.
- c) Un efecto atenuante lo tienen los esfuerzos del reo por reparar el daño y la culpabilidad de la víctima.
- d) La forma de ejecución del hecho.
- e) La voluntad empleada en el hecho.

¹⁶⁹ Silva Sánchez, Jesús María. *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un esbozo*, InDret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, núm. 2, Abril, 2009, p. 4.

¹⁷⁰ Malo Camacho, Gustavo. *Op. cit.*, p. 664.

¹⁷¹ Jiménez Martínez, Javier. *Op. cit.*, p. 1000.

¹⁷² *Ibidem*.

El Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) establece que para determinar la gravedad del ilícito o conducta típica y antijurídica, el juez tomará en cuenta los siguientes factores:

- a) El valor del bien jurídico y su grado de afectación;
- b) La naturaleza dolosa o culposa de la conducta;
- c) Los medios empleados, las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho; y
- d) La forma de intervención del sentenciado.

Dichos factores se corresponden con los que contempla el artículo 52 del Código Penal Federal en sus fracciones I, II, III y IV, las cuales disponen:

“I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito;

2.4.2.1.- Magnitud del daño causado o puesta en peligro del bien jurídico

El primer factor se refiere a la magnitud del daño causado al bien jurídico¹⁷³ o (la magnitud) del peligro a que hubiere sido expuesto, tal como se especifica a continuación:

“I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;”

¹⁷³ El bien jurídico puede definirse como “...un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente en todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones” Welzel, Hans. *Derecho penal alemán, parte general*, traducción por Bustos Ramírez Juan y Yáñez Pérez, Sergio, editorial jurídica de Chile, 4ª edición, Chile, 1993, p. 5; o como “...toda entidad necesaria para la conservación de la persona y el desarrollo social. Entidad que el estado intenta proteger para hacer posible la convivencia y las relaciones intersubjetivas”; Jiménez Martínez, Javier. *Op. cit.*, p. 660.

Con base en esta fracción, el juez debe tomar en cuenta la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal. Orellana Wiarco lo denomina el desvalor del resultado y que la cuantificación del daño, va a incidir en la medida de la culpabilidad y por consecuencia de la pena.¹⁷⁴

Con bastante frecuencia, dice Zaffaroni, se apela a criterios ejemplarizantes confesos, o también a la alarma social provocada por el hecho, lo que resulta inconstitucional, puesto que la conducta de terceros ajenos al hecho (el número de los que cometen hechos semejantes o la notoriedad periodística) no puede imputarse a la conducta del procesado.¹⁷⁵

Por su parte, Carlos Loranca Muñoz sostiene que la mayoría de los tipos penales, estos aspectos (magnitud del daño o del peligro) ya se encuentran previstos en ley, pues el legislador los tomó en consideración para graduar la punibilidad al establecer sanciones de mayor cuantía y gravedad para aquellas conductas que causan un mayor daño o ponen en un mayor riesgo al bien jurídicamente tutelado.¹⁷⁶

En todo caso, para obtener la gravedad del ilícito penal en los delitos culposos, el juez deberá ponderar entre un mínimo y un máximo el grado o la proporción de la puesta en peligro o la magnitud del bien jurídico tutelado, dada la existencia de un marco de punibilidad que establece límites mínimos y límites máximos de la pena.¹⁷⁷

2.4.2.2.- Naturaleza de la acción y medios empleados

La fracción II del artículo 52 del Código Penal Federal (CPF) establece:

“II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;”

¹⁷⁴ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *La individualización de la pena de prisión*, Op. cit., p. 177.

¹⁷⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 272.

¹⁷⁶ Loranca Muñoz, Carlos. *Op. cit.*, p. 81.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 82.

Se considera que el legislador quiso referirse a las clases de dolo o culpa materializados para violar la norma penal.¹⁷⁸ Recordemos que la culpa sólo puede existir para las conductas típicas señaladas por el segundo párrafo del artículo 60 del Código Penal Federal (CPF) que textualmente dispone:

“Artículo 60.- [...]

Las sanciones por delitos culposos sólo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199 Bis, 289, parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397, 399, 414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado, 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado, 416, 420, fracciones I, II, III y V, y 420 Bis, fracciones I, II y IV de este Código.”

Por lo que hace a la naturaleza dolosa de la acción, el dolo es conocimiento y voluntad de realización de todos los elementos objetivos del tipo; es el conocimiento y el querer de la parte objetiva y valorativa del tipo, es querer el resultado típico, en todo su ámbito situacional, es la voluntad de realizar el tipo objetivo. Es una voluntad que presupone el conocimiento, por esto, se afirma que el dolo es representación y voluntad.¹⁷⁹

El artículo 9 del Código Penal Federal establece que obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.

El dolo tiene graduaciones, es decir, se agrava o atenúa la intención del comportamiento frente a la norma penal, en la medida en que se den sus elementos con mayor o menor intensidad.¹⁸⁰

Hay tres clases de dolo: a) Dolo directo. En esta clase de dolo el autor quiere realizar precisamente el resultado prohibido (delitos de resultado) en el tipo penal o la

¹⁷⁸ *Ibíd.*, p. 94.

¹⁷⁹ Jiménez Martínez, Javier. *Op. cit.*, p. 703.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, p. 711.

acción típica en los delitos de simple actividad);¹⁸¹ b) Dolo indirecto o de consecuencia necesaria. Se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho;¹⁸² c) Dolo eventual. El autor considera como posible un resultado delictuoso y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.¹⁸³

Por lo que hace a la naturaleza culposa de la acción, existe culpa cuando se realiza una conducta sin encaminar la producción de un resultado típico, pero este surge a pesar de ser previsible y evitable, por no hacer efectivas, por imprudencia o por negligencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas,¹⁸⁴ esto es, el resultado típico no querido ni buscado, se presenta como consecuencia de la violación del deber de cuidado que las condiciones y circunstancias a que estaba obligado el agente.¹⁸⁵

En tratándose de delitos culposos, la naturaleza de la acción u omisión, la culpa puede representarse en forma grave y leve. La culpa grave se da cuando el activo se representa el resultado como posible, en cambio la culpa leve se presenta cuando el resultado, siendo previsible, no fue previsto por el activo.¹⁸⁶ En ese sentido, la culpa grave se corresponde con la que Castellanos Tena conceptúa como culpa consciente con previsión o representación, la cual existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no se producirá, esto es, existe voluntad de la conducta y representación del resultado previsible; la culpa leve corresponde a la denominada culpa inconsciente sin previsión o

¹⁸¹ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, Temis, Colombia, 1990, P.58

¹⁸² Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos elementales de derecho penal*, Porrúa, 43ª edición, México, 2002, p. 239.

¹⁸³ *Ibidem*, pp. 239-240.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 248.

¹⁸⁵ Jiménez Martínez, Javier. *Op. cit.*, p. 749

¹⁸⁶ Loranca Muñoz, Carlos. *Op. cit.*, p. 94.

sin representación, y es aquélla en la cual existe voluntad de la conducta, pero no hay representación de algún resultado típico de naturaleza previsible.¹⁸⁷

El artículo 9 del Código Penal Federal (CPF) en su segundo párrafo establece

“Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible, o previó, confiado en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”

El marco penal de la culpa está señalado como ya apuntamos en el primer párrafo del artículo 60 del Código Penal Federal, pero el marco penal para la culpa grave está señalado en el tercer párrafo del citado artículo:

“Artículo 60.- [...]

Cuando a consecuencia de actos u omisiones culposos, calificados como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de cualesquiera otros transportes de servicio público federal o local, se caucen (sic) homicidios de dos o más personas, la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza. Igual pena se impondrá cuando se trate de transporte de servicio escolar.”

Aunado a lo anterior, el juez penal debe ceñirse además a otras circunstancias concretas previstas por el legislador en la segunda parte del artículo 60 del Código Penal Federal y que inciden en la calificación legal de la conducta:

“Artículo 60.- [...]

La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes:

I.- La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;

¹⁸⁷ Castellanos Tena, Fernando. *Op. cit.*, p. 249.

II.- El deber del cuidado del inculpado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan;

III.- Si el inculpado ha delinquirido anteriormente en circunstancias semejantes;

IV.- Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios, y

V.- El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos.”

Esta naturaleza de la conducta (dolosa o culposa) es un factor para determinar la gravedad del ilícito que debe tomarse en cuenta por el juez penal, lo que va en relación directa con el tipo de dolo empleado y con la forma de la culpa que en caso concreto se determine.

Aunado a lo anterior, el juez deberá tomar en consideración para aumentar o disminuir esa gravedad del ilícito, los medios de ejecución del delito, siempre y cuando esos medios empleados para ejecutar el delito no formen parte de la descripción legal del tipo básico o complementario, o se contemplen por alguna circunstancia agravante en ley.

2.4.2.3.- Circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado

La fracción III del artículo 52 del Código Penal Federal (CPF) establece:

“III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;”

Se refieren a las circunstancias que rodean el hecho delictivo, por ejemplo, si se ejecutó de día, de noche, en casa habitación, lugar cerrado, vía pública, paraje solitario, domicilio, lugar de trabajo, en tránsito, por engaño, por error del pasivo, o por la situación de la víctima, la alarma social o catástrofe por inundación, incendio, terremoto etcétera.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *La individualización de la pena de prisión*, Op. cit., p. 177.

Conviene precisar que tales circunstancias únicamente podrán ser factor para aumentar la gravedad del injusto y por consecuencia, incidir en la medida de la pena, siempre que no estén reguladas o legisladas como agravantes de la conducta básica.¹⁸⁹

2.4.2.4.- Forma y grado de intervención del agente

La fracción IV del artículo 52 del Código Penal Federal (CPF) establece:

“IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito;”

El sujeto activo es toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos del tipo penal.¹⁹⁰ El código penal federal en su artículo 13 dispone:

“Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su realización.

II.- Los que los realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y

VIII.- los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código.”

¹⁸⁹ Loranca Muñoz Carlos. Op. cit., pp. 96 -97.

¹⁹⁰ Islas de González Mariscal. Op. cit., p. 33.

De aquí se obtiene que salvo las fracciones VI, VII y VIII del artículo 13 del Código Penal Federal (CPF), el juzgador podrá aumentar o disminuir las sanciones, con base en la forma y el grado de participación del agente, al no estar regulado en ley un marco penal concreto. En ese tenor, quién se encuentre en las fracciones aludidas deberá contar a su favor con la regla empleada por el artículo 64 bis del Código Penal Federal (CPF) que dispone:

“Artículo 64 Bis.- En los casos previstos por las fracciones VI, VII y VIII del artículo 13, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva.”

Sin que en estos casos, se pueda asignarse a la forma y grado de participación fuera de los marcos penales que específicamente previó el legislador.

2.4.3.- Grado de culpabilidad

En el grado de culpabilidad, lo que importa para la determinación de la pena es constar el grado de fuerza del motivo e indagar su valor ético, así como la cualidad ética de las metas que el reo persigue. Valoraciones que deben ser hechas conforme a la conciencia valorativa de la comunidad.¹⁹¹ Así, por culpabilidad se entiende el conjunto de presupuestos o caracteres que debe tener una conducta para que le sea reprochada jurídicamente a su autor, ésta se entiende como el elemento subjetivo del delito que comprende el juicio de reproche por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley.

El artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) dispone que el grado de culpabilidad estará determinado por el juicio de reproche, según el sentenciado haya tenido, bajo las circunstancias y características del hecho, la posibilidad concreta de comportarse de distinta manera y de respetar la norma jurídica quebrantada. Si en un mismo hecho intervinieron varias personas, cada una de ellas

¹⁹¹ *Ibidem*, p.1001.

será sancionada de acuerdo con el grado de su propia culpabilidad. Para determinar el grado de culpabilidad también se tomarán en cuenta los siguientes factores:

- a) Los motivos que impulsaron la conducta del sentenciado (fracción V del artículo 52 del Código Nacional del Procedimientos Penales)
- b) Las condiciones fisiológicas y psicológicas específicas en que se encontraba en el momento de la comisión del hecho (fracción VII del artículo 52 del Código Penal Federa);
- c) La edad, el nivel educativo, las costumbres, las condiciones sociales y culturales, así como los vínculos de parentesco, amistad o relación que guarde con la víctima u ofendido (fracción V del artículo 52 del Código Penal Federal);
- d) Igualmente se tomarán en cuenta las demás circunstancias especiales del sentenciado, víctima u ofendido, siempre que resulten relevantes para la individualización de la sanción.

Dichos factores se corresponden con los que contempla el artículo 52 del Código Penal Federal (CPF) en sus fracciones V y VII, las cuales disponen:

V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido;
y

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.”

El artículo 51 del Código Penal Federal (CPF), hace referencia a la condición de la víctima u ofendido, que con base en el artículo 410 del Código Nacional de

Procedimientos Penales (CNPP) es un factor para determinar el grado de culpabilidad del agente.

Asimismo, el artículo 52 en su fracción VI establece como factor no contemplado de forma específica por el código procesal penal, la conducta posterior del acusado con relación al delito cometido.

2.4.3.1.- El juicio de reproche

El surgimiento del concepto de culpabilidad clausuró en cierto modo la época del pensamiento penal primitivo, en la que imperaba la mera responsabilidad por el resultado y, en consecuencia, el juicio de imputación se afirmaba sobre la base de la simple ejecución material del hecho punible; bastaba entonces, la comprobación de un nexo de pura causalidad material (relación de producción), prescindiendo en forma absoluta de todo contenido subjetivo.¹⁹²

Antes de la introducción del modelo naturalístico de culpabilidad o denominada culpabilidad psicológica, dominaba en la doctrina, ya en principio normativa, el modelo de la imputación jurídica, derivada de la época del iusnaturalismo, y la doctrina hegeliana de la acción, no menos normativa. Bajo la influencia de Liszt, el concepto naturalístico de la culpabilidad, entendida como la relación subjetiva con el hecho, alcanzaba una cierta afirmación, la más antigua de las concepciones de culpabilidad, en esencia de la libertad de querer, fue todavía sostenida por la escuela clásica. Aún se construía un modelo jurídico conceptual del concepto de culpabilidad como género, privado aún de contenido para dolo y culpa; de ahí que en ese periodo se carecía de un concepto formal de culpabilidad.¹⁹³

Aún con la evolución que representaba la teoría psicológica, ésta no dominó absolutamente el siglo diecinueve, ni los últimos decenios de éste. Era simplemente la

¹⁹² Fernández, Gonzalo D. *Culpabilidad y teoría del delito*, B de F, Argentina, 1995, p. 137.

¹⁹³ Villareal Palos, Arturo. *Culpabilidad y Pena*, Porrúa, 2ª edición, México, 2001, p. 4.

concepción sostenida por la escuela naturalística, con Von Liszt a la cabeza, del nuevo concepto sistemático de culpabilidad. Constituye una simplificación útil para fines didácticos, pues el concepto de culpabilidad, si bien no fue totalmente desconocido en la antigüedad, no fue diferenciado del claramente de la antijuridicidad sino hasta finales del siglo diecinueve, constituyéndose como elemento autónomo del delito, lo cual ocurre hasta el momento en que la teoría psicológica se empieza a formular y por ello se le toma como punto de partida para la discusión doctrinal.¹⁹⁴

En primer término hay que decir que la culpabilidad se entendió como una relación psicológica entre el autor y su auto. Liszt y Beling desarrollaron el concepto psicológico de la culpabilidad, tomando como base el concepto causal naturalístico de la acción y el positivismo del siglo diecinueve.¹⁹⁵ Para Javier Martínez Jiménez, la culpabilidad psicológica también fue producto del trabajo de Von Buri, Löffler, Kohlrauch y Radabruh.¹⁹⁶

En su concepción psicológica, la culpabilidad constituye la acción subjetiva existente entre el acto y el autor, de ahí que dicha relación sólo pueda ser de naturaleza psicológica. El acto culpable es la acción dolosa o culposa del individuo imputable, presentándose la imputabilidad como presupuesto necesario de la culpabilidad, la cual tiene dos especies: dolo o culpa.¹⁹⁷ Así, la culpabilidad psicológica se puede definir como una relación psicológica entre la voluntad del autor y el resultado con sus dos especies o grados: dolo o culpa.¹⁹⁸

Ernst Beling, en 1906, sostenía que la culpabilidad constituye “...*la relación psíquica del autor con el hecho en su significación objetiva, en el reflejo anímico de la realidad;*”¹⁹⁹ sin la posibilidad de admitir un requisito adicional. Si bien, para 1930, en la

¹⁹⁴ Ibídem.

¹⁹⁵ Ibídem, p. 3.

¹⁹⁶ Martínez Jiménez, Javier. *Op. cit.*, p. 1014.

¹⁹⁷ Villareal Palos, Arturo. *Op. cit.*, p. 3.

¹⁹⁸ Jiménez Martínez, Javier. *Op. cit.*, p. 1014.

¹⁹⁹ Villareal Palos, Arturo. *Op. cit.*, p. 3.

décima primera edición de su Esquema del derecho penal, aceptó la concepción normativa de la culpabilidad, pues sostuvo:

*...el juicio de que alguien ha actuado “culpablemente” expresa un juicio valorativo sobre la fase interna (espiritual o “subjetiva”) de la acción: en la subjetividad del autor no se ha examinado como debiera haberse hecho, conforme a las exigencias del orden jurídico, y por eso, por esa deficiencia, le es “reprochable” su acción.*²⁰⁰

Radbruch establecía que se trataba de un “...estado anímico en el cual una acción se aparece como la característica del actuante y deja mostrar la característica de una acción, basada en ese estado de ánimo.”²⁰¹ Habrá culpabilidad jurídico penal cuando pueda establecerse una relación subjetiva entre el acto y su autor, por la que se determine que el acontecimiento típico y antijurídico fue cometido dolosa o culposamente.²⁰² Por ello, si la culpabilidad es la relación psicológica entre el autor con su hecho, entonces se puede decir que hay distintos grados psicológicos del hombre, los que dan origen a los grados o especies de la culpabilidad: dolo y culpa.²⁰³ El dolo es concebido en la culpabilidad psicológica como la representación del resultado que acompaña a la manifestación de voluntad.²⁰⁴ En la culpa, el sujeto no sabe que se producirá el resultado, o bien espera que este no se produzca. El no saber o el no querer son las características psíquicas que muestran la presencia de la culpa,²⁰⁵ existiendo tal, cuando se realiza una conducta sin encaminar la voluntad a la

²⁰⁰ Ibídem.

²⁰¹ Donna, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la pena, tomo I*, Astrea, Argentina, 1992, pp. 86-87.

²⁰² Jiménez Martínez, Javier. *Op. cit.*, p. 1015.

²⁰³ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. *Op. cit.*, p. 445.

²⁰⁴ Javier Jiménez Martínez, al explicar la culpabilidad psicológica conceptúa al dolo como la “...producción de un resultado, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias del hecho y del curso esencial de la relación de casualidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con la representación del resultado que se quiere o se ratifica”. Jiménez Martínez, Javier. *Op. cit.*, p. 1016.

²⁰⁵ Villareal Palos, Arturo. *Op. cit.*, p. 16.

producción de un resultado típico, por negligencia o por imprudencia; es decir, sin tomar las cautelas o precauciones legalmente exigidas.²⁰⁶

Lo decisivo para la existencia del dolo no consiste en la representación pura y simple, sino en la relación de esta con el acto voluntario, en la actitud del sujeto frente a esa representación, la cual puede graduarse con base a la intensidad volitiva. Así, en la culpabilidad psicológica existen tres clases de dolo: a) dolo directo; b) dolo indirecto; y c) dolo eventual.²⁰⁷

Por cuanto a la culpa, existen dos clases: a) culpa consciente, con representación o con previsión; y b) culpa inconsciente, sin representación o sin previsión. La culpa consciente se da cuando el autor se representó el resultado de su acto, pero no asiente en él sino que confía en que no ha de producirse y en esa inteligencia obra. En cambio, habrá culpa inconsciente cuando el autor, al obrar con negligencia o imprudencia, no se representó el resultado delictuoso de su acción.²⁰⁸

En la teoría psicológica de la culpabilidad, únicamente se podría excluir la culpabilidad cuando no exista el conocimiento de la criminalidad del acto o no se haya procedido con libertad. Lo que destruye o vicia el consentimiento es el error; lo que vicia o destruye la voluntad, porque altera las condiciones de libre expresión lo que vicia o destruye la propia personalidad es la coacción. De esta manera, las causas de inculpabilidad son: a) el error; y b) la coacción. El error se divide en error de hecho y error de derecho; la coacción en coacción absoluta y coacción moral.²⁰⁹

El siguiente desarrollo de la culpabilidad se dio cuando se le vinculó con una norma jurídica, ante la imposibilidad de explicar una relación psicológica en los casos de culpa inconsciente o en aquellos en donde existiendo, se excluían de sanción ante

²⁰⁶ Jiménez Martínez, Javier. *Op. cit.*, p.1020.

²⁰⁷ *Ibíd.*, p. 1019.

²⁰⁸ *Ibíd.*, p. 1020.

²⁰⁹ El error es un conocimiento defectuoso; en la teoría psicológica la ignorancia y el error no se distinguen en cuanto a sus consecuencias jurídicas; pues la ignorancia es puro no saber y el error es saber mal. El error puede ser de dos clases: a) error de hecho; referido al error de alguno de los elementos de hecho que conciernen al delito; y b) error de derecho, referente al error de los elementos de la norma jurídica. *Ibíd.*, pp. 1024-1029.

una aparente falta de culpabilidad; este desarrollo es denominado como el de la culpabilidad normativa mixta o compleja. El defecto atribuido a la concepción psicológica se centra en que no podía explicar porque en los casos donde no hay relación psicológica (de culpa inconsciente), subsiste la culpabilidad, e, inversamente, porque en los supuestos de vis compulsiva (coacción psíquica), donde no se desvanece el nexo psicológico, queda insubsistente la culpabilidad.²¹⁰ La culpa es un concepto susceptible de aumento o disminución; hay una culpa más grave y una más leve. Pero la relación psíquica con el resultado no puede ser graduada. No existe un dolo más grave y uno más leve. Esto conduce a Frank a descubrir el elemento normativo de la culpa: la reprochabilidad.²¹¹

Reinhard von Frank planteó que la culpabilidad es reprochabilidad. Para este autor el concepto psicológico de culpabilidad limita su noción a una faz interna, lo que deja fuera de explicación ciertas situaciones que influyen en la medición de la culpabilidad independientes del dolo o la culpa. Concluyó que para medir la culpabilidad se traen a cuenta factores que están fuera del dolo (o la culpa), mismos a los que denominó como circunstancias concomitantes a la acción del autor.²¹²

Así, Frank estableció que si esas circunstancias concomitantes pueden atenuar la culpabilidad, no hay razón alguna para que no puedan excluirla, esto es, reconocer que la culpabilidad puede ser inexistente ante la presencia de ciertas circunstancias en las cuales la acción fue emprendida, tal como sucede en el estado de necesidad, en el cual subsiste la relación psíquica, pues “...*el que obra en estado de necesidad sabe lo*

²¹⁰ Villareal Palos, Arturo. *Op. cit.*, p. 4.

²¹¹ Welzel, Hans. *Teoría de la acción finalista*, Depalma, Argentina, 1951, p. 32.

²¹² Una de estas situaciones que no serían parte del dolo o la culpa y que pueden influir en la medida de la culpabilidad son los motivos que impulsaron al autor del delito, como se ve en el ejemplo que da Reinhard Frank, en el cual un cajero perteneciente a una empresa y un cartero repartidor de valores, cometen una defraudación; pero mientras el primero lo hace para mantener a sus amantes dispendiosas, el segundo, quien tiene un sueldo que apenas cubre sus necesidades elementales, lo hace porque tiene a su esposa enferma y numerosos hijos pequeños. En ambos casos, existe dolo, sin embargo, no se puede decir que en ambos casos se alcanza el mismo grado de culpabilidad. Frank, Reinhard. *Op. cit.*, pp. 9-14.

que hace;” estado de necesidad que a su juicio no se puede explicar por lo que denomina la doctrina tradicional (culpabilidad psicológica).²¹³

Para Frank la imputabilidad no es un presupuesto de la culpabilidad, sino un elemento de la misma, pues explica que el enfermo mental puede querer la acción, incluso tener representación de que es delictuosa y tener el conocimiento de lo que es delito. Frank lo expresó en estos términos:

*...la doctrina dominante fija el concepto de culpabilidad de manera que ella solamente comprende los conceptos de dolo e imprudencia. Por el contrario, es preciso concebirlo de tal modo que tome en consideración las circunstancias concomitantes y la imputabilidad.*²¹⁴

De ahí, para este autor para que la culpabilidad exista, deben darse estos requisitos: a) Imputabilidad; b) Dolo o imprudencia; c) Circunstancias concomitantes.

Sin tales requisitos no existiría la conducta culpable, pero su actualización haría a esa conducta reprochable. Esto lo expresa en los términos siguientes:

*Buscando una expresión breve que contenga en sí todos los elementos referidos del concepto de culpabilidad, no encuentro otra más que reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. La expresión no es bella pero no conozco otra mejor.*²¹⁵

Con posterioridad, Frank abandonaría esta posición originaria y tendría cuatro posturas adicionales (1911, 1914, 1924-1926, y 1929).²¹⁶ Así, para 1911, sustituyó el concepto de circunstancias concomitantes y modificó la estructura de la culpabilidad que había formulado inicialmente en 1907. Así el autor define a la culpabilidad como reprochabilidad de una conducta antijurídica según libertad, fin y significado conocido o cognoscible; en 1914 abandona la motivación normal como elemento positivo de la culpabilidad; para 1924, de nueva cuenta aparece como elemento positivo de la

²¹³ *Ibíd.*, p. 16-18.

²¹⁴ *Ibíd.*, p. 26.

²¹⁵ *Ibíd.*, pp. 28-29.

²¹⁶ Jiménez Martínez, Javier. *Op. cit.*, pp. 1053-1054.

culpabilidad la libertad o el dominio sobre el hecho; por último, en 1929, agrega el fin en la definición de culpabilidad, de cual sostuvo que era reprochabilidad de una conducta antijurídica según libertad y significado conocido o cognoscible.²¹⁷

Para Goldschmidt, la evolución del concepto de culpabilidad y sus consecuencias en la obra de Frank expone que en 1907, por primera vez califica la culpabilidad como reprochabilidad y considera como presupuesto suyo, además de la imputabilidad del dolo o de la culpa, el estado de normalidad de las circunstancias bajo las que el autor obra, si ello falta, se actualiza una causa de exclusión de la culpabilidad; el cambio fundamental entre el primer y segundo estadio fue reemplazó la denominación de circunstancias normales concomitantes por el término de la motivación normal, dadas las críticas de que tales circunstancias podrían representar a lo sumo un elemento de la culpabilidad en su reflejo subjetivo. Para 1914, abandona la motivación normal como elemento positivo de la culpabilidad. Sin embargo, excepcionalmente no existirá culpabilidad, a pesar de existir imputabilidad y motivación incorrecta (dolo o culpa), si concurre una causa de exculpación o de exclusión de la culpabilidad, como sucede en el estado de necesidad. Además en la culpa, también existirían cierto número de excepciones, las cuales se observan en su definición. Tales excepciones resultarían del grado de las exigencias puestas a la voluntad; y ese grado dependería de las circunstancias concomitantes, lo que terminaría a su vez el grado de exigibilidad. Para 1924-1926, coloca al dolo y a la culpa como elemento positivo de la culpabilidad, así como la libertad o el dominio sobre el hecho, el que, sin embargo, faltaría en relación al dolo en ciertos supuestos.²¹⁸

A causa de esta readmisión de ese elemento positivo de la culpabilidad (libertad), Frank declara superfluo o aun peligroso el concepto de las causas de exclusión de la culpabilidad. Tal elemento positivo haría posible la graduación de la culpabilidad, en la

²¹⁷ *Ibíd.*

²¹⁸ De acuerdo con Goldschmidt, el concepto del dominio del hecho viene de Hegler, quien lo concibe como la totalidad de los presupuestos psicológicos de la culpabilidad. Goldschmidt, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*, traducción de Goldschmidt Margarethe de y Núñez, Ricardo C., B de f, 2ª edición, Argentina, 2002, pp. 84-85.

cual, sin embargo, también influiría el fin del autor. Para 1929, no solo mantiene este punto de vista, sino que lo subraya introduciendo el fin en la definición de culpabilidad que se define como “*reprochabilidad de una conducta antijurídica según libertad, fin y significado conocido o cognoscible*”. Con ello, se expone, que la reprochabilidad de una conducta de alguien presupone una obligación de omitir tal conducta. Empero, se niega que de este modo se exija una culpabilidad ética y que la culpabilidad constituya un vicio del carácter.²¹⁹

Así la estructura de la culpabilidad en Frank es la siguiente:

Elementos de la culpabilidad: a) imputabilidad (integrada por la imputabilidad y su aspecto contrario, la inimputabilidad); b) las formas de culpabilidad (dolo y culpa); y c) la libertad o dominio del hecho.²²⁰

Goldschmidt excluye la motivación normal o aun las circunstancias concomitantes como elementos normativos de la culpabilidad. Afirma que la motivación normal es un elemento psíquico de la culpabilidad, lo mismo que las demás partes integrantes del dominio sobre el hecho, esto es, la imputabilidad y el dolo o la culpa, esta última sin perjuicio de su especial contrariedad a la norma.²²¹

²¹⁹ Ibídem, pp. 85-86.

²²⁰ Jiménez Martínez, Javier. *Op. cit.*, p. 1034.

²²¹ Goldschmidt refiere que la motivación normal siempre ha de ser sólo la base psíquica de la reprochabilidad, esto es, de la característica normativa de la culpabilidad. La característica normativa de la culpabilidad debe ser siempre una vinculación normativa del hecho psíquico, dejando claro que no comparte las tesis que definen la culpabilidad como el juicio de desvalor pronunciado sobre el estado anímico. La característica normativa de la culpabilidad es el sentido de este juicio de desvalor, esto es, la relación modal, en la que el estado anímico, o sea la motivación, está frente a la escala de valores aplicada y esa relación modal llega a ser, una calidad de motivación por cuanto a que censurable. La escala que mide el valor o desvalor de la motivación están constituidas por las mismas normas de derecho. Para Goldschmidt, a lado de una norma derecho que determina la conducta exterior, hay una norma de deber que exige una correspondiente conducta interior. Esa norma de deber que manda al particular a motivarse por representaciones de valor jurídico, no se dirige a los sentimientos, sino a la voluntad de actuación. Es una norma de lucha, pues la norma de deber sólo es observada si el motivo de deber se ha mantenido contra los motivos que se le han opuesto y solo se ha violado si ha sucumbido, lo que ocurre cuando se realiza una actuación de voluntad contraria al deber, dirigida hacia un resultado antijurídico. En relación a la crítica que se hace sobre la función de la norma de deber, expresa que hay dos clases de normas bien diferenciadas entre sí. Una norma jurídica de acción que se refiere a la conducta exterior, a la causalidad, y otra clase, la norma jurídica de deber que se refiere a la conducta interior, a la motivación; ambas clases de normas se diferencian en relación a su contenido.

Para este autor, sólo las normas jurídicas pueden constituir la fuente de causas de exculpación y por consecuencia, únicamente objeciones terminológicas pueden ser opuestas a la introducción de las normas del deber. Como tal se podría hacer valer que las normas que reglan las causas de exculpación constituyen, precisamente, las excepciones de las normas de deber. Estas normas de deber en el sentido más amplio, esto es, con las excepciones hechas de ellas, dan el límite extremo de las exigencias puestas a la motivación, o sea la exigibilidad. El no hacerse motivar por la representación del deber a pesar de la exigibilidad es contrariedad al deber, o como lo expresó Frank, reprochabilidad. “...*Culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico es la atribución de tal hecho a una motivación reprochable*”. Nótese como Goldschmidt reprocha la motivación que ha conducido al hecho antijurídico, y no reprocha el hecho antijurídico en sí; por consiguiente “...*la exigibilidad es un deber, que presupone un poder en cuanto hay un dominio sobre el hecho, o sea imputabilidad, significado conocido o cognoscible (esto es dolo o culpa) y motivación normal.*” De ahí que la exigibilidad encuentra su fundamento en el total supuesto de hecho psíquico de la culpabilidad. En cuanto a la reprochabilidad, esta es un querer que no deber ser. En sentido estricto, hasta el significado conocido o conocido o cognoscible de la conducta antijurídica es sólo presupuesto y no elemento de la motivación reprochable. Pues ésta consiste en la reprochable no motivación de la voluntad por la representación del deber. Así Goldschmidt difiere de Frank pues concibe a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad y no como un elemento de ésta; asimismo, admite que tanto dolo y culpa son grados de la culpabilidad y no sus especies; y que la gravedad de la culpabilidad dependerá de la medida de libertad. Así, la libertad (supuesto psicológico de existencia de la culpabilidad) es un factor que determina la gravedad de la culpabilidad.²²²

Así, el sujeto tiene el deber de comportarse conforme al ordenamiento jurídico, pero actúa de forma contraria, y ese actuar antijurídico le es reprochable en la medida

Las normas jurídicas de acción pueden ser prohibiciones o mandatos, las normas de deber son por principio, mandatos. Cfr. Goldschmidt, James. *Op. cit.*, pp. 91-100.

²²² Cfr., ibídem, pp. 102-106.

que pudo obrar conforme al ordenamiento y teniendo el dominio del hecho, actuó culpablemente.²²³

La estructura de culpabilidad que maneja Goldschmidt tiene como presupuesto a la imputabilidad y está integrada por tres elementos: a) dominio del hecho (dolo y culpa); b) Significado conocido o cognoscente; y c) motivación normal (contrariedad del deber).

Para Mezger, la culpabilidad es el conjunto de presupuestos de la pena fundamentan frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente. La culpabilidad en derecho penal no es culpabilidad de conciencia, sino tan solo imputación de la acción a una determinada persona como causante.²²⁴

Para este autor, los elementos que conformaban la culpabilidad eran: a) una determinada disposición o estado de la personalidad del agente (imputabilidad); b) una determinada referencia psicológica del autor del acto (dolo o culpa, entendidas como las formas de la culpabilidad); y, c) una determinada configuración de las circunstancias internas y externas de la acción (la ausencia de alguna causa de exclusión de culpabilidad).²²⁵

Se establece la culpabilidad como la entendían Mezger, Goldschmidt y Frank era mixta porque en ella aparecen elementos psicológicos y elementos normativos.

Jiménez Martínez define a la culpabilidad mixta de la siguiente forma:

La culpabilidad, deja de ser una mera relación psíquica entre el autor con su hecho en la que se encuentran el dolo y la culpa e incorpora el juicio de reproche. La culpabilidad es un juicio de reproche que se le hace al autor por haber realizado un hecho típico y antijurídico, pudiendo haber actuado

²²³ Jiménez Martínez, Javier. *Op. cit.*, p. 1035.

²²⁴ Mezger, Edmundo. *Tratados de derecho penal, tomo II*, traducción de Rodríguez Muñoz, José Arturo, Revista de privado, 2ª edición, España, 1946, p. 1-9.

²²⁵ *Ibidem*, pp. 37-42.

*conforme a lo que ordena el derecho; además de tener un contenido determinado de carácter psicológico es un juicio de desvalor. La culpabilidad es reproche, el dolo y la culpa son formas de ella.*²²⁶

Por lo que hace al elemento positivo de la culpabilidad y que consiste en la exigibilidad de obediencia al derecho, se explica porque la culpabilidad mixta supone la violación a una norma de deber. Así, surge del juicio de reproche que se hace a la conducta y para el cual se toma en consideración la norma de deber y la motivación.²²⁷

Cuando a una persona se puede exigir que se hubiera motivado por la norma de deber y no hace, tal persona es reprochable, pero sí, por el contrario, no se le pudiera exigir dicha motivación, no habría reprochabilidad, y por consiguiente, no habría culpabilidad. Por ello, la gravedad de la culpabilidad depende también de la medida de la libertad.²²⁸

El aspecto negativo de la exigibilidad de la obediencia de un deber es la no exigibilidad de otra conducta. Inicialmente se entendía esta causa como genérica y de exculpación supra-legal, pues se consideraba que operaba con independencia de las eximentes legales.²²⁹ Para algunos autores como Jescheck, Mezger y Wessels, esta causa de exculpación supra-legal operaría en los supuestos de colisión de deberes que son jurídicamente irresolubles; por ejemplo, en el caso de naufragio, en donde el padre sólo puede salvar a uno de sus dos hijos que se encontraban en el mismo peligro de perecer, o el del médico que, tras del accidente elige salvar a un herido grave, conectándolo a un pulmón artificial, en tanto que el mismo individuo que gozaba de las mismas posibilidades de sobrevivir, perece. En ambas situaciones el autor encuentra que el cumplimiento de uno de los deberes es tan importante como el otro y cualquiera que sea la conducta que tome, resultará antijurídica, siendo irresoluble por esa vía. Por ello, propone el primero de los autores, tales caso deben ser resolverse en el ámbito de

²²⁶ Jiménez Martínez, Javier. *Op. cit.*, p. 1038.

²²⁷ *Ibidem*, p. 1041.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ Villareal Palos, Arturo. *Op. cit.*, p 19.

la culpabilidad, pues el sujeto resultaría exculpado, pues su actuar ocurre con una notable disminución del injusto, dado el cumplimiento del deber que llevo a cabo; y dado que, en los casos de colisión de deberes irresolubles no cabe exigir más que una actuación con arreglo a la conciencia.²³⁰

De este modo, la exigibilidad de la conducta, ante la necesidad de su acotamiento y delimitación legal, aparece definida en códigos y en la doctrina, no de manera positiva, sino negativa: esto es, no se dice cuándo la conducta es exigible, sino cuando no lo es; por ello, el requisito exigible se presenta en muchos autores como un elemento negativo de la culpabilidad. Sea enunciado en forma positiva (como exigibilidad o no exigibilidad es un requisito para el juicio de reproche.²³¹

El siguiente desarrollo de la culpabilidad supuso el abandono de elementos psicológicos para su conformación, de ahí que se le denominara una culpabilidad normativa pura. Esta nació ante la incapacidad de dar explicación por los defensores de la culpabilidad psicológica o de la culpabilidad mixta, a la asignación de una culpabilidad en los casos de la culpa inconsciente, en donde falta por completo el elemento psicológico. Aquí, consiste la culpabilidad exclusivamente en la reprochabilidad. Pero tampoco en el dolo ha necesidad de vincular el elemento psicológico con el normativo. Ya el estado de necesidad demuestra que hay acciones dolosas que no son reprochables y, por tanto, no son culpables. De ello se puede sacar la conclusión de que el dolo no es parte de la culpabilidad (de la reprochabilidad), sino el objeto de la culpabilidad.²³²

La exigibilidad de obediencia al derecho significa que al reo se le puede exigir y de él cabía esperar que hiciera una cosa diferente, porque eso es lo que hubiera hecho en aquella situación cualquier hombre normal o medio.²³³

²³⁰ *Ibíd*em, p. 20.

²³¹ *Ibíd*em, pp.20-21.

²³² Welzel, Hans. *Teoría de la acción finalista*, *Op.cit.*,p 33.

²³³ Jiménez Martínez, Javier. *Op. cit.*, p. 1061.

El contenido de reproche de la culpabilidad consiste en que la formación de la voluntad se relaciona con la norma de manera doble: “Tú hubieras debido actuar conforme a la norma, porque hubieras podido actuar conforme a la norma”. En cambio, el juicio de antijuridicidad consiste en la relación simple: “Tú has actuado contrariamente a la norma”; deja por lo tanto, abierto todavía, si el autor hubiera podido actuar también conforme a la norma.²³⁴

Welzel, explica que al contar el dolo entre la acción y el tipo del injusto, retiene para la culpabilidad exclusivamente el elemento normativo. La culpabilidad no es un tipo psíquico, sino el juicio de valor sobre un tipo psíquico que existe o falta. Es el reproche del proceso volitivo: en las acciones dolosas, la reprochabilidad de la decisión de cometer el hecho; en la producción no dolosa de resultados, el reproche de no haberlo evitado mediante una actividad regulada de modo finalista. El dolo es un objeto de valoración, tanto en la antijuridicidad como en la culpa. La valoración mediante la culpa es, pues, otra, porque es más compleja que la que se efectúa mediante la antijuridicidad. El error sobre la antijuridicidad no afecta la dolosidad del aborto (hecho), sino solamente la reprochabilidad de su decisión de aborto (hecho). De haber conocido la antijuridicidad del hecho, hubiera podido y debido evitar la decisión del hecho; habría actuado pues, con plenitud de culpabilidad. Si no ha conocido la antijuridicidad, pero hubiera podido conocerla poniendo mayor diligencia (por ejemplo, preguntando), entonces hubiera podido evitar también la decisión del hecho; por lo tanto, ha actuado culposamente, pero sólo en la medida en que el error era evitable para ella. Por eso el error de prohibición evitable es un fundamento de atenuación de culpa, pero deja completamente intacta la dolosidad de un hecho. Si para la autoridad el error de prohibición fue inevitable, entonces no se puede reprochar el hecho doloso. En todos los casos se muestra claramente que el dolo no es un elemento de la culpa, sino que pertenece a la acción y es el objeto de la valoración de la culpa. La cuestión de la culpabilidad de los delitos culposos radica, entonces, en la circunstancias de que el autor haya estado personalmente en condiciones de cumplir con el deber de diligencia

²³⁴ Welzel, Hans. *Op. cit., Teoría de la acción finalista, Op. cit., p. 33*

que le toca objetivamente. En los delitos culposos, el tipo de injusto se elabora mediante la dirección típica finalista objetivamente ordenada; la culpabilidad, de la reprochabilidad de la dirección objetivamente no diligente de la voluntad.²³⁵

2.4.3.2.- Motivos que impulsaron a delinquir

En la fracción V del artículo 52 del Código Penal Federal se prevé este factor. Reinhard von Frank planteó que la culpabilidad es reprochabilidad. Para este autor el concepto psicológico de culpabilidad limita su noción a una faz interna, lo que deja fuera de explicación ciertas situaciones que influyen en la medición de la culpabilidad independientes del dolo o la culpa. Concluyó que para medir la culpabilidad se traen a cuenta factores que están fuera del dolo (o la culpa), mismos a los que denominó como circunstancias concomitantes a la acción del autor.²³⁶

Una de estas situaciones que no serían parte del dolo o la culpa y que pueden influir en la medida de la culpabilidad son los motivos que impulsaron al autor del delito, como se ve en el ejemplo que da Reinhard Frank, en el cual un cajero perteneciente a una empresa y un cartero repartidor de valores, cometen una defraudación; pero mientras el primero lo hace para mantener a sus amantes dispendiosas, el segundo, quien tiene un sueldo que apenas cubre sus necesidades elementales, lo hace porque tiene a su esposa enferma y numerosos hijos pequeños. En ambos casos, existe dolo, sin embargo, no se puede decir que en ambos casos se alcanza el mismo grado de culpabilidad.²³⁷

2.4.3.3.- Comportamiento posterior en relación al delito cometido

La fracción VI del artículo 52 del Código Penal Federal (CPF) establece:

*“VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido;
y”*

²³⁵ Cfr, ibídem, pp. 33-41

²³⁶ Frank, Reinhard. *Estructura del concepto de culpabilidad*, traducción Sebastián Soler, Universidad de Chile, Chile, 1966, pp. 9-14.

²³⁷ ibídem.

Hemos mencionado que las circunstancias no relativas al hecho delictivo como aquellas que son propias a la persona del autor del delito, no deberían contribuir a un aumento de sanciones, pues no pueden ser base para graduar la culpabilidad y aumentar el juicio de reprochabilidad del activo. Pero como han sido previstas por el legislador en la ley, entonces, únicamente podrían ser útiles para disminuir el grado de reproche del agente activo.

En igual tesitura se sostiene tal idea en relación a la conducta posterior del sujeto activo, pues su conducta posterior únicamente puede ser objeto de valoración para determinar la culpabilidad o juicio de reproche, si contribuyen a disminuir la magnitud de tal reproche, pero no para aumentar la sanción penal, habida cuenta que tal conducta no tiene relación con la producción del acto típico y antijurídico. En ese sentido se aprecia la tesis con número de registro 2002808, de rubro y texto siguientes:

“INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL DELITO DE ROBO. PARA DETERMINAR EL GRADO DE CULPABILIDAD DEL ACUSADO, NO DEBE TOMARSE EN CONSIDERACIÓN LA HUIDA DE ÉSTE COMO UN COMPORTAMIENTO POSTERIOR EN RELACIÓN CON EL DELITO COMETIDO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el juzgador debe analizar los diversos requerimientos que señalan los artículos 70 y 72 del Código Penal para el Distrito Federal, de entre los cuales destaca el señalado en la fracción VII del citado artículo 72, relativo al comportamiento posterior del acusado en relación con el delito cometido. Dicha previsión significa que para determinar el grado de culpabilidad del acusado, el juzgador debe ponderar la conducta que asumió el sujeto activo del delito después de la comisión del ilícito, verbigracia, si trató o no de reparar el daño, si auxilió a la víctima después de la comisión del delito, o si trató o no de disminuir la lesión al bien jurídico tutelado por la norma, lo que en cada caso, dependerá de las circunstancias particulares de ejecución de la conducta antisocial. Sin embargo, tratándose del delito de robo, dicho comportamiento posterior no puede referirse a la reacción del agente de huir del lugar en el que cometió el ilícito, porque ello

forma parte de la dinámica del hecho delictivo y se verifica previamente a la detención del sujeto activo. En los hechos, es una actitud connatural al delito de robo que el agente se aleje del lugar en el que cometió el ilícito, entre otras cosas, para evitar ser privado de la libertad deambulatoria y así asegurar el apoderamiento del objeto materia de la conducta antisocial. Contradicción de tesis 76/2012. Suscitada entre los Tribunales Colegiados Segundo y Quinto, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 20 de junio de 2012. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por lo que hace a la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de cinco votos respecto del fondo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Carmina Cortés Rodríguez y Jaime Santana Turrul. Tesis de jurisprudencia 86/2012 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintinueve de agosto de dos mil doce.

2.4.3.4.- Factores criminógenos y características peculiares del delincuente

Por factores criminógenos se entiende todo aquello que favorece a la comisión de conductas antisociales.²³⁸

Los factores criminógenos pueden dividirse en dos: factores exógenos y factores endógenos. Los factores exógenos son todos aquellos que se producen fuera del individuo; son los que vienen de fuera hacia adentro. Los factores endógenos, por el contrario, son aquellos que están dentro del individuo y que van en el fenómeno criminal de dentro hacia afuera.²³⁹

Habría que aclarar que en campo de la criminología clínica positivista,²⁴⁰ los factores indicados deberían servir como referencia para realizar una clasificación de los

²³⁸ La diferencia entre causa criminógena y factor criminógeno es que mientras la causa produce, es decir, es entendida como la condición necesaria sin la cual un cierto comportamiento no se habría jamás manifestado, el factor únicamente favorece. No siempre el factor criminógeno es la causa del crimen y no siempre la causa era previamente un factor criminógeno. Rodríguez Manzanera, Luis. *Criminología*, Porrúa, 2ª edición, México, 1981, p. 463 y 466.

²³⁹ *Ibidem*, pp. 474-475.

²⁴⁰ La criminología clínica tradicional percibe al crimen como algo con existencia propia y natural, ha centrado su estudio en el análisis de las causas, la calidad del delito y las características del criminal. No se interesó en estudiar

delincuentes²⁴¹, y con base en tales factores se debería determinar la peligrosidad del sujeto. Lo que se es ejemplificado por Rodríguez Manzanera al establecer:

*En el nivel de interpretación personal (el criminal), debemos estudiar tanto factores como causas, pues a mayor cantidad y superior calidad de factores criminógenos el sujeto puede ser considerado más peligroso.*²⁴²

El sistema penal del control de la desviación (enfoque del cual parte la criminología crítica) revela la contradicción fundamental entre los sujetos de derechos y desigualdad sustancial de los individuos que en tal caso se manifiesta a los chances de ser definidos y controlados como desviados.²⁴³ Así, la definición de lo criminal se resiente como efecto de la diferenciación social. Se espera un comportamiento conforme a la ley de los individuos pertenecientes a los estratos superiores; lo inverso acontece respecto de los individuos provenientes de los estratos inferiores.²⁴⁴

Sin embargo, los factores criminógenos no pueden ser utilizados para determinar la peligrosidad del activo, sino para determinar el grado de reproche al sujeto activo, en vista del acto que cometió, lo que de ninguna manera debe entenderse como un reproche basado en su personalidad, sino como un reproche basado en condiciones que cada individuo tuvo para comportarse de modo diverso al que lo hizo, esto es, basado en las circunstancias peculiares del activo, como educación, situación social y económica, edad, entre otros, que influirían en un mayor o menor grado de exigibilidad de conducta diversa a la que produjo el resultado típico. Estas circunstancias peculiares son lo que incide en el juicio de reproche, necesario para graduar la culpabilidad.

la definición de lo criminal, tomó prestada la definición del delito que proporciona la dogmática. Allí es donde fracasa, pues tomó definiciones ideológicas pertenecientes al campo de las ciencias sociales como objeto de estudio y los tomó si fuera un método natural, utilizando el método propio de las ciencias naturales. De ahí que sus premisas sean incompatibles. González Vidaurri, Alicia y Sánchez Sandoval, Augusto. *Criminología*, Porrúa, 3ª edición, México, 2010, p 167.

²⁴¹ Rodríguez Manzanera, Luis. *Op. cit.*, p. 474

²⁴² *Ibidem*, p. 466.

²⁴³ Baratta, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*, Siglo XXI, Argentina, 2004, p. 171

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 187

En relación a las circunstancias peculiares de cada individuo, la fracción V del artículo 52 del Código Penal Federal (CPF) establece:

“V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;”

Es importante señalar que los criterios contenidos en esta fracción hacen referencia a las peculiaridades del sujeto activo, no se trata de sancionar a la persona por lo que es, sino por el acto típico y antijurídico que le es atribuido. En todo caso, únicamente debe obtener el grado de reproche sobre alguna circunstancia subjetiva cuando sea parte del tipo penal básico, de uno complementario o de una agravante o atenuante prevista por el legislador.

En lo referente a la edad del reo, Carlos Loranca Muñoz comenta que este aspecto es uno de los más importantes a ponderar por el juez para el estudio de la culpabilidad de acusado, pues:

Entre más se aproxime su edad a la mínima requerida por la ley para ser sujeto del derecho penal, menor será el índice de culpabilidad que represente. Por el contrario, evidentemente debe aumentar ese grado entre mayor sea la edad del acusado, pues las experiencias que aportan a los individuos los años de vida, lo van haciendo más reflexivo y menos impetuoso. Además los individuos de edad avanzada son menos readaptables que los de menor edad...por lo que debe exigírseles mejor comportamiento.²⁴⁵

Tal opinión pone en evidencia un factor como la edad como base para una futura rehabilitación del sentenciado, dada la experiencia que se puede acumular en relación a la edad y que los hábitos o costumbres pueden cambiarse con facilidad relativa entre menos edad se tenga. En ese sentido, lo que no podría hacer el juez es determinar un grado de reproche mayor conforme a la edad bajo el argumento de que la edad brinda

²⁴⁵ Loranca Muñoz Carlos. *Op. cit.*, pp. 103-104.

una capacidad mayor para conocer el bien y el mal, pues no se juzga la capacidad derivada de la edad, ni mucho menos sobre una idea estereotipada de que a mayor edad mayor la capacidad para comprender conceptos abstractos, pues esto último sería contrario al derecho penal de acto, que según se ha expuesto, fue adoptado como modelo orientador de la facultad punitiva del estado. Es ilustrativo el criterio con el número de registro 2008838, emitido por los Tribunales Colegiados de Circuito de Poder Judicial de la Federación (Tesis: VI.2o.P.24 P.), de rubro y texto siguiente:

“CULPABILIDAD. LA PONDERACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL SENTENCIADO PARA DISTINGUIR "EL BIEN DEL MAL" COMO UN ASPECTO PARA DETERMINAR SU GRADO, ES UNA PRÁCTICA CONTRARIA AL PARADIGMA DEL DERECHO PENAL DE ACTO. *Si la autoridad judicial incrementa el grado de culpabilidad del sentenciado argumentando que por su edad, tenía la capacidad de distinguir "el bien del mal", tal conclusión contraviene el paradigma del derecho penal de acto por el que se ha decantado la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que si la autonomía de la persona se encuentra protegida bajo el concepto de dignidad humana a que se refiere su artículo 1o., respetándose la libertad de conciencia y el pensamiento del individuo, no es factible avalar una postura que introduce como parámetro en aquella labor la ponderación de un rasgo del pensamiento del individuo que se hace depender de si puede o no distinguir ciertos conceptos abstractos, en tanto que el derecho penal no puede sancionar la ausencia de determinadas cualidades o la personalidad, sino que está limitado a juzgar actos.* **SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.”**

Aquí se soslaya en que únicamente pueden ser ponderadas tales circunstancias si no tienen asignadas legalmente una elevación o disminución de la punibilidad, lo que de ser así, imposibilitaría al juez graduar tales circunstancias a su libre arbitrio, dada su previsibilidad por parte del legislador; pues considerar circunstancias como la edad, educación, costumbres, condiciones sociales y económicas para aumentar el grado de

culpabilidad cuando ya el legislador previó un aumento o disminución de la punibilidad con base en esos factores, rompería con la legalidad que debe imperar durante la punición. En relación con la educación o lustración del reo, deberá ponderarse tal circunstancia en atención a que el reproche que se le llegue a formular será mayor a quien tuvo posibilidad de obtener una mayor preparación de aquel que tuvo la oportunidad de una preparación. Los usos y costumbres serán un factor a ponderar siempre y cuando se esté en presencia de indígenas o fuese extranjero. Las condiciones sociales y económicas son factores que básicamente pueden contribuir a la aparición del fenómeno social, por ello deben ponderarse de forma trascendente en los delitos patrimoniales o en aquellos cometidos con la finalidad de lucro, pues implica un mayor grado de reproche quien no teniendo necesidad económica, lleva a cabo esa conducta, o por sus condiciones sociales, es decir su mayor grado de integración a la sociedad, tendría mayores oportunidades para integrarse a ella de modo que pueda aspirar a los beneficios que ese actor le puede brindar, lo que incrementará el juicio de reproche en relación a aquellos que no tengan esa posibilidad.²⁴⁶ Por otra parte, la fracción VII del artículo 52 del Código Penal Federal (CPF) establece:

“VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.”

Ahora bien, las características distintivas o peculiares del delincuente, también deben tomarse en consideración según lo dispuesto por el diverso artículo 51 del Código Penal Federal.

No debe confundirse a las características peculiares del delincuente como factor de adecuación de la sanción penal con la personalidad del inculpado, pues conforme al derecho penal de acto, los caracteres de la personalidad de cada persona sujeto de punición no deben incidir en la punibilidad, ni para beneficio ni para perjuicio. Esto se ve

²⁴⁶ *Ibidem*, pp. 103-104.

claramente con los criterios emitidos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en uno de los cuales determinó que al individualizar las penas a imponer, el juzgador podría tomar en consideración los dictámenes periciales tendentes a conocer la personalidad del inculpado, pues según se razonó, el legislador lo previó expresamente; de tal suerte que entre las circunstancias peculiares del delincuente se encuentran aspectos reveladores de su personalidad como un dato indicativo del ámbito de autodeterminación del autor necesario para apreciar por qué adoptó una resolución de voluntad antijurídica. Tal criterio fue adoptado en atención a la garantía de exacta aplicación de la ley penal y está contenido en la contradicción de tesis 1a./J. 175/2007, con el número de registro 170082; de rubro y texto siguiente:

“INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA TRATÁNDOSE DE DELITO NO CULPOSO. EL JUZGADOR PUEDE TOMAR EN CONSIDERACIÓN LOS DICTÁMENES PERICIALES TENDENTES A CONOCER LA PERSONALIDAD DEL INCULPADO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Del análisis de los artículos 70 y 72 del Código Penal para el Distrito Federal se advierte una regla general aplicable para la individualización de las penas, que establece que los Jueces y los tribunales impondrán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente; asimismo, el último párrafo del citado artículo 72 expresamente establece que para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el juzgador debe tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerir los dictámenes periciales tendentes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes. Ahora bien, de este precepto destaca la expresión "en su caso", la cual indica que el legislador otorga libertad al juzgador para requerir dichos dictámenes y tomarlos en cuenta; de ahí que no sea obligatorio. Por ello y atento a la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, se concluye que conforme a lo expresamente previsto en el último párrafo del indicado artículo 72, al individualizar las penas a imponer, el juzgador puede tomar en

consideración los dictámenes periciales tendentes a conocer la personalidad del inculpado, lo que se corrobora con el primer párrafo del artículo 70 y las fracciones VI, VII y VIII del artículo 72 de dicho Código, según los cuales el legislador previó que al individualizar la pena deben considerarse las peculiaridades del delincuente, entre las que se encuentran aspectos reveladores de su personalidad como un dato indicativo del ámbito de autodeterminación del autor necesario para apreciar por qué adoptó una resolución de voluntad antijurídica.”

Sin embargo, el criterio transcrito fue interrumpido por una diversa jurisprudencia emitida también por la Primera Sala, en la cual determinó que ninguna persona puede ser castigada por quien es, sino únicamente por las conductas delictivas que comprobadamente comete. Con esto, el tribunal constitucional mexicano concluyó que la personalidad se vuelve un criterio irrelevante, pues los dictámenes periciales que la analizan (o pretenden analizarla) únicamente sirven para estigmatizar a la persona sujeta a la jurisdicción. En consecuencia, determinó que no se deben tomar en consideración los criterios de personalidad en la individualización de sanciones, pues tales criterios admiten la aplicación de consecuencias perjudiciales para la persona sometida a la jurisdicción, pese a que tal aplicación está sustentada en razones totalmente ajenas al estricto quebranto de una norma penal. Tal criterio fue adoptado en atención a que nuestro sistema jurídico optó por un derecho penal de acto, rechazando al opuesto derecho penal de autor y para dar cumplimiento a principio de legalidad. Está contenido en la contradicción de tesis 1a./J. 20/2014 (10a.), con el número de registro 2003289, de rubro y texto siguiente:

“INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA TRATÁNDOSE DE DELITO NO CULPOSO. EL JUZGADOR NO DEBE TOMAR EN CONSIDERACIÓN LOS DICTÁMENES PERICIALES TENDENTES A CONOCER LA PERSONALIDAD DEL INCULPADO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL) [INTERRUPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 175/2007]. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 100/2007-PS, de la que derivó

la jurisprudencia 1a./J. 175/2007, de rubro: "INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA TRATÁNDOSE DE DELITO NO CULPOSO. EL JUZGADOR PUEDE TOMAR EN CONSIDERACIÓN LOS DICTÁMENES PERICIALES TENDENTES A CONOCER LA PERSONALIDAD DEL INculpADO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).", estableció que conforme a lo previsto expresamente en el último párrafo del artículo 72 del Código Penal para el Distrito Federal el juzgador, al individualizar las penas a imponer, puede tomar en consideración los dictámenes periciales tendentes a conocer la personalidad del inculcado. Ahora bien, una nueva reflexión lleva a abandonar este criterio y, por ende, a interrumpir dicha jurisprudencia, en virtud de que nuestro orden jurídico se decanta por el paradigma del derecho penal del acto y rechaza a su opuesto, el derecho penal del autor; además porque de acuerdo con el principio de legalidad, ninguna persona puede ser castigada por quien es, sino únicamente por las conductas delictivas que comprobadamente comete; por lo que la personalidad se vuelve un criterio irrelevante, pues los dictámenes periciales que la analizan (o pretenden analizarla) únicamente sirven para estigmatizar a la persona sujeta a la jurisdicción y, así, se cumplen criterios que admiten la aplicación de consecuencias perjudiciales para ella, las que se aplican a pesar de estar sustentadas en razones claramente ajenas al estricto quebranto de una norma penal."

Es evidente que la obligación del juez de no juzgar personalidades, es basada en el marco de un derecho penal del acto, vigente en el derecho penal mexicano. De lo contrario podría infringirse lo que Medina Peñaloza denomina como el principio de no discriminación.²⁴⁷ Cabe hacer notar que el artículo 51 primer párrafo en su parte final, del Código Penal Federal (CPF), dispone, acerca de tomar en cuenta las circunstancias

²⁴⁷ Para Sergio Javier Medina Peñaloza, el principio de no discriminación rige a la resolución penal y aclara que dicho principio lo deriva de la legislación internacional, concretamente de la Convención Americana de Derechos Humanos, derivando de tal principio la idea de que el juzgado sólo debe resolver sobre el hecho cometido, sin que le sea permitido prejuzgar o agravar las penas por las condiciones personales del procesado, ni tampoco podrá guiarse de las características del reo para determinar el monto o cuantía de la sanción penal. Medina Peñaloza, Sergio Javier. *Op. cit.*, p. 48.

peculiares del delincuente: “...particularmente cuando se trate de indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan.” En ese sentido, Javier Jiménez Martínez toma una postura a favor de que sean tomadas en cuenta las peculiaridades del delincuente para determinar la clase y el monto de la sanción al momento de individualizarse por parte de los jueces penales; así, el citado tratadista sostiene:

Ningún estado democrático puede prescindir de la doble valoración: es decir, por un lado, de aspectos que tienen que ver con el acto en sí (culpabilidad de acto), y, por otro, con aspectos que tienen que ver con el autor del hecho (culpabilidad de autor); de ahí que, por más que los tribunales de la federación le hagan al feo a los aspectos que tienen que ver con el autor, son aspectos que toman muy en cuenta al momento de individualizar la sanción.²⁴⁸

Sin embargo, las características peculiares del delincuente no deben tomar en cuenta la personalidad del autor, sino sólo los factores criminógenos que rodean al activo, esto es, aquéllos factores que favorecen la aparición del hecho por el cual se le reprocha al reo. De ahí que la pertenencia a un grupo indígena puede ser un factor a tomar en cuenta como circunstancia que debe hacerse valer por el juez al concretar la clase y la cuantía de la sanción penal. Esto en atención a que la frase “persona indígena”, posee un significado jurídico tendente a identificar a los destinatarios de las prerrogativas que la ley fundamental establece en favor de dichas personas. Esta circunstancia – razonó la Corte - no deviene ilegal ni arbitraria, mucho menos ambigua o imprecisa, al ser congruente con el artículo 2, párrafo tercero, constitucional. El ser indígena es una circunstancia personal que permite al juez activar en su favor las prerrogativas diseñadas específicamente para dicho sector de población con el fin de establecer si el sujeto, conforme a sus parámetros culturales, comprende el contenido y alcance de las normas que le son aplicables. Con esto, el juez estará en aptitud de determinar si se otorgan o se prescinden de los derechos que como indígena le

²⁴⁸ Jiménez Martínez, Javier. *Op. cit.*, p. 997.

corresponderían. Tal opinión fue sustentada por la Primera Sala en la tesis 1ª./J. 59/2013, registro 2005032, y con rubro y texto siguientes:

“PERSONAS INDÍGENAS. SU PROTECCIÓN ESPECIAL A CARGO DEL ESTADO SURGE A PARTIR DE LA AUTOADSCRIPCIÓN DEL SUJETO A UNA COMUNIDAD INDÍGENA O DE LA EVALUACIÓN OFICIOSA DE LA AUTORIDAD MINISTERIAL O JUDICIAL ANTE LA SOSPECHA FUNDADA DE QUE EL INculpADO PERTENECE A AQUÉLLA. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de rubro: *“PERSONA INDÍGENA. PARA QUE SEA EFICAZ LA ‘AUTOADSCRIPCIÓN’ DE UN SUJETO A UNA COMUNIDAD INDÍGENA, DEBE REALIZARSE DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA O LA PREINSTRUCCIÓN DE LA CAUSA.”*, determinó que el criterio de la autoadscripción es determinante para establecer si una persona tiene o no la calidad de indígena. Por tanto, resulta lógico y jurídico que el deber de su protección especial a cargo del Estado, igualmente sea exigible a partir de dicha manifestación de voluntad (autoadscripción). Luego, si el inculpado se reserva dicha información, la autoridad estatal de que se trate, en principio, no estará en posibilidad de conocer tal circunstancia personal y activar en su favor las prerrogativas diseñadas específicamente para dicho sector; sin embargo, tal regla no es absoluta, pues cuando exista sospecha fundada en el órgano ministerial, o bien en el juzgador, de que una persona pertenece a una comunidad indígena, sin que aquélla lo haya manifestado expresamente (como podría acontecer derivado de una evidente incomprensión total o parcial de las indicaciones otorgadas por la autoridad, o bien, derivado de las constancias e informes que obren en el proceso), de oficio, dichas autoridades ordenarán una evaluación sustantiva de la cuestión, adoptando una postura activa pro-derechos, a fin de determinar si la persona sujeta a una investigación o proceso penal tiene o no la calidad de indígena y, por tanto, si debe gozar de los derechos que a su favor consagra el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ello, a partir de la ponderación de

diversos elementos, entre los que se pueden citar, ejemplificativamente, los siguientes: 1) constancias de la autoridad comunitaria; 2) prueba pericial antropológica; 3) testimonios; 4) criterios etnolingüísticos; y/o, 5) cualquier otro medio que permita acreditar la pertenencia, el arraigo, la identidad y/o asentamiento físico a la comunidad indígena. Lo anterior, a fin de establecer si el sujeto, conforme a sus parámetros culturales, comprende el contenido y alcance de las normas que le son aplicables, y así estar en aptitud de determinar si se otorgan o se prescinde de los derechos que como indígena le corresponderían.

En este sentido se ejemplifica tal opinión con el criterio emitido por un tribunal colegiado del poder judicial de la federación:

“PERSONAS INDÍGENAS PROCESADAS. AL GRADUAR SU CULPABILIDAD Y LA IMPOSICIÓN DE LA PENA, EL JUZGADOR DEBE ATENDER A LA LEY PARA PREVENIR Y ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL. *Acorde con los alcances jurídicos que abarca el acceso pleno a la jurisdicción del Estado de que gozan los pueblos y las comunidades indígenas, reconocido en el artículo 2o., apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el ejercicio del arbitrio judicial para graduar la culpabilidad y la imposición de la pena a una persona indígena procesada, el juzgador debe ponderar el reconocimiento de esa calidad y atender a la Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación del Distrito Federal, dado que este derecho constitucional repercute en el catálogo de las penas, en cuanto a la imposición de las medidas de seguridad más adecuadas, acorde a su artículo 28, fracción X, que prevé que los entes públicos, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo las medidas positivas a favor de la igualdad real de oportunidades para los pueblos indígenas y sus integrantes, entre ellas, cuando se fijen sanciones penales a un indígena, de procurar que tratándose de penas alternativas, se imponga aquella distinta a la privativa de libertad y promover la aplicación de sustitutivos penales, como beneficios de preliberación, de conformidad con las leyes*

*aplicables locales; por tanto, en el juzgamiento de una persona indígena, el operador de la jurisdicción estatal debe aplicar esta ley especial. **SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.** Amparo directo 391/2012. 6 de diciembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Lara Hernández. Secretario: Gerardo Flores Zavala.”*

Queda claro que el tener la identidad de indígena (situación que tendría que ver con el hecho punible como factor criminógeno) debe tomarse en cuenta para individualizar la sanción penal, pues como se aprecia en la tesis transcrita, se tomará en cuenta para que el juzgador determine la clase y cuantía de la sanción.

Por ello, la individualización de la pena debe ser adecuada y proporcionada a las características peculiares del delincuente; ello es congruente, con la finalidad de prevención especial que se asigna a la pena.²⁴⁹ Tal postura permite aplicar los artículos 54 y 55 del Código Penal Federal; el primero de los numerales citados dispone:

*“**Artículo 54.-** El aumento o la disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél.*

Son aplicables las que se funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas.”

El ser persona indígena, se previó como un factor criminógeno que incide en una disminución de la sanción penal.

2.4.3.5.- Circunstancias en que se encontraba la víctima

Por lo que se refiere al grado de afectación de la víctima y sus circunstancias personales, debe decirse que en muchos casos las descripciones típicas no contemplan los daños o afectaciones sufridos como consecuencia lógica del delito; por ello, el juez deberá ponderar en muchos casos las circunstancias personales de la víctima (minoría

²⁴⁹ De Tavira, Juan Carlos y López Vergara, Jorge. *Diez temas criminológicos*, INACIPE, México, 2002, p. 53.

de edad, discapacidad, senectud, incapaces), o las secuelas que el delito puede producir en la víctima u ofendido (familiares de víctimas de secuestro) u ofendidos que con la acción delictiva hayan quedado en un mayor estado de vulnerabilidad (menores, incapaces, ancianos, indígenas).²⁵⁰

Con base a esto, el juez tiene la obligación de obtener el juicio de reproche al sujeto activo tomando en cuenta las circunstancias personales de la víctima u ofendido, así como también aplicar la regla de excepción que se contiene en el artículo 53 del Código Penal Federal (CPF):

“Artículo 53.- No es imputable al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido, si las ignoraba inculpablemente al cometer el delito.”

Ante esta regla, deberá probarse que el responsable tenía conocimiento previo de las circunstancias particulares del ofendido (que no de la víctima), para que pueda tomarse en cuenta para aumentar el grado de reproche y consecuentemente, la magnitud de la sanción penal.

Ahora bien, hay casos en que sí se contemplan en los tipos penales las circunstancias particulares de la víctima para aumentar o disminuir la sanción penal; o bien, se puede encontrar como una regla genérica para aumentar o la sanción prevista por un tipo penal concreto, tal y como se advierte de los párrafos tercero y cuarto del artículo 51 del Código Penal Federal (CPF) que establecen:

“Artículo 51.- [...]

Cuando se cometa un delito doloso en contra de algún periodista, persona o instalación con la intención de afectar, limitar o menoscabar el derecho a la información o las libertades de expresión o de imprenta, se aumentará hasta en un tercio la pena establecida para tal delito.

En el caso anterior, se aumentará la pena hasta en una mitad cuando además el delito sea cometido por un servidor público en ejercicio de sus funciones o

²⁵⁰ Loranca Muñoz, Carlos. Op. cit., pp. 84-85.

la víctima sea mujer y concurran razones de género en la comisión del delito, conforme a lo que establecen las leyes en la materia”

En este caso, la regla apunta a una circunstancia peculiar de la víctima (tener como profesión el periodismo), aplicable sólo si se demuestra que el delito cometido tuvo la intención de dañar el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta, lo incidirá en aumentar hasta una tercera parte de la pena prevista por el delito cometido.

Si la víctima es mujer y concurren razones de género, entonces se aumentará la sanción hasta en una mitad. En estos casos, el juez debe determinar la cuantía de la pena sin valorar las circunstancias particulares de la víctima nuevamente. Únicamente, en la obtención de la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad, deberá atender a los demás criterios restantes sin el referente a la víctima o a su circunstancia; pues la circunstancia particular o distintiva de la víctima (que no ofendido), ya fue considerada legalmente por el legislador para incidir en el aumento de la sanción penal. Además deberá tomar en cuenta factores que no tengan que ver con las características peculiares del activo, a no ser que incidan en la disminución de la magnitud de la pena.

CAPÍTULO III

El test de proporcionalidad como criterio en la imposición de sanciones

3.1.- Principios jurídicos y reglas jurídicas; 3.2.- Proporcionalidad, razonabilidad o racionalidad; 3.3.- ¿Principio o test?; 3.4.- El test de proporcionalidad como límite de actos que afectan derechos fundamentales; 3.5.- Contenido del test de proporcionalidad; 3.6.- Contenidos del test de proporcionalidad: principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

3.1.- Principios jurídicos y reglas jurídicas

Al referirnos en el capítulo precedente a las normas jurídicas que le son de observancia al juez penal para imponer las sanciones, aludimos a reglas contenidas en las leyes penales (sustantiva y procesal), en tanto en el capítulo primero, hicimos referencia a disposiciones constitucionales y principios.

Por tal motivo, una vez expuestas de esa forma las normas relativas a la facultad de castigar y a las que son propias para la imposición de sanciones en sede judicial, es necesario esclarecer las distinciones entre reglas y principios; esto para continuar con el desarrollo de la presente investigación.

Al hablar de proporcionalidad debemos partir de la premisa de que todo sistema jurídico se conforma por normas que son principios y por normas que son reglas, y en la medida que tenemos distintas reglas y principios conviviendo en el sistema jurídico, podemos tener colisiones entre reglas y colisiones entre principios, resultando diversas entre sí las formas para resolver estas colisiones.²⁵¹

²⁵¹ Vázquez, Daniel. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, Universidad Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, p. 20.

Para algún sector de doctrinal, al referirse a los términos principio y regla, se les identifica y utiliza como especies de género norma.²⁵² En relación a los principios se exponen tres distinciones:

1ª. Se parte de la distinción entre principio en sentido estricto y principio en sentido de norma programática; en sentido estricto, el principio es en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de determinada forma de vida) o sólo de un sector del mismo; en tanto que el principio en sentido de norma programática o directriz, es aquél principio que estipula la obligación de perseguir determinados fines.²⁵³

2ª. La segunda distinción es la que puede trazarse entre principios en el contexto del sistema primario o sistema del súbdito, esto es, pautas de comportamiento que están en posibilidad de formularse como principios en sentido estricto o como normas programáticas. Los principios del sistema primario están dirigidos a guiar la conducta de la gente que no consiste en el ejercicio de poderes normativos (conducta no normativa), en cambio, los principios en el contexto del sistema secundario (en general de los órganos jurídicos), están dirigidos a guiar el ejercicio de poderes normativos (la creación o aplicación de normas) y de los órganos de producción jurídica.²⁵⁴

3ª. La última distinción es la que parte entre principios explícitos (formulados expresamente en el ordenamiento jurídico) y principios implícitos (extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico).²⁵⁵

Así, tenemos que el principio de proporcionalidad es de aquellos que se encuentran implícitos en el ordenamiento jurídico, se distingue por ser un principio en sentido de norma pragmática o directriz, pues tal principio estipula la obligación de

²⁵² Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Sobre principios y reglas*, en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10_04.pdf, p. 102 y 107. Consultado el 17 de noviembre de 2016,

²⁵³ *Ibidem*, pp, 104-105.

²⁵⁴ *Ibidem*, p.106

²⁵⁵ *Ibidem*.

perseguir determinados fines, siendo que la imposición de sanciones persigue un fin de justicia, tanto para el condenado como para la víctima, al buscar una sanción no excesiva, no arbitraria y que tampoco sea tan exigua que se equipare a la impunidad. Finalmente y no menos importante, el principio de proporcionalidad, de acuerdo a las distinciones que de los principios se hacen, está inmerso en un sistema secundario, pues es un principio dirigido a guiar el ejercicio de los órganos que aplican las normas jurídicas.

Ahora bien, dado que los derechos están formados por normas y éstas pueden ser reglas o principios, para distinguirles y precisar el alcance de los principios, se utilizan dos enfoques. El primero, denominado estructural, consiste en ver las normas como entidades organizadas de una cierta forma. El otro enfoque es el funcional, pues se centra en la función que las normas cumplen en el razonamiento práctico. Estos enfoques pueden dar resultados diferentes, según la perspectiva desde se consideren las normas. Desde el enfoque estructural de la distinción se afirma que los principios en sentido estricto se formula siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones, distinguiéndose de las reglas porque estas se configuran de forma cerrada (las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado), en tanto que los principios lo hacen de forma abierta (en los principios no puede formularse una lista cerrada de las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación, pues ni siquiera están determinadas genéricamente). Esta indeterminación es más radical en los principios que en las reglas. Para Atienza y Ruiz Manero, es verdadero que los principios programáticos puedan ser cumplidos en diversos grados, pero es falso en el caso de los principios en estricto sentido.²⁵⁶

Cuando se habla de principios explícitos, estos se entienden como razones no perentorias para la acción, independientes del contenido; así, en los órganos jurisdiccionales, la razón para que formen parte del razonar justificante de sus decisiones es su origen en una determinada fuente, lo mismo que las reglas. En

²⁵⁶ *Ibidem*, pp 107-111.

cambio, cuando se habla de principios implícitos, estas son razones para la acción no independientes del contenido, pues su entrada en las decisiones justificantes se debe a cierta calidad en su contenido, no a su origen en fuente alguna.

Puede decirse, pues, que las reglas son razones autoritativas tanto en cuanto al por qué operan como al cómo operan en el razonamiento justificatorio de los órganos jurisdiccionales; que los principios explícitos son razones autoritativas en cuanto al por qué de su presencia en dicho razonamiento pero no en cuanto al cómo operan en él; y que los principios implícitos, en fin, no son autoritativos en cuanto a su forma de operar en el razonamiento y, en cuanto al por qué de su presencia en él, lo son, en todo caso, sólo indirectamente, en tanto que tal presencia se fundamenta en su adecuación a las reglas y principios explícitos.²⁵⁷

Así, el principio de proporcionalidad (base del test) es un principio implícito en la constitución, pero igualmente válido. En ese sentido, se adelanta que dicho principio se encuentra implícito en el artículo 1º y 14 constitucionales, si bien en el artículo 22 de la Constitución se encuentra explícito el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

A contracorriente, Alexy establece que la diferencia entre principios y normas es de tipo cualitativo, si bien acepta que pueden concebirse como distintas clases de normas.²⁵⁸ Al referirse a Dworkin, establece que da dos argumentos para la distinción entre normas y principios; por una parte dice que las reglas son aplicables de forma todo o nada, pero los principios no. Mientras con una regla existen sólo dos posibilidades ante un hecho, o es válida o no lo es; para un principio, aun cuando según su formulación sea aplicable al caso, no determinan la decisión de forma necesaria, sino que únicamente proporcionan razones que hablan en favor de una u otra decisión. El segundo argumento, hace valer que los principios tienen una dimensión que las reglas no exhiben, la cual se muestra en las colisiones entre principios. Al existir una

²⁵⁷ *Ibíd.*, pp. 112-113.

²⁵⁸ Alexy, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcm3353>, pp. 140-141. Consultado el 17 de noviembre de 2016,

colisión, la decisión se toma conforme al principio de mayor valor, esto mediante una ponderación, sin que eso implique que el principio de menor valor quede invalidado. En cambio con las reglas, cuando hay un conflicto entre dos reglas opuestas, al menos una siempre debe ser inválida. Para Alexy, el segundo argumento es el adecuado.²⁵⁹ Como consecuencia del segundo argumento, sale a relucir el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios. Los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Las reglas contienen determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Con ello, si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla.²⁶⁰

Nos adherimos a la conclusión que en contrapartida dan Manuel Atienza y Ruiz Manero, pues ven los principios como fórmulas normativas que configuran el caso de forma abierta, y así los distinguen de las reglas, que configuran el caso de forma cerrada, pues si bien, Alexy, concluye que las reglas solo pueden ser cumplidas o no, o, como dijo Dworkin, normas aplicables a la manera de disyuntiva,²⁶¹ Ruiz Manero y Manuel Atienza si establecen claramente que los principios en sentido estricto pueden

²⁵⁹ *Ibíd*em, p.141.

²⁶⁰ *Ibíd*em, pp. 141-143.

²⁶¹ Islas Montes, Roberto. *Principios jurídicos*, en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr26.pdf>, p. 408. Consultado el 17 de noviembre de 2016.

ser implícitos y señalan a diferencia de Alexy, que su respeto no admite cumplimientos graduales.

En este punto, podemos aseverar que el principio de proporcionalidad se encuentra implícito en el texto constitucional y su cumplimiento no puede ser paulatino o gradual.

En esa dirección, podemos citar a Gustavo Zagrebelsky, quien establece que mientras las leyes están conformadas por reglas, las normas constitucionales suelen ser principios sobre derecho y justicia, si bien, este punto de vista no aplicaría de forma rígida si se toma en cuenta el actual desarrollo de las constituciones, que ha tenido como consecuencia que además de principios, contengan muchas reglas. Así, a manera de ejemplo, cuando la constitución establece que la libertad personal es inviolable, estaremos frente a un principio, pero cuando en la misma se establece que una detención debe ser confirmada por un juez en determinado plazo, estamos frente a una regla.²⁶²

Los principios tienen un papel primordialmente constitucional, constitutivo del orden jurídico, en cambio las reglas no tienen fuerza constitutiva fuera de su propio significado, pues se agotan en sí mismas. Cuando las reglas entran en conflicto, se pueden usar herramientas como la declaración de invalidez de algunas reglas; mecanismos jerárquicos como la regla superior predomina sobre la inferior; la regla especial predomina a la general; criterios de temporalidad; entre otros. Estas herramientas generan un estándar estático, utilizable para el resto de los casos. Pero cuando lo que entra en colisión son dos principios, se utiliza la ponderación.²⁶³

Así, cuando se habla de proporcionalidad como principio, se suele referir a la ponderación entre dos extremos para determinar si dicho principio es acatado o no.

²⁶² Vázquez, Daniel. *Op. cit.*, pp. 17-18.

²⁶³ *Ibidem*, p. 18-20.

Los principios no sólo se relacionan con la idea de derechos humanos en abstracto, sino pueden ser decisiones políticas (mantener el orden público, la seguridad nacional, la seguridad pública, el bien común o la salud pública) y en la medida que se encuentren en la constitución, serán principios constitucionales. De ahí que puedan existir colisiones entre este tipo de principios (decisiones políticas y derechos humanos) y colisiones sólo entre derechos humanos.

Cobra sentido entonces, dada la existencia de esta clase de conflictos el utilizar una herramienta argumentativa (test de razonabilidad o test de proporcionalidad), la cual nos permite analizar bajo qué determinadas circunstancias, en un caso concreto un principio predomina sobre otro, ya sea ponderando dos principios para que ambos sobrevivan o se establezcan directrices de actuación sobre los poderes (ejecutivo y legislativo), con la finalidad de que un principio determinado exista.

El test de proporcionalidad permite resolver conflictos entre derechos, intereses o valores en concurrencia sin necesidad de crear jerarquías y sin necesidad de prejuzgar su mayor o menor legitimidad, ni producir prohibiciones absolutas, pues no establece soluciones estáticas.²⁶⁴

3.2.- Proporcionalidad, razonabilidad o racionalidad

Como ya se dijo, dada la existencia de conflictos entre derechos humanos y las decisiones tomadas desde el poder, se utiliza una herramienta argumentativa, para determinar si tal medida es no proporcionada en relación con la afectación a un determinado derecho humano. Así es como se habla del test de razonabilidad o test de proporcionalidad, el cual permite analizar bajo determinadas circunstancias, si en un caso concreto, un principio predomina sobre otro, ya sea ponderando dos principios para que ambos sobrevivan o se establezcan directrices de actuación sobre los poderes, no solo el ejecutivo y legislativo, sino el judicial.

²⁶⁴ *Ibidem*, pp. 21-22.

Debe decirse que referente a los términos razonabilidad y racionalidad, su distinción se debe a las distintas formas de manifestación del test: en tanto que la razonabilidad es el parámetro que se utiliza en Estados Unidos; en Europa, se utiliza el de racionalidad. Sin embargo, ambos test son exactamente iguales al basarse ambos en la aplicación pura y simple de la teoría de los valores.²⁶⁵

El test de razonabilidad genérico tiene dos formas posibles de manifestación: a) test de racionalidad que consiste en la utilización del argumento lógico, objetivo de la relación de los medios-fines, resultando irracional todo aquello que pretende ser un medio para conseguir un fin y en realidad nada tiene que ver con la consecución de ese fin; b) el test de razonabilidad en sentido estricto, consiste en el análisis en el que se trata en definitiva de la puesta en práctica de la teoría de los valores, es decir, se consideran los valores contenidos en las normas, en comparación con los que se consagran a nivel constitucional. La ponderación de valores contrapuestos puede llevar a la decisión de que los preceptos que se cuestionen sean irrazonables.²⁶⁶

Cuando el juicio de razonabilidad afecta a la adecuación de la medida en relación con el supuesto de hecho al que se une, se convierte en un juicio de proporcionalidad, pues

²⁶⁵ Sobre la teoría de los valores, Alexy, al hablar de las teorías fuertes y débiles de los principios aborda la cuestión de la siguiente manera: *“Supongamos que se pudiera crear una lista en cierto modo completa de los principios de un sistema jurídico. Puesto que no contendría nada sobre el peso relativo de los principios, es decir, sobre la relación de prioridad entre ellos, ciertamente podría decirnos qué es lo que hay que tomar en consideración, pero no qué es lo que tiene preferencia en cuanto al resultado. Por ello, no sería mucho más que un catálogo de puntos de vista o de topoi. Esta simple relación de principios representa, desde el punto de vista de su rendimiento, la variante más débil de una teoría de los principios. La variante más fuerte sería una teoría que contuviera además de todos los principios, todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos y, por ello, determinara unívocamente la decisión en cada uno de los casos. Si fuera posible una teoría de los principios de forma más fuerte, sería sin duda acertada la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta. Para descubrir lo fuerte que pueda ser una teoría de los principios desde el punto de vista de su rendimiento, hay que fijarse en la semejanza que tienen los principios con lo que se denomina valor. En lugar de decir que el principio de la libertad de prensa colisiona con el de la seguridad exterior, podría decirse que existe una colisión entre el valor de la libertad de prensa y el de la seguridad exterior. Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa. La única diferencia consiste en que en la colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores, son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico. Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de los valores”*. Alexy, Robert, *Op. cit.*, pp. 144-145.

²⁶⁶ Aguado Correa, Teresa. *Op. cit.*, p. 142-147.

en vez de cuestionar únicamente la relación medio – fin y si la razón no contradice algún valor constitucional, también se cuestiona si la relación es idónea y proporcional a través de la regla de la alternativa menos gravosa.²⁶⁷

Daniel Vázquez expone que normalmente se utiliza a la razonabilidad y la proporcionalidad como sinónimos, pues como apunta, las dos expresiones se usan indistintamente para denominar una matriz analítica funcionalmente equivalente. El control sobre el contenido o la sustancia de una norma se hace teniendo en consideración la finalidad de ésta y los medios empleados; y analizando la relación entre unos y otros, y su conformidad con la constitución, lo que se conoce como exigencia de razonabilidad o proporcionalidad de las leyes. Si bien, puede decirse que lo razonable es lo que pasa por un test de proporcionalidad, lo razonable es lo proporcional. En esa línea, establece que sin desconocer que existen posiciones que entienden una diferencia entre un término y otro, prefiere tratarlos como sinónimos, pues considera que lo razonable o proporcional sirve para identificar aquello que es justificado, que no es arbitrario.²⁶⁸

Por cuanto a la diferencia entre lo razonable y lo racional, la diferencia entre estos conceptos es que lo racional se basa en una lógica instrumental, en la adecuación de los medios con respecto a los fines buscado, siempre con los límites de información correspondientes; en tanto que lo razonable hace referencia a la construcción de lo justo.

Se ha expuesto la idea, sólo eso, en relación con lo que se precisa con la razonabilidad y la proporcionalidad y su diferencia con la racionalidad, sin que para nada se pretenda ir más allá de establecer una distinción útil para futuras referencias, sin que se pretenda siquiera profundizar en sus diferencias, pues no es el objeto de este trabajo.

3.3.- ¿Principio o test?

²⁶⁷ *Ibidem*, pp. 145-147.

²⁶⁸ Vázquez, Daniel. *Op. cit.*, pp. 25-26.

Ahora bien, si como hemos expuesto, las normas son principios y reglas; si los principios en sentido estricto definen todo el ordenamiento jurídico; si tales principios se hallan explícitamente en la norma fundamental o bien, se hallan implícitos en las mismas; y si esos principios pueden colisionar con otros principios, entonces se debe recurrir a una herramienta argumentativa, que lejos de constituir una solución estática, contribuya a solucionar la colisión sin prejuzgar la legitimidad de los principios en juego, máxime si ambos principios están reconocidos en la constitución.

Tal herramienta viene a ser el test de proporcionalidad, cuya existencia se debe a que el uso de los principios (proporcionalidad y razonabilidad o racionalidad) no puede ser tan abstracto, tan general, pues entonces abriría las puertas a la arbitrariedad de las decisiones jurisdiccionales.

En consecuencia, para intentar objetivar las decisiones a cargo de los órganos jurisdiccionales es que se ha propuesto el uso de test de proporcionalidad.²⁶⁹

Si como se mencionó, lo proporcional hace referencia a aquello que es justificado, que no es arbitrario, ésta sola idea se puede utilizar para argumentar en una sentencia que determinada decisión se encuentra justificada, que no es arbitraria. Sin embargo, una capacidad así de general para que un tribunal pueda decidir que una determinada ley o acto no es justificado sería tan amplia que podría generar un desplazamiento de poderes en favor del judicial. Por tanto, el uso general del concepto de proporcionalidad supone excluir de un método para su aplicación, lo que llevaría a tomar la decisión sobre el equilibrio entre dos actos de forma intuitiva y en forma de grado.

Sin un método para establecer ese grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la legitimidad de las

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 26.

actuaciones de otros órganos del poder público, lo que es incompatible en un sistema que prima el equilibrio de poderes y la división de funciones.²⁷⁰

Para evitar el abuso discrecional, es que cobra sentido la especificación de herramientas argumentativas como el test, en la medida de que brinda directrices o categorías claras que serán utilizadas para analizar un caso. El uso de la proporcionalidad en el sentido de exceso o desmesura, requiere de métodos objetivos y controlables que permitan al juez realizar su función de salvaguarda de los derechos constitucionales; ahí está el trabajo del test como herramienta argumentativa, esto es, como método que permita operar la proporcionalidad a través de categorías, lo que hasta cierto punto requiere para algunos autores, el dotar a esas categorías de objetividad, esto mediante un proceso matemático por el cual se les asigne un peso específico.

Vale decir que un test no es otra cosa que la construcción de una serie de categorías objetivas que se integran por un objetivo específico. Son objetivas porque anteceden al caso y son siempre las mismas. El test de proporcionalidad, es el que se trata de herramientas argumentativas que permiten analizar cuestiones de derecho, cuestiones de hecho y la combinación de ambas.²⁷¹ Así, cuando se hace referencia a una norma que expresa los valores más elevados de una sociedad y que dada su previsión constitucional, impregna a todo el ordenamiento jurídico, se puede hablar propiamente de un principio. Si a lo que hace alusión es a una herramienta de argumentación que se construye con base en un principio dado y que tiene como función ser un método para la solución de conflictos entre principios o derechos, entonces, es válido establecer que se trata de un test o examen.

3.4.- El test de proporcionalidad como límite de actos que afectan derechos fundamentales y su fundamento constitucional

²⁷⁰ Daniel Vázquez, citando a otros autores expone: *“La razonabilidad sin método puede derivar en un abuso discrecional y tener como consecuencia una sentencia muy poco razonable; lo que se ha denominado el riesgo de la libre creación del derecho”*. *Ibidem*, p.27.

²⁷¹ *Ibidem*, pp.28-29.

El que trata de castigar con razón no se venga en vista de la injusticia pasada – pues no consideraría lo ya hecho como no ocurrido – sino en atención a lo porvenir, para que no cometa nuevamente injusticias ni este mismo otro alguno, al ver que aquél fue castigado; y, teniendo tal pensamiento, comprende que la virtud puede ser objeto de educación, ya que se castiga con un propósito preventivo.²⁷²

La punición es una actuación estatal (realizada por el juez penal) que invariablemente afecta bienes del autor del delito, por tanto, dicha actividad debe ser limitada a fin de evitar un exceso en perjuicio de los gobernados.

El test de proporcionalidad en materia penal es un límite a tal actividad, sin embargo su locución es ambigua, pues puede referirse al principio de proporcionalidad de las penas (proporcionalidad estricta) o al examen de proporcionalidad en derechos fundamentales, basado en el principio de proporcionalidad en sentido amplio.

El principio de proporcionalidad fue enunciado por Beccaria con una idea muy precisa, que a mayor daño debe corresponder una mayor pena, o como el citado autor lo expresó: debe haber por esto una proporción entre los delitos y las penas.²⁷³

La parte final del primer párrafo del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, implica un límite a la imposición de sanciones, pues se establece que toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado; con lo que se conceptúa el denominado principio de proporcionalidad penal y que es en esencia el principio de proporcionalidad en estricto sentido. Dicho dispositivo constitucional dispone 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

²⁷² Platón. Protágoras, 324 a. c., citado en García Máynez Eduardo. *Teorías sobre la justicia en los diálogos de Platón*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, pp.145-146.

²⁷³ Bonesana César, Marques de Beccaria. *Op. Cit.*, pp. 225.

inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado...”

Sin embargo, el alcance de este principio constitucional, se ha utilizado para el análisis del producto legislativo, es decir, a la punibilidad y en todo caso, al sistema de sanciones que se establezca en la ley, según se aprecia en la jurisprudencia 1ª. /J. 3/2012 y número de registro 160280, la cual estableció:

“PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *De la interpretación del citado precepto constitucional se advierte que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido; de manera que las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes. Así, el legislador debe atender a tal principio de proporcionalidad al establecer en la ley tanto las penas como el sistema para su imposición, y si bien es cierto que decide el contenido de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas conforme al principio de autonomía legislativa, también lo es que cuando ejerce dicha facultad no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe observar los postulados contenidos en la Constitución General de la República; de ahí que su actuación esté sujeta al escrutinio del órgano de control constitucional -la legislación penal no está constitucionalmente exenta-, pues la decisión que se emita al respecto habrá de depender del respeto irrestricto al indicado principio constitucional. Amparo directo en revisión 1405/2009. 7 de octubre de 2009. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz. Amparo directo en revisión 1207/2010. 25 de agosto de 2010. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Jorge Luis Revilla de la Torre. Amparo directo en revisión 181/2011. 6 de abril de 2011. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta. Amparo directo en revisión 368/2011. 27 de abril de 2011. Cinco votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Moisés Martínez Abrica. Amparo directo en revisión 1093/2011. 24 de agosto de 2011. Cinco*

votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Jaime Santana Turrul. Tesis de jurisprudencia 3/2012 (9a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de ocho de febrero de dos mil doce.”

Atendiendo a la tesis transcrita, el principio de proporcionalidad en materia penal, mismo que se contiene en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debe ser atendido por el legislador al establecer en la ley tanto las penas como el sistema para su imposición, pues cuando ejerce dicha facultad no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe observar los postulados contenidos en la Constitución General de la República, específicamente debe atender a las exigencias de tal principio.

Entonces ¿qué ocurre cuando la facultad punitiva en sede judicial restringe o priva un derecho reconocido expresamente en la constitución? Si bien, el principio de proporcionalidad sigue siendo en su enunciación clásica un límite a la potestad sancionadora estatal, su evolución parte de lo que la propia constitución reconoce, protege y garantiza derechos fundamentales en su artículo 1°, específicamente en sus tres primeros párrafos:

*“**Artículo 1o.** En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano Sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. (Párrafo reformado DOF 10-06-2011). -- Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. (Párrafo adicionado DOF 10-06-2011). -- Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los*

derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (Párrafo adicionado DOF 10-06-2011).”

La Constitución es la expresión de los principios fundamentales que inspiran un ordenamiento jurídico y estos principios giran en torno a la dignidad humana,²⁷⁴ por lo tanto, los límites a la función sancionadora estatal se encuentran a nivel constitucional, tomando como eje el artículo constitucional citado.

En esa línea, si toda norma jurídica es la expresión de un valor jurídico,²⁷⁵ entonces, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al ser la norma jurídica fundamental, expresa valores jurídicos supremos, entre los que se encuentran los límites de punir.

Es evidente que el artículo 1º Constitucional repercute en el principio de proporcionalidad penal, pues no puede referirse únicamente a la relación entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, sino que debe limitar la función punitiva en razón de la protección de derechos fundamentales prescrita en el texto constitucional.

Visto así, el principio constitucional de proporcionalidad se erige como una herramienta de argumentación para la protección de derechos, esto es, en un verdadero examen (test), el cual puede legitimar o no, cualquier medida de autoridad que afecte derechos fundamentales.

El párrafo tercero del artículo 1º constitucional al establecer las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; para todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, lo que comprende al ius

²⁷⁴ Aguado Correa, Teresa. *Op. cit.*, p. 31.

²⁷⁵ Kelsen Hans. *Teoría pura del derecho*, 61ª edición, grupo editorial éxodo, México, 2007, p. 23.

puniendi judicial, es decir, a la actividad de imponer sanciones penales que de ordinario realizan los jueces en el ejercicio de su labor jurisdiccional.

Es por ello que el principio de proporcionalidad contenido en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se refiere a cuestiones muy concretas de la sanción penal, específicamente en la esfera legislativa, pero esto es sólo porque está enunciado en su forma más compacta.

El llamado principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, no se refiere únicamente a la relación entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, sino que se expresa en que toda actuación estatal que afecte a algún derecho fundamental, debe ser limitada.²⁷⁶

En nuestro país, dicho principio en su reconfiguración actual, no está considerado de forma expresa por la constitución, si bien la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, especialmente el criterio emitido por su Primera Sala establece que su fundamento es el artículo 1º constitucional, tesis aislada 1a. CCCXII/2013 y número de registro 2004712, la cual establece:

“INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que existen dos niveles de análisis de la constitucionalidad, uno de carácter ordinario y otro de nivel intenso. El primero debe realizarlo el juez constitucional en los asuntos que no incidan directamente sobre los derechos humanos y exista un amplio margen de acción y apreciación para la autoridad desde el punto de vista normativo, como ocurre en la materia económica o financiera. En cambio, el escrutinio estricto se actualiza cuando el caso que se tenga que resolver involucre categorías sospechosas detalladas en el artículo 1o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se afecten derechos

²⁷⁶ Mir Puig Santiago y Queralt Jiménez Joan J. Op. cit., p. 68.

humanos reconocidos por el propio texto constitucional y/o por los tratados internacionales, o se incida directamente sobre la configuración legislativa que la Constitución prevé de manera específica para la actuación de las autoridades de los distintos niveles de gobierno. En este sentido, si bien las diferencias en la intensidad del control constitucional y el uso del principio de proporcionalidad han derivado de precedentes relacionados sólo con el principio de igualdad, ello no es impedimento para utilizar esta clasificación jurisprudencial y el respectivo test de proporcionalidad (fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido) para casos que no estén estricta y únicamente vinculados con el aludido principio constitucional. Lo anterior, porque el juzgador realiza indirecta y cotidianamente diversos grados de análisis constitucional dependiendo si se trata, por ejemplo, de la afectación de un derecho humano o del incumplimiento de una norma competencial de contenido delimitado o de libre configuración, aun cuando la materia del caso no sea la violación estricta del derecho de igualdad. Así, el principio de proporcionalidad irradia y aplica sobre la totalidad de los derechos humanos con fundamento en el artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Amparo en revisión 202/2013. 26 de junio de 2013. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Miguel Antonio Núñez Valadez.”

Tal criterio implica que el principio de proporcionalidad en sentido amplio, es una herramienta que ayuda no sólo a justificar las decisiones jurisdiccionales, sino que se constituye en una verdadera herramienta de protección contra medidas que intervienen derechos humanos de forma excesiva o arbitraria, pues en su actual configuración, este principio, visto como una herramienta o test implica que toda medida debe ser idónea para el fin constitucionalmente exigido, necesaria para obtener ese fin y proporcional en sentido estricto, es decir, ponderada para que tal medida sea ajustada a una proporción razonable.

En cuanto al ámbito penal dónde debe operar el principio de proporcionalidad, ya como el test de proporcionalidad, acorde al artículo 1° constitucional, se estableció por la corte que puede utilizarse en la llamada individualización de las penas llevada a cabo en sede jurisdiccional, en tanto que reiteró que el principio en su aspecto restringido y que está previsto en el artículo 22 constitucional, opera en el análisis de la legislación penal.

Criterio que se reiteró en la tesis aislada CCCXI/2014 y número de registro 2007343, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro y texto es el siguiente:

“PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS Y PROPORCIONALIDAD EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. LA PRIMERA ESTÁ RELACIONADA CON LA PENALIDAD EN ABSTRACTO, MIENTRAS QUE LA SEGUNDA PUEDE VINCULARSE CON LA INDIVIDUALIZACIÓN EN EL CASO CONCRETO. Para analizar el marco legal de las sanciones, de cara al contenido del artículo 22 constitucional, debemos ubicarnos en lo que la dogmática jurídico penal llama "penalidad", "punibilidad", "merecimiento", "necesidad de la pena" o "pena abstracta", y no en el ámbito de la individualización de la sanción, que se refiere propiamente a la pena que imponen los jueces en los casos concretos. La punibilidad o penalidad es la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general y determinada cualitativamente por la clase del bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste. El análisis de proporcionalidad que prescribe el artículo 22 constitucional está ligado precisamente a la obra legislativa, esto es, a determinar si el legislador diseñó la penalidad o punibilidad de los delitos de manera coherente, tomando en consideración un orden o escala que garantice que las personas que sean condenadas por delitos similares, reciban sanciones de gravedad comparable, y que las personas condenadas por delitos de distinta gravedad sufran penas acordes con la propia graduación del marco legal. Este principio se transgrede o

infringe cuando la obra legislativa dispone, de forma marcadamente desigual, distintas penalidades para dos conductas que son igualmente reprochables. Por el contrario, el análisis de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales podría tener lugar en un ámbito muy distinto: el de las reglas relativas a la individualización de la sanción, que lleva a cabo el juzgador. Cuando un juzgador va a determinar la sanción penal concreta en un caso determinado, es decir, cuando va a decidir cuál es la pena específica entre el máximo y el mínimo establecido en la penalidad, entonces podría eventualmente aplicar un test de proporcionalidad. Amparo directo en revisión 85/2014. 4 de junio de 2014. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán. Esta tesis se publicó el viernes 5 de septiembre de 2014 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.”

Le la tesis transcrita apunta a que uno de los límites a la facultad sancionadora en sede judicial es el examen de proporcionalidad, previsto según el criterio contenido ahí, en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a través de la llamada individualización judicial de la pena.

3.5.- Test de proporcionalidad como criterio para individualizar sanciones

Ya hemos expuesto que el test de proporcionalidad puede ser utilizado en la llamada individualización judicial de sanciones. También hemos concretado que la individualización judicial de sanciones es el momento en el cual, el juez debe determinar la clase y la magnitud de la sanción para el responsable de un delito.

La sanción que resulte del arbitrio judicial deberá ubicarse dentro de los marcos de punibilidad establecidos por el legislador y deberá ser proporcionada al delito que se sancione y proporcionada al bien jurídico afectado, lo que implica que ninguna sanción penal debe ser mayor de lo que permita el grado de reproche que en el caso concreto merezca la conducta del autor; pues el estado no tiene derecho de ir, a través de la

función judicial, más allá de lo que le permita la culpabilidad del autor en el caso concreto.²⁷⁷ La sanción penal puede definirse como la privación o restricción de bienes jurídicos, establecida por la ley e impuesta por un órgano jurisdiccional competente, al que ha cometido un delito.²⁷⁸ De ahí que se afirme que la pena es la principal consecuencia jurídica de la realización de un delito.²⁷⁹

La legitimidad de la punición depende, por una parte, de que el sujeto sea culpable en la comisión de un delito, y por otra, de que la pena impuesta no rebase su grado de culpabilidad.²⁸⁰

Como hemos señalado, el artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales dispone que para individualizar la sanción penal dos criterios:

- a) Gravedad del ilícito; y
- b) Grado de culpabilidad.

La gravedad del ilícito se calcula con base en el daño que se causó al bien jurídico o el peligro en el que se puso dicho bien, la naturaleza de la acción, los medios empleados, las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado y la forma y grado de intervención del agente, debe decirse que tales circunstancias sólo deben ser valoradas si cumplen dos condiciones:

- a) Que sean relevantes para aumentar la magnitud de la sanción o bien para elegir la clase de sanción; y
- b) Que no se hallen contempladas como factor que integra el marco de punibilidad, ya sea en el tipo básico, ya como una agravante o calificativa.

²⁷⁷ Barreda Solórzano, Luis de la, Op. cit., p. 239.

²⁷⁸ Molina Blázquez, Ma. Concepción. *La aplicación de la pena, estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, 2ª edición, Bosch, España, 1998, p.15.

²⁷⁹ Zugaldía Espinar, José Miguel, Moreno-Torres Herrera, María Rosa, Pérez Alonso, Esteban Juan, Marín de Espinosa Ceballos, Elena y Ramos Tapia, Ma. Inmaculada. *Op. cit.*, p. 525.

²⁸⁰ *Ibíd.*, p. 88.

El grado de culpabilidad por otra parte toma en cuenta los motivos que impulsaron al activo a delinquir y las circunstancias en que se encontraba la víctima. Por lo que respecta a las circunstancias peculiares del responsable, estas deberán influir únicamente cuando sean para atenuar dicho grado, pues de lo contrario se estaría ante una sanción basada en la discriminación o en un derecho penal de autor, lo que no es posible en nuestro sistema jurídico.

En este último aspecto se debe precisar que el artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece:

“Artículo 410...

[...]

La gravedad de la conducta típica y antijurídica estará determinada por el valor del bien jurídico, su grado de afectación, la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, los medios empleados, las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho, así como por la forma de intervención del sentenciado.

El grado de culpabilidad estará determinado por el juicio de reproche, según el sentenciado haya tenido, bajo las circunstancias y características del hecho, la posibilidad concreta de comportarse de distinta manera y de respetar la norma jurídica quebrantada. Si en un mismo hecho intervinieron varias personas, cada una de ellas será sancionada de acuerdo con el grado de su propia culpabilidad.

Para determinar el grado de culpabilidad también se tomarán en cuenta los motivos que impulsaron la conducta del sentenciado, las condiciones fisiológicas y psicológicas específicas en que se encontraba en el momento de la comisión del hecho, la edad, el nivel educativo, las costumbres, las condiciones sociales y culturales, así como los vínculos de parentesco, amistad o relación que guarde con la víctima u ofendido. Igualmente se tomarán en cuenta las demás circunstancias especiales del sentenciado,

víctima u ofendido, siempre que resulten relevantes para la individualización de la sanción...”

En este sentido, lo que realmente puede influir de forma constante en la graduación de la sanción penal es el juicio de reproche, pues el grado de culpabilidad se determinará por el juicio de reproche, según el sentenciado haya tenido la posibilidad concreta de comportarse de distinta manera y de respetar la norma jurídica quebrantada; esto bajo las circunstancias y características del hecho.

3.6.- Contenidos del test de proporcionalidad penal

El test de proporcionalidad consiste en que toda providencia de autoridad restrinja el alcance de un derecho fundamental sólo en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito, de conformidad con la prohibición de exceso en el ejercicio del poder y sirve para determinar si una intervención estatal es legítima o no.²⁸¹

Su formulación actual se debe en gran medida al Tribunal Constitucional alemán, dado que a través de sus jurisprudencias determinó que el principio de proporcionalidad en sentido amplio se puede descomponer en tres sub-principios: principio de idoneidad, principio de necesidad y principio de proporcionalidad en sentido estricto.²⁸²

Debe decirse que el principio de proporcionalidad es un criterio para determinar si una intervención en un derecho fundamental es legítima o no,²⁸³ criterio del que se verifica su actualización a través de lo que la doctrina ha denominado el test de proporcionalidad. Tal examen tiene su origen en el derecho administrativo - concretamente en el derecho policial - como técnica para controlar los poderes discrecionales de la Administración, y pasa a convertirse en Alemania en uno de los pilares del Estado de derecho, pues recibe de manos del Tribunal Constitucional

²⁸¹ Sánchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad*, UNAM e Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2007, p. 20.

²⁸² Aguado Correa, Teresa. *Op. Cit.*, p. 65.

²⁸³ Sánchez Gil, Rubén. *Op. Cit.*, p. 20.

alemán, desde sus primeras sentencias, el rango de “principio constitucional”, al mantener que hay máximas constitucionales que, sin embargo, no se encuentran expresamente escritas.²⁸⁴

El test de proporcionalidad puede ser concebido como una estructura de argumentación, ampliamente empleada en la jurisprudencia constitucional, y al mismo tiempo objeto de una creciente elaboración dogmática, que suministra un derrotero a través del cual conducir el examen de constitucionalidad de medidas que suponen una intervención en derechos fundamentales (y en general la afectación de principios constitucionales).²⁸⁵

La aplicación del test de proporcionalidad, tiene como presupuesto la existencia de una colisión entre principios constitucionales, lo que ocurre cuando la medida enjuiciada representa una afectación en derechos fundamentales, pero a la vez cuenta con razones a favor de su constitucionalidad, sólo cuando es posible establecer un conflicto entre razones a favor y en contra de la constitucionalidad de la medida enjuiciada tiene lugar la aplicación de los sub-principios de la proporcionalidad.²⁸⁶

Ya se hizo alusión a la distinción entre principios y reglas, la cual, radica en que los primeros representan mandatos de optimización, es decir, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes; en cambio las reglas son normas que establecen una medida exacta de satisfacción, esto es, que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible, con lo cual, una vez se verifica su condición de aplicación, ha de hacerse exactamente lo que en ellas se ordena, ni más ni menos.²⁸⁷ También hemos expuesto que todos los principios, deben hallarse en la norma

²⁸⁴ Vidal Fueyo Camino, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2005*, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, Uruguay, p. 442.

²⁸⁵ Lopera Mesa, Gloria Patricia, citada por Mir Puig, Santiago y Queralt Jiménez, Joan J. *Op. cit.*, p. 108.

²⁸⁶ *Ibidem*, pp. 111-113.

²⁸⁷ Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Traducción por E. Garzón Valdés, 2 reimpresión, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 86 y ss.

fundamental, ya de manera implícita, ya de forma explícita, lo cual de ninguna forma demerita su condición.

Cuando dos principios se contraponen, a esta oposición de principios se le denomina “colisión”, en cambio, a cuando la oposición es entre reglas, se les denomina “conflictos”.²⁸⁸

El principio de proporcionalidad, base del test o examen que analizamos está implícito en la constitución política mexicana, y tiene tres gradas o filtros por así llamarlos. Los tres principios de la proporcionalidad son idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, definen lo que debe entenderse por optimización, de acuerdo con la teoría de principios de Alexy.

Si el principio de proporcionalidad en sentido amplio se compone de tres sub-principios, el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, en ese sentido sería válido afirmar, que dicho principio al utilizarse como herramienta de argumentación, es decir, como el test de proporcionalidad, se integra por las categorías de: a) Idoneidad; b) Necesidad; y c) Proporcionalidad en sentido estricto.

No se repara mucho en la distinción, pero habida cuenta que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha referido al test de proporcionalidad como una herramienta de argumentación para determinar si una medida es legítima en razón del grado de intervención que realiza sobre un derecho humano, nos ha parecido importante señalar el origen de tal terminología. Sin embargo, como advertimos, los autores que hablan del principio de proporcionalidad en las más de las ocasiones no reparan en la situación de los términos, pues indistintamente al referirse al principio de proporcionalidad en sentido amplio, se deduce que lo utilizan tanto como una expresión de valores y, como una herramienta de interpretación (test o examen); en este trabajo, salvo el capítulo primero, al referirnos al principio de proporcionalidad hacemos referencia al test de proporcionalidad, propiamente dicho.

²⁸⁸ Huerta Ochoa, Carla. *Conflictos Normativos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2003, pp. 52-59.

La aplicación del test de proporcionalidad implica abandonar una concepción de conflicto entre principios o derechos constitucionales que los ve como opuestos y que obliga a imponer a uno de ellos sobre el otro. Por el contrario, la aplicación del citado examen de proporcionalidad busca una vigencia armoniosa de ambos contendientes, pues el conflicto no se da entre los derechos en abstracto, sino entre las pretensiones de sus titulares en los casos concretos, cuya satisfacción sólo puede darse en los procesos jurisdiccionales, con lo cual se excluye la posibilidad de que un derecho exija para su ejercicio la lesión de otro derecho, pues sencillamente no son enemigos naturales.²⁸⁹ En todo caso, los principios o derechos constitucionales colisionan, pero no están en conflicto.

De ahí que sea procedente el análisis de toda medida restrictiva de derechos a través de los principios que integran el principio de proporcionalidad en sentido amplio, los cuales fueron definidos en primer momento por el tribunal constitucional alemán en los términos siguientes: a) Principio de idoneidad.- un medio es apto o idóneo para conseguir el fin pretendido cuando con su ayuda es posible resolver el fin deseado o cuando significativamente contribuye a alcanzar el fin pretendido; b) Principio de necesidad o principio de la alternativa menos gravosa.- el medio adoptado será necesario para conseguir el fin perseguido cuando el legislador no hubiese podido elegir otro medio igual de eficaz, pero que no restrinja los derechos fundamentales o lo haga en menor medida; y, c) Principio de proporcionalidad en sentido estricto, es lo que se denomina examen de proporcionalidad.- una vez afirmada la aptitud y necesidad de un medio para alcanzar el fin pretendido, se trata de examinar si la medida no resulta en exceso gravosa para el afectado y si el afectado la considera exigible.²⁹⁰

Existe discrepancia en torno al principio que da origen al test de proporcionalidad por lo que hace a su contenido. Cuando se analizan los límites del *ius puniendi*, el principio de proporcionalidad generalmente sólo se refieren al principio de

²⁸⁹ Sánchez Gil, Rubén. *Op. cit.*, pp. 22 -23

²⁹⁰ Aguado Correa, Teresa. *Op cit.*, p. 67.

proporcionalidad en sentido estricto, pues se considera que no sólo es preciso que el actor sea culpable, sino que además la gravedad de la pena ha de ser proporcionada a la gravedad del hecho cometido.²⁹¹

Sin embargo, este principio en sentido amplio ha sido denominado también como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia. Tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretende contribuir a preservar la "proporcionalidad" de las leyes ligándolo con el principio de estado de derecho y, por ende, con el valor justicia.²⁹²

En Alemania, un sector mayoritario de la doctrina sostiene que existe un principio de proporcionalidad en sentido amplio, que se descompone en los principios de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, el cual coincide con el que se enuncia como la gravedad de la pena ha de ser proporcionada a la gravedad del hecho cometido.²⁹³ El principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso como límite al ius puniendi, implica reconocer que se busca proteger la libertad que se proclama como uno de los valores supremos del ordenamiento jurídico, precisamente a través de la aplicación del principio de prohibición de exceso en derecho y por tanto, de los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; lo cual se realiza a través del test de proporcionalidad. Esta postura formula el principio de proporcionalidad en sentido amplio, en tres sub-principios: la intervención restrictiva de los poderes públicos sobre los derechos de los ciudadanos debe ser necesaria, adecuada y proporcionada.

Otras posturas reconocen como expresiones del principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; o bien, reconocen la existencia de un principio en

²⁹¹ *Ibíd.*, pp.137-138.

²⁹² Cienfuegos Salgado, David y Cifuentes Vargas, Manuel. *El ilícito y su castigo, reflexiones sobre la cadena perpetua, la pena de muerte y la idea de sanción en el derecho*, ediciones Laguna, México, 2009, p. 275.

²⁹³ Aguado Correa, Teresa. *Op. cit.*, p. 138.

sentido amplio, pero desdoblado en dos principios materiales: el de necesidad o mínima lesión posible y el de proporcionalidad en sentido estricto o adecuación al fin.²⁹⁴

Finalmente, hay posturas que no reconocen el principio de proporcionalidad en sentido amplio integrado a su vez por tres sub-principios, pues consideran el principio de proporcionalidad como proporcionalidad de la pena con la gravedad del injusto, deriva tanto del principio de necesidad como el de eficacia y lo conecta con el de culpabilidad y con el de responsabilidad subjetiva; estableciendo su importancia como limitador del ius puniendi.²⁹⁵

En Colombia, el principio de proporcionalidad se encuentra previsto en su Código Penal²⁹⁶, pues en su artículo 3 se precisan los principios de las sanciones penales, dicho artículo es del tenor siguiente:

“Artículo 3. Los principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.”

Es claro que en el país sudamericano el principio de proporcionalidad se halla en el texto penal, diferenciándolo de los principios de necesidad y razonabilidad. Aunado a esto, el código penal colombiano establece en su artículo 4 y 5, cuáles son las funciones de la pena y las funciones de las medidas de seguridad respectivamente, tal como se muestra a continuación:

“Artículo 4. Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y

²⁹⁴ Ibídem.

²⁹⁵ Ibídem, p. 139.

²⁹⁶ Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html, consultado el 16 de noviembre de 2016.

protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.”

“Artículo 5. Funciones de la medida de seguridad. *En el momento de la ejecución de la medida de seguridad operan las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación.”*

En ese sentido, el principio de proporcionalidad de las penas va de la mano con las funciones que se le asignan a estas últimas, pues una sanción (medida de seguridad o pena) dejará de ser proporcional en la medida en que la función de la sanción no se cumplan con la imposición.

De los desarrollos que hemos expuestos sobre el contenido y alcance que se le otorga al principio de proporcionalidad en sentido amplio, se puede concluir que incidirá en el contenido y alcance del test de proporcionalidad como método de análisis en sede judicial sobre medidas que intervienen derechos humanos.

Sobre el particular, debe decirse que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de su Primera Sala ha reconocido que el principio de proporcionalidad en sentido amplio es aplicable para la protección en derechos fundamentales a través de un examen o test. Ha seguido un modelo distinto al modelo que se persigue en Colombia, que es el único país que lo incluye en su legislación sustantiva penal, y ha desarrollado su contenido en la jurisprudencia, como en Alemania. De ese modo el tribunal mexicano ha sostenido:

“...un test de proporcionalidad, que viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico. Ese principio consta, a su vez, de tres sub-principios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significa que una medida, esto es, una ley o una sentencia, etcétera, que limita un derecho o un bien constitucional de considerable importancia para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la

misma finalidad pudiera alcanzarse con un costo menor. El tercer sub-principio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas...”

Tal criterio fue sustentado en la tesis aislada 1ª. CCCIX/2014, con registro 2007342, de rubro “**PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SUS DIFERENCIAS CON EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES.**”; en el citado criterio identifica el principio de proporcionalidad en materia penal tradicional como una regla destinada al legislador, a fin de que el producto legislativo se adecue al principio constitucional que no es otro que el principio de proporcionalidad penal en sentido estricto.

“...en el caso de la proporcionalidad de penas, regularmente se analiza una regla (el tipo penal de que se trate) frente a un principio constitucional (el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 22 constitucional), con la finalidad de determinar si aquella -la regla- satisface o no la exigencia del principio constitucional; concretamente, si la pena es acorde o no en relación con el bien jurídico afectado. En estos casos, es posible adoptar cualquier metodología encaminada a la justificación exigida por el artículo 22, dejando fuera, naturalmente, un análisis de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales, dado que en este tipo de casos no se está ante la colisión de dos principios.”

En ese sentido, el principio de proporcionalidad que la corte mexicana ha establecido como test en materia de derechos fundamentales, puede aplicarse en el momento de la individualización de sanciones. A ese respecto estableció:

“...el análisis de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales podría tener lugar en un ámbito muy distinto: el de las reglas relativas a la individualización de la sanción, que lleva a cabo el juzgador. Cuando un juzgador va a determinar la sanción penal concreta en un caso determinado, es decir, cuando va a decidir cuál es la pena específica entre el máximo y el mínimo

establecido en la penalidad, entonces podría eventualmente aplicar un test de proporcionalidad...”

Tal criterio fue emitido mediante la tesis aislada 1ª. CCCXI/2014, con número de registro 2007343, de rubro: **“PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS Y PROPORCIONALIDAD EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. LA PRIMERA ESTÁ RELACIONADA CON LA PENALIDAD EN ABSTRACTO, MIENTRAS QUE LA SEGUNDA PUEDE VINCULARSE CON LA INDIVIDUALIZACIÓN EN EL CASO CONCRETO”**.

Por tanto, es dable hablar del test de proporcionalidad, el cual se corresponde con el principio de proporcionalidad en sentido amplio, mismo que se descompone en tres sub-principios: a) idoneidad; b) necesidad y c) proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. De acuerdo con la Primera Sala, el sub-principio se enuncia de la forma siguiente:

El principio de idoneidad significa que una medida, esto es, una ley o una sentencia que limita un derecho o un bien constitucional de considerable importancia para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad. Este principio se refiere a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. En materia penal, este principio se enunciaría de la siguiente manera:

El principio de idoneidad requiere que el derecho penal sea apto para la tutela del bien jurídico y que la medida adoptada, tanto la pena como la medida de seguridad, sea adecuada para conseguir la finalidad que se persigue.²⁹⁷

En cuanto al principio de necesidad, la Primera Sala lo ha definido de la siguiente forma:

El principio de necesidad significa que una medida, ley o una sentencia que limita un derecho o bien constitucional de considerable importancia para satisfacer otro, debe ser necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse

²⁹⁷ *Ibíd*em, pp.147-148.

con un costo menor. Este principio se refiere a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. El principio de necesidad en derecho penal, se concreta, por una parte, en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y, por otra, en el principio de intervención mínima con los postulados que lo integran: ultima ratio y carácter fragmentario del derecho penal.²⁹⁸

El tercer sub-principio, proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto viene a coincidir con el principio de proporcionalidad de las penas y el principio de proporcionalidad de las medidas de seguridad, tal y como ha sido entendido tradicionalmente por la doctrina.²⁹⁹

Este test de proporcionalidad así configurado aplicaría en caso de conflicto entre derechos, pues “...sólo cuándo es posible establecer un conflicto entre razones a favor y en contra de la constitucionalidad de la medida enjuiciada, tiene lugar la aplicación de los sub-principios de la proporcionalidad.”³⁰⁰

Si el principio de proporcional se integra a su vez por tres categorías o sub-principios a saber:

- Principio de necesidad;
- Principio de idoneidad, y;
- Principio de proporcionalidad en sentido estricto.

En la imposición de sanciones cada principio va a tener una dimensión propia y matices diferenciados.

Así, al imponer una sanción, el principio de necesidad se identifica con la descripción típica, pues su inclusión en el código penal es por la necesidad que se origina en prohibir la conducta ante los efectos antisociales que se originan con su

²⁹⁸ Ibídem, p. 148.

²⁹⁹ Ibídem pp.147-148.

³⁰⁰ Mir Puig Santiago y Queralt Jiménez Joan J. *Op. cit.*, p. 68

comisión. De ahí que el principio de necesidad englobe a su vez los principios de legalidad en materia penal, pues sólo por las conductas tipificadas en la ley punitiva se podría imponer una sanción y sin esa tipificación no puede haber ni siquiera delito; con el de intervención mínima, con el de última ratio y con el de estricta protección de bienes jurídicos.

Por cuanto al principio de idoneidad, se tiene por satisfecho dicho sub-principio con la clase de sanción prevista para cada conducta tipificada, pues el legislador ya determinó en que grado afectará los derechos a los culpables de delitos, conforme a los fines que se le asignen a la pena (prevención positiva o negativa); además de que la punibilidad prevista para cada uno de los tipos penales, deberá dar un margen de libertad al juzgador para su individualización en cada caso concreto, lo que se cumple al preverse la punibilidad en un marco expresado entre un mínimo y un máximo para cada sanción prevista al que deberá ajustarse el quantum de la sanción. En este aspecto entraría el principio de legalidad y el de estricta protección a bienes jurídicos, pues si una sanción se impone sin acatar o respetar tales principios, no podría ser idónea y mucho menos proporcional.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto es el que se cumple en una esfera de imposición de sanciones en sede judicial. Pues para que se determine el quantum de la sanción deberá atenderse cada uno de los factores previstos en ley, tanto para determinar la gravedad del injusto como para determinar el grado de culpabilidad.

Ante ello, no bastaría con realizar una simple operación aritmética para determinar el monto de la sanción que se ha de imponer en un caso concreto, sino que para cumplir con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, se deberían acreditar dos condiciones a saber:

- Probar la existencia y en su caso la concurrencia de los factores (ya del grado de injusto o bien del grado de la culpabilidad) para atenuar la sanción penal;

- La motivación en cada caso del porqué, en caso de que tales factores estén probados en juicio, no atenuarían la sanción, por no disminuir el grado de culpabilidad o el grado del injusto por el que se emite la condena.

En la imposición de sanciones, pareciera que el principio de proporcionalidad y su examen requiere entonces ajustarse a una escala inversa:

- A mayor concurrencia de factores probados, menor la magnitud de la sanción penal que se ha imponer.
- A menor concurrencia de factores probados, mayor la magnitud de la sanción penal que se ha de imponer.

Sin embargo, tal regla sería rígida y no garantizaría el cumplimiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto, aun y cuando estuviese prevista en ley, si bien, su inclusión en el texto legal obligaría a los jueces a realizar una individualización con base en lo probado y les impondría una obligación de justificar por qué consideran que aún con la concurrencia de tales factores, estos no podrían disminuir el grado de reproche y el grado de injusto, sino que incluso podrían elevar el monto de la sanción.

De ahí que si ante la existencia de algún factor previsto en ley, se pueda fundar una sanción atenuada o una sanción agravada, lo cual haría que dicha regla se exprese en los siguientes términos:

- Ante la concurrencia de factores previstos en ley probados, menor o mayor la magnitud de la sanción penal que se ha imponer.

Tal regla debe ser prevista en el Código Penal Federal y en el Código Nacional de Procedimientos Penales, pues a nuestro criterio, la imposición de sanciones es de naturaleza discrecional y tal regla obligaría a los juzgadores a razonar en cada caso el porque la concurrencia de determinados factores, no incide en la atenuación de la sanción.

Así, de todo lo expuesto, podemos establecer que el test de proporcionalidad como criterio para imponer sanciones penales, se integra de tres categorías:

A) Necesidad (que es dada por el legislador);

B) Idoneidad (también dada por el legislador); y

C) Proporcionalidad en sentido estricto (en dónde el arbitrio judicial tendría que sujetarse a una regla específica).

Las dos primeras categorías vienen dadas por el legislador en forma general, pues atienden a la gravedad del ilícito; la tercera categoría implica graduar la sanción con base en el grado de la culpabilidad. En dichas categorías no se pregunta si la pena es o no necesaria, o si la sanción es o no idónea, sino se responde contundentemente si es necesario aumentar la sanción mínima, o si es idóneo aumentarla, pero no con base en un capricho del juez o con base en un arbitrio que excluya a la legalidad, sino con el principio de legalidad como pilar para determinar esa necesidad y esa idoneidad.

Será necesario aumentar la sanción pena sí hubo una destrucción de total del bien jurídico como resultado de una acción u omisión de naturaleza dolosa, o bien, si la puesta en peligro del bien jurídico se debió a una acción dolosa, pero no será necesario aumentar la graduación de la sanción penal aunque haya una destrucción del bien jurídico, si fue como resultado de una acción culposa, pues si bien es reprochable en ambos casos la conducta, la culpabilidad resulta mínima en el segundo de los supuestos enunciados, por lo que el juez penal únicamente tendrá que ajustar su decisión sobre la punición al mínimo contemplado en el marco penal respectivo.

Por otra parte, será idóneo aumentar la sanción penal si las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho, ameritan aumentar la graduación de la sanción, o bien, se considera idóneo por la forma y el grado de intervención del agente. Así, quizás sea necesario elevar la graduación de la sanción penal ante la destrucción de un bien jurídico por una acción u omisión dolosa, pero no sea idóneo en vista de que las circunstancias en que fue producido el hecho no ameriten mayor reproche que el

que se previó por el legislador con la sanción mínima, o bien, la forma o grado de participación del activo no haya sido objeto de especial reproche por el legislador, por lo que, aun siendo necesario el aumento en la sanción, no es idóneo.

Pero esto únicamente ocurrirá si a los jueces se les impone la obligación de fundar y motivar ante la existencia o concurrencia de factores criminógenos probados, el porqué de la menor o mayor la magnitud de la sanción penal que se ha imponer en el caso concreto. Esto es, la graduación de la sanción seguiría dejada al prudente arbitrio del juez, pero no el considerar los factores criminógenos que incidan para determinar la gravedad del injusto y el grado de culpabilidad que aparezcan probados en juicio.

Así, solamente en el caso de que resulte necesario e idóneo imponer la sanción penal de mayor magnitud que el mínimo previsto legalmente, se graduará la sanción de forma proporcional, tomándose como marco el juicio de reproche y como grados para aumentar ese reproche a diversos factores ya legislados.

Tres categorías: a) Principio de necesidad; B) Principio de idoneidad; y C) Principio de proporcionalidad en sentido estricto. Las dos primeras categorías vienen dadas por el legislador en forma general, pues atienden a la gravedad del ilícito; la tercera categoría implica graduar la sanción con base en el grado de la culpabilidad y la gravedad del injusto.

El test de proporcionalidad en la imposición de sanciones se integrará de la siguiente forma:

A) Si la conducta es típica, antijurídica y culpable, existirá necesidad de imponer una sanción, pues tal conducta fue incluida en el catálogo de delitos por el legislador.

B) Únicamente podrán imponerse las sanciones previstas para cada delito en particular, pues tales consecuencias son las idóneas, dado que así lo consideró el legislador.

C) Para determinar si se debe aumentar o no la graduación de la sanción penal, se debe tomar en cuenta, en atención al principio de proporcionalidad en sentido estricto, debe atenderse a la gravedad del injusto y al grado de culpabilidad. Así, para el determinar la gravedad del injusto, el juzgador deberá valorar: a) el daño causado al bien jurídico protegido o a la puesta en peligro en que se le colocó; b) la naturaleza de la acción penal; c) las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho y d) la forma y grado de intervención del agente. Aunado en que deberá atenderse a las atenuantes o agravantes previstas por el legislador en la punibilidad.

Para determinar el grado de culpabilidad, el juzgador deberá valorar: a) los motivos que impulsaron a delinquir al activo; b) las circunstancias peculiares del delincuente: edad, educación, condición social, condición económica o costumbres del sujeto activo; c) la condición en que se encontraba la víctima; y, d) el comportamiento posterior en relación al delito cometido.

La regla que deberá aplicarse para incluir el test de proporcionalidad en la imposición de sanciones deberá ser:

En la imposición de sanciones, el aumento de la graduación de la sanción penal será justificado únicamente si durante el juicio se probaron los factores previstos en ley que incidan en determinar una mayor gravedad del injusto y un mayor grado de culpabilidad. El juez no podrá aumentar la sanción penal sin justificar con los medios probatorios cuales factores inciden en un aumento de la gravedad del injusto y el grado de culpabilidad.

Fuentes de información

Bibliografía

1. Aguado Correa, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Edersa, España, 1999.
2. Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Traducción por E. Garzón Valdés, 2 reimpresión, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1986.
3. Amuchategui Requena, Irma Griselda y Villasama Díaz, Ignacio. *Derecho penal, diccionarios jurídicos temáticos, segunda serie, v. I.*, Oxford, México, 2002.
4. Baigún, David, García-Pablos, Antonio, Pierangeli, José H., y Zaffaroni, Eugenio Raúl (coordinadores). *De las penas*, Depalma ediciones, Buenos Aires, 1997.
5. Barreda, Luis de la. *Justicia penal y derechos humanos*, Porrúa, México, 1997.
6. Bonesana César, Marques de Beccaria. *De los Delitos y de las Penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas (1774), Fondo de cultura económica, México, 2000.
7. Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. *Derecho penal mexicano, parte general*, 23ª ed., Porrúa, México, 2007.
8. Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos elementales de derecho penal*, Porrúa, 43ª edición, México, 2002.
9. Cienfuegos Salgado, David y Cifuentes Vargas, Manuel. *El ilícito y su castigo, reflexiones sobre la cadena perpetua, la pena de muerte y la idea de sanción en el derecho*, ediciones Laguna, México, 2009.
10. _____, David, Ríos Espinosa, Carlos y Natarén Nandayapa, Carlos F., Coordinadores. *Temas de derecho procesal penal de México y España*, UNAM, México, 2002.
11. De Tavira, Juan Carlos y López Vergara, Jorge. *Diez temas criminológicos*, INACIPE, México, 2002.
12. Donna, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la pena*, tomo I, Astrea, Argentina, 1992, pp. 86-87.

13. Fernández, Gonzalo D. Culpabilidad y teoría del delito, B de F, Argentina, 1995.
14. Frank, Reinhard. Estructura del concepto de culpabilidad, traducción Sebastián Soler, Universidad de Chile, Chile, 1966.
15. García Máynez Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*, 61ª ed., México, Porrúa, 2009.
16. _____. *Teorías sobre la justicia en los diálogos de Platón*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.
17. García Ramírez, Sergio. *Justicia penal*, Editorial Porrúa, 2ª edición, México, 1998.
18. Goldschmidt, James. La concepción normativa de la culpabilidad, traducción de Goldschmidt Margarethe de y Núñez, Ricardo C., B de f, 2ª edición, Argentina, 2002.
19. Gracia Martín, Luis, Boldova, Pasamar, Miguel Ángel y Alastuey Dobón, M. Carmen. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, el sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito*, Tirant lo blanch, 4ª edición, España.
20. Huerta Ochoa, Carla. *Conflictos Normativos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2003.
21. Islas de González Mariscal, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Trillas, 5ª edición, México, 2004.
22. Jiménez Martínez, Javier. *La teoría del delito, aproximación al estado de la discusión*, Porrúa, México.
23. Kelsen Hans. *Teoría pura del derecho*, 61ª edición, grupo editorial éxodo, México, 2007.
24. Lardizábal y Uribe, Manuel de. *Discurso sobre las penas*, Porrúa, México, 1982.
25. Lassalle, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?*, ediciones Coyoacán, México, 2009.
26. Lopera Mesa, Gloria Patricia y Arias Olguín, Diana Patricia. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*,

- Colombia, Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2010,
27. Loranca Muñoz, Carlos. *Individualización judicial de las penas y las medidas de seguridad*, Poder Judicial de la Federación, 2ª edición, México, 2008.
28. Luzón Peña, Diego Manuel. *Lecciones de derecho penal, parte general*, Tirant lo Blanch, 2ª edición, España, 2012.
29. Malo Camacho, Gustavo. *Derecho penal mexicano*, Porrúa, 5ª edición, México, 2003.
30. Mezger, Edmundo. *Tratados de derecho penal, tomo II*, traducción de Rodríguez Muñoz, José Arturo, Revista de privado, 2ª edición, España, 1946.
31. Mir Puig, Santiago y Queralt Jiménez Joan J. *Constitución y principios del derecho penal, algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, México, 2012.
32. _____. *Introducción a las bases del derecho penal*, B de f, 2ª edición, Argentina, 2003.
33. _____. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, Bosch, 2ª edición, España, 1982.
34. Molina Blázquez, Ma. Concepción. *La aplicación de la pena, estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, 2ª edición, Bosch, España, 1998.
35. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho penal, parte general*, Tirant lo blanch, 8ª edición, México, 2010.
36. Ojeda Velázquez, Jorge. *Derecho punitivo, teoría sobre las consecuencias del delito*, Trillas, México, 1993.
37. Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *La individualización de la pena de prisión*, 2ª edición, Porrúa, México, 2008.
38. _____. *Teoría del delito, sistemas causalista, finalista y funcionalista*, 14ª ed., Porrúa, México, 2004, p. 74.
39. _____. *Curso de derecho penal, parte general*, Porrúa, México, 1999.

40. Palacios Pámanes, Gerardo Saúl. *La cárcel desde adentro, entre la reinserción social del semejante y la anulación del enemigo*, 2ª edición, Porrúa, México, 2014.
41. Pavón Vasconcelos, Francisco. *Manual de derecho penal mexicano, parte general*, 2ª ed., Porrúa, México, 1967.
42. Rivacoba y Rivacoba, Manuel de. *Función y aplicación de la pena*, Depalma, Argentina, 1993.
43. Rousseau Juan Jacobo. *El pacto social*, 8ª edición, Porrúa, México, 1987.
44. Roxin Claus. *Derecho penal, parte general*, traducción Luzón Peña, Diego Manuel, Díaz y García Conlledo, Miguel, y Vicente Remesal, Javier de, editorial Civitas, España, 1997.
45. _____, Beloff, Mary, Magariños, Mario, Ziffer, Patricia S., Bertoni, Eduardo Andrés, y Ríos Ramón Teodoro. *Determinación judicial de la pena*, editores del puerto, Argentina, 1993.
46. _____. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, traducción Muñoz Conde, Francisco, Reus, España, 1981.
47. Sánchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad*, UNAM e Instituto de investigaciones jurídicas, México.
48. Silva Sánchez, Jesús María. *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un esbozo*, InDret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, núm. 2, Abril, 2009.
49. Silvestroni, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*, Editores del Puerto, Argentina, 2004.
50. Vázquez, Daniel. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, Universidad Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016.
51. Vidal Fueyo Camino, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2005*, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, Uruguay.
52. Villareal Palos, Arturo. *Culpabilidad y Pena*, Porrúa, 2ª edición, México, 2001.

53. Vives Antón, Tomas S. *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, 2ª edición, España, 2011.
54. Welzel, Hans. Derecho penal alemán, parte general, traducción por Bustos
55. Ramírez Juan y Yáñez Pérez, Sergio, editorial jurídica de Chile, 4ª edición, Chile, 1993.
56. _____. Teoría de la acción finalista, Depalma, Argentina, 1951.
57. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal, parte general*, tomo V, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1988.
58. Zugaldía Espinar, José Miguel, Moreno-Torres Herrera, María Rosa, Pérez Alonso, Esteban Juan, Marín de Espinosa Ceballos, Elena y Ramos Tapia, Ma. Inmaculada. *Fundamentos de derecho penal, parte general*, Tirant lo blanch, 4ª edición España, 2010.

Hemerografía:

Silva Sánchez, Jesús María. *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un esbozo*, InDret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, núm. 2, Abril, 2009.

Legisgrafía:

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
2. Código Penal Federal
3. Código Nacional de Procedimientos Penales
4. Código Penal Colombiano

Cibergrafía:

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Sobre principios y reglas*, en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10_04.pdf, Consultado el 17 de noviembre 2016.

Alexy, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcm3353>.

Islas Montes, Roberto. *Principios jurídicos*, en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr26.pdf>.

Conclusiones

1. La potestad punitiva estatal o *ius puniendi* se limita en su ejercicio mediante los principios de intervención mínima, *ultima ratio*, legalidad, estricta protección de bienes jurídicos, culpabilidad y proporcionalidad en sentido amplio, los cuales se contemplan a nivel constitucional.

2. La imposición judicial de sanciones se realiza a través de la figura legal de la individualización de la pena, la cual se orienta bajo el criterio de culpabilidad por el hecho cometido, dejando como una facultad discrecional del juez el aumento o disminución de la magnitud de la sanción con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad.

3. El test de proporcionalidad como criterio para imponer sanciones penales, se integra de tres categorías: a) Principio de necesidad; B) Principio de idoneidad; y C) Principio de proporcionalidad en sentido estricto. Las dos primeras categorías vienen dadas por el legislador en forma general, pues atienden a la gravedad del ilícito; la tercera categoría implica graduar la sanción con base en el grado de la culpabilidad y la gravedad del injusto. Por tanto, el test de proporcionalidad en la imposición de sanciones se integra de la siguiente forma:

A) Si la conducta es típica, antijurídica y culpable, existirá necesidad de imponer una sanción, pues tal conducta fue incluida en el catálogo de delitos por el legislador.

B) Únicamente podrán imponerse las sanciones previstas para cada delito en particular, pues tales consecuencias son las idóneas, dado que así lo consideró el legislador.

C) Para determinar si se debe aumentar o no la graduación de la sanción penal, se debe tomar en cuenta, en atención al principio de proporcionalidad en sentido estricto, debe atenderse a la gravedad del injusto y al grado de culpabilidad. Así, para el determinar la gravedad del injusto, el juzgador deberá valorar: a) el daño causado al bien jurídico protegido o a la puesta en peligro en que se le colocó; b) la naturaleza de

la acción penal; c) las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho y d) la forma y grado de intervención del agente. Aunado en que deberá atenderse a las atenuantes o agravantes previstas por el legislador en la punibilidad.

Para determinar el grado de culpabilidad, el juzgador deberá valorar: a) los motivos que impulsaron a delinquir al activo; b) las circunstancias peculiares del delincuente: edad, educación, condición social, condición económica o costumbres del sujeto activo; c) la condición en que se encontraba la víctima; y, d) el comportamiento posterior en relación al delito cometido.

4.- El test de proporcionalidad **es** un criterio para la individualización de sanciones, que debe ser incorporado en el Código Penal Federal y en el Código Nacional de Procedimientos Penales, a través de una regla expresada en los términos siguientes: En la imposición de sanciones, el aumento de la graduación de la sanción penal será justificado únicamente si durante el juicio se probaron los factores previstos en ley que incidan en determinar una mayor gravedad del injusto y un mayor grado de culpabilidad. El juez no podrá aumentar la sanción penal sin justificar con los medios probatorios cuales factores inciden en un aumento de la gravedad del injusto y el grado de culpabilidad.

5.- En ese sentido se probó la hipótesis de la que se derivó la presente investigación, pues *el test de proporcionalidad es un criterio para la individualización de sanciones, el cual debe ser positivado en ley, es decir, debe incorporarse en el Código Penal Federal y en el Código Nacional de Procedimientos Penales* dado que es una herramienta argumentativa que exige al juzgador basar su decisión en criterios objetivos para la graduación de sanciones, aunado a que su inclusión en la legislación sustantiva y procesal penal brinda certeza jurídica al justiciable sobre las reglas para determinar la magnitud de la sanción penal aplicable, máxime que las categorías de necesidad e idoneidad emanan directamente del principio de legalidad en materia penal la categoría de proporcionalidad en sentido estricto, se integra con elementos que pueden ser probados y en su caso, contradichos por las partes. Tal herramienta permite

justificar una mayor punición con base en lo probado por las partes, en estricto apego al principio de legalidad.

Propuesta

Debe positivarse el test de proporcionalidad en la individualización de sanciones, a través de una regla que se incluya en el Código Penal Federal (CPF) y en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), para lo cual se propone:

Adicionar un párrafo en el artículo 51 del Código Penal Federal con la redacción siguiente:

“Artículo 51.- [...]”

El Juez o Tribunal, al individualizar las sanciones penales que correspondan, para la graduación de la sanción deberá tomar en consideración los factores que inciden en la gravedad del injusto penal y el aquellos que inciden en el grado de culpabilidad, a fin de garantizar una sanción proporcional, sin que le sea permitido aumentar la magnitud de la sanción a imponer sin justificar plenamente con los medios probatorios cuales factores inciden en el aumento de la gravedad del injusto y el grado de culpabilidad.”

Adicionar un párrafo en la parte final del artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales, con la redacción siguiente:

“Artículo 410.- [...]”

[...]

El Juez o Tribunal, al individualizar las sanciones penales que correspondan, únicamente podrá aumentar la graduación de la sanción penal si durante el juicio se probaron los factores previstos en ley que incidan en determinar una mayor gravedad del injusto y un mayor grado de culpabilidad. El juez no podrá aumentar la sanción penal sin justificar con los medios probatorios cuales factores inciden en un aumento de la gravedad del injusto y el grado de culpabilidad.”