

LA PROPORCIONALIDAD COMO PRINCIPIO LIMITADOR EN LA DETERMINACIÓN E IMPOSICIÓN DE LAS PENAS

JOSÉ NIEVES LUNA CASTRO
MAGISTRADO DE CIRCUITO

PALABRAS PRELIMINARES

A instancia de la Fundación Académica Guerrerense, se me ha dado la honrosa oportunidad de colaborar en esta obra colectiva que tiene como eje rector la finalidad de compilar diversos estudios jurídicos en aras de contribuir en la formación de un trabajo a publicarse como homenaje, con motivo del reconocimiento de la trayectoria y obra del Sr. Magistrado César Esquinca Muñoa, como destacado integrante del Poder Judicial de la Federación durante más de 50 años.

Para quienes sentimos profunda admiración y respeto para el Sr. Magistrado, quien actualmente se desempeña como Consejero de la Judicatura Federal, es un verdadero privilegio el poder contar con esta oportunidad de sumarnos a tan merecido reconocimiento.

Desde mi perspectiva, la mejor manera de rendir homenaje a un jurista es mostrando el respeto por su labor, en este caso siempre regida por la seriedad y la disciplina dentro de las actividades y fines importantísimos y propios del Poder Judicial Federal, sobre todo cuando esa labor ha permitido a muchos otros acceder y continuar con la importante función de la judicatura, siguiendo en lo posible el ejemplo de aquellos que como él han impregnado un sello característico a la función misma.

El presente ensayo constituye una breve referencia a uno de los problemas que desde el ámbito de los juzgadores, como el homenajeado, suele apreciarse con mayor perspectiva, porque es en la función de juzgar en donde se participa de su aplicación cotidiana, que es en el caso penal, la grandísima responsabilidad de precisar e imponer una pena de prisión.

Es un tema sobre el que hemos expuesto ya en otras ocasiones, pero que ahora proponemos para su publicación inédita ante la permanencia de la problemática e incluso la incrementada presencia de factores jurídicos y político-sociológicos que confluyen en el contexto de las sociedades contemporáneas.

Vaya pues este sencillo trabajo como muestra de nuestro agradecimiento personal y ánimo de contribuir en este homenaje que tan merecidamente se realiza.

1

ASPECTOS GENERALES

Hace un par de años, con motivo de los foros de debate sobre “el catálogo de delitos graves, cadena perpetua y pena de muerte”, celebrados en la Cámara de Diputados, a instancia de diversas Comisiones y partidos políticos, fui invitado a participar en la mesa 2 denominada “Análisis de los delitos del orden federal y su punibilidad”; en esa ocasión se hacía notar que hemos venido sosteniendo desde hace varios años una serie de cuestiones críticas en materia de “clasificación de gravedad” de los delitos y de la forma de prever y aplicar las penas en México, no sólo tratándose de los delitos de orden federal en sentido estricto, sino de la forma en que en todo el país, sin importar el fuero, se viene realizando dicha actividad.

Por tanto, este análisis resulta aplicable, en lo conducente, incluso a la legislación y actividad punitiva estatal de cualquier nación en donde se

desatienda la importancia de los principios democráticos y constitucionales limitadores del *ius puniendi*, especialmente el de la proporcionalidad en la difícil tarea de aplicación de las penas.

Nuestra postura es crítica y por ende, se tiene que advertir que lo que aquí sostenemos tiene implicaciones mucho mayores y también mucho más graves. La problemática trasciende en perjuicio de todo el sistema de justicia penal donde se manifieste el mismo problema de origen, a saber, la falta de un verdadero sistema de punibilidad regido por la proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica, que deben ser características de un auténtico estado democrático de derecho.

En el caso mexicano, además, esta problemática se muestra como otro de los efectos negativos de la dispersión de codificaciones punitivas, es decir, la grave condición que en materia de justicia penal subsiste por la falta de unificación de la legislación penal.¹

Por tal motivo, expondremos nuestros puntos de vista desde una óptica del deber ser (*lege ferenda*) visualizando una perspectiva garantista y propia de sistemas de justicia de estados democráticos y constitucionales.

2

LOS LÍMITES DEL “IUS PUNIENDI” CARACTERÍSTICOS DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO (PERSPECTIVA GENERAL)

Como refieren los maestros Hormazábal Malarée y Bustos Ramírez, el derecho penal subjetivo comprende no únicamente la facultad estatal de definición de los delitos (“*ius puniendi*”) sino también la de perseguir al

¹ Posición crítica a la que nos hemos adherido desde hace más de 15 años.

infractor (“*ius persecuendi*”).² En otras palabras se define tanto al hecho delictivo como al delincuente, dando lugar a distintos niveles del proceso de criminalización (primaria que corresponde al órgano legislativo del estado y, secundaria, que compete a los órganos del Poder Judicial).

Los mismos autores refieren que el origen del “*derecho penal moderno*” deriva de la “*intencionalidad política de poner límites al poder coactivo del Estado absoluto*”,³ por tanto, dicen, es producto de una “*reflexión político-criminal*”, marcando así una línea de evolución caracterizada por avances y retrocesos, de modo que si bien desde finales del siglo XVIII, la idea de esa evolución gira en torno a la de profundizar en la concreción de esos límites, y además se ha visto fortalecida por el desarrollo de los derechos humanos,⁴ provocando el debate del que han surgido diversos principios constitucionales, estructurales y político-criminales limitadores del *ius puniendi*, no obstante, ese desarrollo no ha sido siempre favorecido o progresista, pues ha enfrentado también frenos y retrocesos, al grado de que la historia da muestra de diversos ejemplos.⁵

Los límites al *ius puniendi*, por tanto, son propios de un estado democrático o mejor dicho, caracterizan en menor o mayor medida la existencia de un auténtico estado democrático de derecho, pues de su esencia es que

² Cfr. Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán, *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Madrid, ed. Trotta, 2004, pp. 25 y ss.

³ Idem. p. 26.

⁴ Y como ejemplo bastaría invocar la reciente reforma constitucional ocurrida en México de junio de 2011.

⁵ Precisamente a manera de ejemplo, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, señalan: “*hacia mediados del siglo XIX, es decir, cuando no habían transcurrido ni cincuenta años de la plena vigencia del proceso revolucionario que transformaron (sic) en realidad política las ideas de la Ilustración, bajo la cobertura ideológica de una falsa verdad <<científica>>, el positivismo naturalista dio cobertura a una política de defensa social que legitimó al Estado para desmontar todas las garantías y derechos de las personas.*” Bustos Ramírez y Juan J.-Hormazábal Malarée, Hernán, op. cit., p. 26. En el mismo sentido se habla también de las leyes para menores de edad que en muchos países siguen asignándoles un tratamiento carente de garantías bajo argumentos de paternalismo o tutoría, al respecto Vid. nuestro comentario al sistema de justicia para menores en el sistema Mexicano y su proceso de transformación previo a la reforma constitucional del año 2007. Cfr. Luna Castro, José Nieves, *Consideración General Sobre el Régimen Jurídico de Menores Infractores en México*, en *Anuario de Justicia de Menores*, Sevilla, ed. ASTIGI, S.L., 2004, número IV.

emanan tales principios limitadores, principalmente en opinión de Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, los de carácter *normativo material*, los cuales se complementan con los denominados *normativos formales*.⁶

Las clasificaciones respecto de los principios limitadores pueden ser diversas, sin embargo, generalmente se coincide respecto de su carácter imprescindible como rasgo distintivo de un estado democrático, así como también con la peculiaridad o atributo de tales principios relativo a su derivación de postulados y valores esenciales en el ámbito de las relaciones humanas y por ende, consagradas a través de los valores incorporados al ordenamiento constitucional.

2.1 Fundamento constitucional

Los niveles de criminalización primaria y secundaria, inherentes respectivamente a los poderes legislativo y judicial, y en general la actividad de todos los órganos del Estado, se enraíza en un primer principio de carácter estructural y orgánico del Estado Constitucional moderno, como es el de la propia división de poderes, esta idea fundamental de la división en sí, es considerada, en el ámbito del “Derecho Procesal Constitucional”, de acuerdo con algunos constitucionalistas destacados, como el maestro Fix-Zamudio,⁷ como un mecanismo de protección constitucional y dentro de uno de los sectores de la Defensa de la Constitución misma. Además, junto con el de la supremacía constitucional resultan ser aspectos esenciales a la conformación de la constitucionalidad jurídica.

Luego, el fundamento constitucional de los principios limitadores del derecho penal se origina de los propios principios jurídicos establecidos en el ordenamiento constitucional en tanto Ley Fundamental o suprema y, por ende, de la que emana el resto del ordenamiento jurídico en su conjunto. Es esa consagración en el ordenamiento fundamental de un estado constitucional,

⁶ Cfr. Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, op. cit., pp. 27-32.

⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, en *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, 2ª edic., México, ed. Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM–Corte de Constitucionalidad República de Guatemala, 1998, núm. 12, pp. 27 y ss.

de los criterios y valores más relevantes para la vida social y el consecuente rol del Derecho Penal, lo que da como resultado que se denominen como “*Principios Constitucionales del Derecho Penal*”.

En vía de consecuencia, y dada la primacía normativa de la Constitución, tales principios se traducen en parámetro de interpretación argumentativa⁸ para efectos de aplicación de la normativa penal en general y para la solución de posibles conflictos entre normas de diversa índole, a fin de salvaguardar precisamente la operatividad de dichos principios igualmente fundamentales.

2.2 Límites constitucionales en sentido estricto (principios)

Como refiere el maestro Terradillos Basoco, “*El orden constitucional consagra, en efecto, una serie de principios que actúan como límites externos del ius puniendi*”.⁹ Ahora bien, la importancia o prevalencia, así como la clasificación de éstos, según se ha dicho también, puede plantearse conforme a la consideración diversa de los autores o estudiosos, así, por ejemplo, el propio Terradillos Basoco señala “*El primero de esos principios garantistas es el de la dignidad humana*”,¹⁰ por su parte, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, destacan según se anticipó, una clasificación entre límites normativo formales y normativo materiales,¹¹ destacando que “*el derecho penal moderno nace*

⁸ Por cuanto se refiere a la conexión entre argumentación, interpretación y estado de derecho, Vid. Atienza, Manuel, *Estado de Derecho, Argumentación e Interpretación*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, España, Nueva época, 1997, t. XIV, pp. 465-484; también del mismo autor en *Cuestiones Judiciales*, 1ª reimpresión, México, BEFDP, ed. Fontamara, 2004, núm. 91, pp. 73-100, para quien el estado de derecho contiene en sí mismo “*los polos de una tensión que explica porqué la interpretación es tan importante en el Derecho... El primero de esos polos es la dimensión de autoridad y está representado, diría que fundamentalmente, por las dos primeras notas del Estado de Derecho: la del imperio de la ley y la de la división de poderes... El otro polo lo constituye lo que podríamos llamar la dimensión de los valores, el contenido de justicia que implica la noción de Estado de Derecho –fundamentalmente, diría-, a través de las dos características de la interdicción de la arbitrariedad y de la garantías de los derechos y libertades fundamentales*”.

⁹ Terradillos Basoco, Juan, *La Culpabilidad*, México, ed. Indepac Editorial, 2002, p. 2-3.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán, op. cit., p. 27.

*con el principio garantista formal que la ciencia penal conoce con el nombre de principio de legalidad”.*¹²

Otros autores no hacen clasificaciones específicas, pero dan muestra de su opinión en cuanto a la importancia que les corresponde a dichos principios, así por ejemplo, el maestro Zaffaroni, aun y cuando no realiza una clasificación esquemática de tales principios, si los enuncia en varios de los apartados de su Manual de Derecho Penal, por ejemplo al referirse a las delimitaciones y relaciones del derecho penal con otras disciplinas, especialmente a sus íntimas relaciones con el Derecho Constitucional y los principios emanados de las disposiciones constitucionales que resalta, así también, en el tema referente a “*los principios a los que debe ajustarse toda interpretación de la ley penal*”, destaca enfáticamente la importancia del principio de “*humanidad*”.¹³

El maestro Mir Puig, por su parte nos refiere que: “*Entre los límites que hoy suelen imponerse al Ius puniendi del Estado, ocupa un lugar destacado el expresado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*”.¹⁴

En fin, más allá de querer conciliar un posible orden único de prelación (lo que incluso podríamos estimar innecesario), es evidente que la importancia de todos los principios o criterios limitadores del ius puniendi es igualmente relevante en la medida de su respectiva aplicación respecto de una problemática o temática específicamente determinada para cada supuesto de conflicto igualmente concreto. Nos referimos a cada uno de los eventuales supuestos de interpretación y aplicación de la normativa penal mediante el ejercicio respetuoso de la actividad estatal y punitiva en el contexto de un estado de derecho, por parte de los órganos de autoridad estatal (legislativo, ejecutivo y judicial). Ello aunado a la indudable importancia de la interrelación de

¹² Idem. p. 28.

¹³ Cfr. Zaffaroni, E. Raúl, *Manual de Derecho Penal*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1988, pp. 93-99 y 140-146.

¹⁴ Mir Puig, Santiago, *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona, ed. Ariel Derecho, 1994, p. 159 y ss.

los diversos principios limitadores, en aras de la efectividad de su finalidad garantista.

Un aspecto que creemos digno de destacar es el relativo a su categorización como principios, lo que implica la ubicación de los derechos fundamentales en un marco de comprensión mucho más amplio, lo que en palabras de Robert Alexy, deriva de la utilización de una específica “*forma de construcción*” de esos derechos o valores superiores, es decir, no entendidos como simples normas jurídicas aunque de rango superior pero sin diferenciación estructural del resto del ordenamiento (“*construcción como reglas*” –cerrada o estricta-), sino a la luz de una “*construcción comprensiva u holística*” (“*construcción de principios*”).¹⁵

En términos generales, la enunciación de los aludidos principios constitucionales, sería la siguiente:

- a) Principio de legalidad penal.
- b) Subprincipios de la exigencia de legalidad penal.
 - b.1 Taxatividad o prohibición de indeterminación.
 - b.2. Prohibición de analogía.
 - b.3 Prohibición de retroactividad.
 - b.4. Prohibición de derecho consuetudinario.
- c) La seguridad jurídica como principio.
- d) Principio de igualdad.
- e) Principio de humanidad o de dignidad humana.
- f) Principio de proporcionalidad o prohibición de exceso o déficit.
- g) Principio de “*ne bis in idem*”.

¹⁵ Alexy, Robert, *Los Derechos Constitucionales y el Sistema Jurídico*, trad. del inglés por René González de la Vega, en *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*, Cátedra: Ernesto Garzón Valdés 2004, Vázquez, Rodolfo y Zimmerling, Ruth (coordinadores), México, ed. Distribuciones Fontamara, 2005, pp. 71 y ss.

3

ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad o de prohibición de “*exceso*”,¹⁶ exige la existencia de un marco punitivo coherente y basado en una armónica articulación del total sistema de penas y medidas de seguridad en el estado que se jacte de ser democrático de derecho y aspire a mantener el respeto a la constitucionalidad. Este principio contiene a su vez dos aspectos principales: una proporcionalidad abstracta (prohibición de conminaciones desproporcionadas al momento de legislar) y una proporcionalidad concreta (prohibición de imposición efectiva de penas desproporcionadas por parte del juzgador).

De lo anterior, habremos de concluir en que, para alcanzar un verdadero estado democrático de derecho, entre otras cosas, resulta indispensable la debida observancia por parte del Estado, de los principios constitucionales de limitación al llamado “*ius puniendi*”, destacando, para los efectos de nuestro tema, al lado del de seguridad jurídica o sujeción a la ley, el también citado principio de taxatividad (como derivación de la observancia de legalidad) que prohíbe la incertidumbre en la configuración de las normas vinculadas con las cuestiones penales (ya sean sustantivas o adjetivas, sobre todo cuando estas últimas tienen carácter constitucional), y el principio de proporcionalidad que exige la existencia de un estado integral y armónico del sistema de penas y medidas de seguridad en el estado de que se trate, como parte del sistema punitivo y éste a su vez del sistema normativo integral de dicha sociedad.

¹⁶ Nosotros no estamos de acuerdo con esta expresión, pues la idea misma de proporcionalidad presupone tanto la ausencia de excesos como de posibles “*déficit*”, pues una pena “*dulce*” o irrisoria, igualmente atentaría contra el principio y por ende, contra el interés público de evitar la impunidad, así como en contra de las posibles expectativas de la víctima, particularmente en cuanto a la posibilidad de reparación e indemnización del daño.

Si bien, como refiere Quintero Olivares, la pena debe estimarse como la última ratio a la que debe acudir la sociedad si desea la permanencia de sus reglas de convivencia, aun y cuando ello implique un cierto reconocimiento del fracaso del sistema social, ante la presencia de individuos que se inclinan u optan por la desviación criminal, por las razones que fuese, no obstante, en su caso, la sanción, tratamiento o forma en que el Estado reaccione contra los delincuentes no puede ser arbitraria.¹⁷

Por el contrario, la pena debe estar positivamente establecida en la ley, ya sea con fines de reinserción; de prevención de bienes jurídicos o de garantizar la identidad y vigencia normativa, debe finalmente estar basada en la exigencia de proporcionalidad respecto del delito cometido. Esa proporcionalidad implica una racional ponderación de factores como: la gravedad de la conducta (afectación o peligro de bienes), el objeto de tutela y las consecuencias jurídicas (desvaloración del hecho). Es la búsqueda de la adecuada relación entre gravedad de sanción, por un lado, y la importancia del bien jurídico tutelado, así como las diversas formas posibles de afectación o menoscabo a ese bien jurídico, por el otro.

El maestro Mir Puig refiere la importancia de este principio limitador del “*ius puniendi*”, recordando que es una exigencia que originariamente surgió para las *medidas de seguridad*, pues al no estar éstas acotadas por el principio de culpabilidad (como determinación de grado de reprochabilidad, precisamente en función de la inimputabilidad, por ejemplo), surgió la necesaria remisión a la idea de proporcionalidad, para evitar, dice “*que las medidas pudieran resultar un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva*”.¹⁸ Sin embargo, aclara “*la idea de la proporcionalidad no sólo es necesaria para limitar las medidas, sino también para graduar las penas, por lo que ha de erigirse en principio general de todo el Derecho Penal*”.¹⁹

¹⁷ Cfr. Quintero Olivares, Gonzalo, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, ed. Cedecs, 1997, pp. 92 y ss.

¹⁸ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 136.

¹⁹ Para el citado maestro la proporcionalidad debe incluso limitar toda intervención estatal que afecte los derechos del ciudadano, pero además supone una exigencia constitucional cuando esa intervención afecta derechos fundamentales.

En opinión de autores como Juan Bustos y Hernán Hormazábal, los límites al *ius puniendi*, de carácter normativo material son: *la dignidad de la persona humana, el bien jurídico (o principio de lesividad) y el de la necesidad de la pena.*

Con este último, refieren, se inició el derecho penal moderno, pues en general se traduce en poner limitación al poder estatal. “*La pena ha de imponerse sólo cuando sea necesaria; en caso contrario será pura arbitrariedad*”.²⁰

El desarrollo de tal principio, siguen diciendo, con el tiempo dio lugar al surgimiento de una serie de “*subprincipios*” que se traducen en “*expresiones más concretas del mismo*”²¹ y que enlistan de la siguiente manera: “*Se trata de los subprincipios de extrema ratio, de subsidiaridad, de fragmentariedad, de non bis in idem, de proporcionalidad, de orientación por las hipotéticas consecuencias y de alternatividad*”.²²

Conforme a esa concepción, la proporcionalidad se define como un subprincipio derivado del principio de necesidad de la pena y se explica además en los siguientes términos: “*La pena ha de ser proporcional a la gravedad de la afeción producida. A efectos de la ponderación de la gravedad entran a jugar la importancia del bien jurídico, la intensidad de su afeción –no es lo mismo si sólo hubo un riesgo o una lesión efectiva–, así como aspectos subjetivos referidos a la acción, esto es, dolo o imprudencia*”.²³

En nuestra opinión, sea que se le considere subprincipio o principio “*per se*”, es evidente su importancia y a fin de cuentas, al igual que muchos otros postulados limitadores del *ius puniendi* se derivan y complementan de manera interrelacionada con respecto a la exigencia de legalidad como principio rector del derecho penal en un estado constitucional.

Por ello, compartimos con el maestro Mir Puig, la opinión de que la exigencia de proporcionalidad en el actuar estatal en cuanto a la intervención

²⁰ Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán, op. cit., pp. 30-33.

²¹ Idem., p. 34.

²² Ibidem.

²³ Idem. p. 35.

de la esfera de derechos del particular (sobre todo de carácter fundamental) debe “*erigirse en principio general de todo el Derecho Penal*”.

De manera que la exigencia de su observancia debe operar en todos los niveles de criminalización, esto es, tanto en la creación de la normatividad penal (sustantiva o procesal), como en la actuación jurisdiccional, especialmente de imposición concreta de penas, así como durante su ejecución o eventual sustitución. Por tanto, puede hablarse de los momentos inherentes a la individualización legal, judicial y penitenciaria.²⁴

4

LA IMPORTANCIA DE LA PROPORCIONALIDAD EN TORNO A LOS FINES DE LA PENA

A diferencia de la medida de seguridad que para algunos autores se rige o fundamenta por el principio de “*peligrosidad criminal*”, la pena como forma esencial de reacción contra el delito tiene como presupuesto y fundamento precisamente a aquél. La pena se rige por el principio de culpabilidad, *fundamento y límite de la pena*.

El maestro Zaffaroni al referirse al objeto de la pena nos dice que ésta “*no puede perseguir otro objetivo que no sea el que persigue la ley penal y el derecho penal en general: la seguridad jurídica. La pena debe proveer a la seguridad jurídica, pues su objetivo debe ser la prevención de futuras conductas delictivas.*”²⁵

¿Pero cómo se realiza esa prevención y consecuente protección de bienes jurídicos?

²⁴ Cfr. Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2ª. edic., Madrid, ed. Civitas, 1993, pp. 166-199.

²⁵ Cfr. Zaffaroni, E. Raúl, *Manual...*, op. cit., p. 59.

Ya se sabe que dentro del ámbito de las llamadas teorías de la pena y particularmente por lo que hace a la prevención, se habla de la general y la especial, empero el maestro Zaffaroni expone una fuerte crítica a la tesis de la prevención general que, dice, opera bajo los mismos principios o mecanismos que la “Ley de Lynch”, es decir, los mecanismos inconscientes de la multitud anónima.²⁶

Zaffaroni se inclina por la idea de la prevención especial como objetivo de la pena, pero no entendida como “*impedimento físico*” (pena de muerte, mutilaciones, controles químicos o electrónicos, o el encierro como mero impedimento), tampoco, dice, como “*reeducción*” o “*tratamiento*” conforme a los que se pretenda concebir al individuo como un ser con deficiencias desde el punto de vista “*moral*” o “*médico*”, sino a través de la “*plasticidad*” de la propia prevención que permita una pluralidad de soluciones a fin de seleccionar el “*sentido más adecuado a las características del conflicto manifestado en la criminalización.*”²⁷

Por tanto, para el maestro argentino, la “*función de la prevención especial, en estos casos, debe ser la de disminuir la vulnerabilidad del criminalizado al propio sistema penal. La «toma de conciencia» del papel que asume el criminalizado.*”²⁸

La idea misma de adecuación asignada por Zaffaroni, implica igualmente la exigencia de la proporcionalidad, pues tanto desde una perspectiva de prevención y protección de bienes jurídicos, como de la necesidad de la sanción, el factor de proporcionalidad tanto a los fines preventivos como a la magnitud de lesividad o gravedad del hecho, presuponen un ejercicio racional como presupuesto de la adecuación de las sanciones en un contexto de legalidad, claro está, pues no se trata de pretender elegir lo “*adecuado*” conforme a criterios subjetivos de simple poder o conveniencia política, de grupos o de ideologías, sino de una adecuación o correspondencia pertinente a la ley de un derecho penal limitado por los principios constitucionales y

²⁶ Idem, p. 60.

²⁷ Idem, p. 64.

²⁸ Idem, p. 65.

garantías de seguridad; y es precisamente la proporcionalidad uno de esos límites, y para efectos de determinación y graduación de las penas, así como para la estimación de las consecuencias intraprocesales y de posible ejecución (condiciones), obviamente que ese principio se traduce en medio y fin en sí mismo, pues a través de la proporcionalidad como parámetro de decisión se puede lograr la determinación de una pena proporcional y consecuentemente adecuada a la necesidad social (incluyendo a las víctimas) y de la persona, con miras a la prevención y protección de bienes jurídicos y, por tanto, de alcanzar la seguridad jurídica.

No basta pues, que la pena sea resultante, en cuanto a su creación, de un proceso legal; tampoco que su imposición derive de un procedimiento formalmente aceptable; pues además, dada su naturaleza innegable de carácter afflictivo, por la restricción de bienes que implica (como la libertad por ejemplo), debe ser materialmente regulada, limitada, exigiéndose su adecuación y pertinencia tanto cualitativa como cuantitativamente; no puede ser ilimitada, perpetua o con alcances de extinción o supresión del bien personal mismo (como la vida),²⁹ y todo ello conlleva a la necesidad de acudir a la proporcionalidad como vía indispensable para alcanzar una ponderación adecuada.

En consecuencia, en esa tarea de creación y aplicación de las conminaciones penales (penalidad y pena), estimamos a la proporcionalidad como un principio imprescindible en un sistema propio de un derecho democrático, es decir como equivalente de ponderación racional en la creación y aplicación de las penas y de sus efectos y consecuencias en un contexto de legalidad y prevalencia de los derechos fundamentales.

Como se sabe, existen diversas concepciones teóricas que tratan de explicar conforme a las distintas fases de creación y aplicación de las penas, la finalidad u objetivo de las propias sanciones. Así, Roxin, habla de “*tres fases*” y dice que a cada una corresponde una función igualmente distinta de la pena. A esta teoría se le denomina “*teoría dialéctica de la unión*” y

²⁹ Cfr. Polaino Navarrete, Miguel, *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*, México, ed. Porrúa, 2001, p. 94.

conforme a ella, en el primer momento, relativo a la conminación legal (determinación de los marcos punitivos), la protección de los “*bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles*”, sólo puede intentarse mediante la prevención general.

En el segundo momento, relativo a la aplicación judicial de la pena, se presenta una doble función, primero como complemento a la función de prevención general derivada de la conminación legal antes citada, pues la imposición de la pena por parte del juez “*es la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta expresada por la ley, pero en la medición de la pena el juez debe someterse a la limitación: la pena no puede sobrepasar la culpabilidad del autor.*”³⁰ Al mismo tiempo, esa imposición de la pena por parte del juzgador, sirve a los fines de la *prevención especial*.

Finalmente, durante la ejecución de las penas, se confirman “*los fines de los momentos anteriores*”,³¹ pero se concretizan los fines de prevención especial.

El maestro Mir Puig destaca, que es en el momento de la determinación judicial de la pena que resulta más difícil conciliar las exigencias de justicia, prevención general y prevención especial, para lo cual, dice, el juez “*ha de contar con criterios que permitan dicha conciliación*”, citando el ejemplo de la doctrina alemana en la que prevalece la llamada “*teoría del espacio de juego*”, según la cual, nos dice, la pena debe imponerse “*dentro de un margen (espacio de juego)*”, que se prevé entre un mínimo y un máximo, en tanto que la fijación concreta del *quantum* de la pena, debe hacerse generalmente con atención a los fines de la prevención especial.³²

En opinión de Mir Puig, debe optarse en favor de una prevención limitada “*que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores.*” Sólo así, dice, “*podrán conciliarse las exigencias antitéticas*

³⁰ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 100, n. núm. 52 y 53.

³¹ Idem, p. 101.

³² Ibidem.

*de la retribución, la prevención general y la prevención especial en un concepto superior de prevención general positiva.*³³

Para concluir este apartado debemos retomar la expresión del maestro Mir Puig cuando después de analizar las diversas teorías de la pena, concluye: “*No se trata, pues, de preguntar sólo por la función de «la pena», en abstracto, sino de averiguar qué función corresponde a la pena en el Derecho Penal propio de un determinado modelo de Estado.*”³⁴

Ferrajoli refiere que son dos “*los fines con que debe justificarse el Derecho Penal: no sólo la prevención de los delitos, sino también la prevención de reacciones informales, más gravosas.*”³⁵

Por tanto, nos parece concluyente la importancia de la proporcionalidad respecto de cualquier posición teórica sobre la determinación y fines de la pena, pero por supuesto, se insiste, conforme a los planteamientos de un sistema penal propio de un auténtico estado de derecho y respetuoso de los derechos fundamentales.

Luego, si el carácter social de ese sistema implica la legitimación del Derecho Penal como medio de protección, con la consiguiente misión de prevención exclusivamente “*en la medida*” de lo necesario, en tanto que el carácter de democrático implica su sometimiento a una serie de límites constitucionales, es obvio que la proporcionalidad además de ser un fin en sí mismo, como principio regulador; adquiere la relevancia de ser a la vez el medio racional e idóneo (imprescindible) para lograr la determinación y adecuada aplicación de las penas y sus efectos, en un contexto de legalidad y seguridad jurídica.

³³ Idem, p. 105.

³⁴ Idem, p. 103.

³⁵ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Poder y Control*, 1986, pp. 37 y ss., cit. por Mir Puig, Santiago, o.u.c., p. 105.

5

DESIGUALDAD, INSEGURIDAD Y DESPROPORCIÓN EN
LA REACCIÓN CONTRA EL DELITO; TENDENCIA INÚTIL
E INEFICAZ PARA LOGRAR LOS FINES DE UN DERECHO
PENAL RACIONAL

Primeramente aclararemos que al referirnos a un “*derecho penal racional*” partimos de las consideraciones del maestro Ernesto Garzón Valdés, quien de manera brillante, aborda el complicado tema sobre el problema de las relaciones entre derecho y moral.

La razonabilidad actúa como una especie de filtro que permite la aplicación concreta de normas universalizables y racionales. Ello explica la diferencia que suele existir en diferentes sociedades con respecto a las consecuencias normativas derivables lógicamente (racionalmente) de los mismos principios. En el lenguaje de Nagel, Th... podría decirse que el filtro de la razonabilidad permite conciliar las razones para la acción relativas al agente con las razones neutrales al agente.

Pero el filtro de razonabilidad no actúa en el vacío sino que está sujeto, por una parte, al marco que le imponen las características distintivas básicas de todo ser humano, es decir, las notas universalmente humanas. El que a estas características se las llame «contenido mínimo de derecho natural» (Hart) o «principios morales» (Nino) es aquí irrelevante. Pero además, la extensión del ámbito de la razonabilidad está limitada por la exigencia de imparcialidad, que excluye la posibilidad de hacer valer en la argumentación moral ventajas posicionales individuales o grupales. La fundamentación de los derechos morales no se logra, por ello, a través del poder de negociación de sujetos que participan en algún discurso fáctico o hipotético, sino desde lo que Barry (1989) ha llamado «circunstancias de la imparcialidad».

La fundamentación de los derechos morales es, pues, un ejercicio intelectual que se realiza bajo condiciones de imparcialidad con la ayuda del filtro de la razonabili-

*dad, y cuyo objetivo es la formulación racional de normas universalizables que aseguren el respeto a la persona humana.*³⁶

Es esa la directriz que admitimos como base de nuestro planteamiento cuando hablamos de un “*derecho penal racional*”, al que ubicamos como participe de un sistema en el que se respeten y garanticen los derechos fundamentales de las personas, como efecto de la observancia de los principios y valores constitucionales limitadores del “*ius puniendi*”, contenedores de la facultad criminalizadora y definitoria de los órganos del Estado.

En consecuencia, la pretensión de abatir el aumento de la delincuencia, mediante el incremento injustificado del intervencionismo penal y la agravación de penas, no es el camino aconsejable.

En los países de “*transición democrática*”,³⁷ suele ser frecuente la proliferación de situaciones propias de la transformación; algunas de ellas inciden en el campo de lo delictivo al trascender en perjuicio de bienes jurídicos ya sean tradicionales, renovados o novedosos. De manera simultánea suelen concurrir también las diversas políticas que atendiendo la *alarma social*³⁸ derivada de los períodos de “*crisis*”,³⁹ pueden llegar a generar una paradójica reacción de la comunidad manipulable por la reiterada idea gubernamental de incremento en los espacios de control e intervencionismo del sistema punitivo, pero sobre

³⁶ Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho y Moral*, en *El Derecho y la Justicia*, op. cit., pp. 397-421.

³⁷ No entendido como eufemismo sino en sentido descriptivo de una realidad político-social de evolución hacia mejores niveles democráticos, propia de aquellos países que históricamente superan un determinado régimen para pasar a otro de mayores aspiraciones de constitucionalismo.

³⁸ Entendida como aspecto subjetivo de la seguridad jurídica, Cfr. Zaffaroni, E. Raúl, *Manual...*, op. cit., p. 50.

³⁹ Coincidimos con quienes sostienen que las “*crisis*” son inherentes a la naturaleza evolutiva de la sociedad, en tanto entendidas como el período o lapso necesario para la adecuación de la normatividad a las nuevas realidades que realmente lo justifiquen. Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, *La Expansión del derecho...*, op. cit., pp. 20 y ss.; también, Luna Castro, José Nieves, *Hacia una perspectiva interdisciplinaria como presupuesto de una normatividad racional, en materia de crimen organizado, seguridad pública y justicia penal integral*, en *Revista del I.J.F.*, núm. 25, Jul. 2008. Por cuanto hace a la estructura del Estado de Derecho y las situaciones de emergencia, Vid. Terradillos Basoco, Juan, *Terrorismo y Derecho*, Madrid, ed. Tecnos, 1988, pp. 13 y ss.

todo, retomando la idea ingenua de considerar que únicamente con la agravación de las penas, por sí, se reducirán los índices delictivos.

El profesor Mir Puig reitera sus afirmaciones en el sentido de que un estado democrático está llamado a respetar diversos límites en el uso de la pena, el de legalidad como base de seguridad jurídica y “*significado político liberal*”; el de *exclusiva protección de bienes jurídicos*; el de *culpabilidad por el hecho*; el de *proporcionalidad* y el de *resocialización* (este último aunque debatido, reconocido aún por la Constitución).⁴⁰

Nosotros retomamos los mismos cuestionamientos para la actual situación de la sociedad Mexicana ante las expectativas de una reforma del Estado y de la consecuente y pretendida estructuración de un “*mejor*” sistema de justicia penal en el país, ante los graves e innegables problemas de seguridad pública.

La “*eficacia*” entendida como rigidez o severidad (a veces irracional) en la imposición del sistema penal en su conjunto no es sinónimo de un “*mejor*” sistema de justicia, sobre todo a la luz de una sociedad esperanzada en el efectivo respeto de los derechos y principios constitucionales, es decir, que la búsqueda del sometimiento mediante la severidad represiva no es equivalente de la búsqueda de legitimidad democrática de un sistema.⁴¹

Cabría preguntar ¿acaso no se transgrede el principio de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídicas, cuando en un país como México los hechos constitutivos de un mismo delito pueden ser sancionados con penas diametralmente discordantes en los diferentes Códigos del país? ¿No se atenta igualmente contra esa exigencia de proporcionalidad cuando ni siquiera en cada uno de los códigos las penas se corresponden a la gravedad real de los

⁴⁰ En el caso de México, el art. 18 de la Constitución aunque reformado en 2006 y 2008, en esencia sigue asignado a la ejecución de las penas una finalidad de reincorporación a la sociedad mediante el término “*reinserción*”. Vid. D.O.F. reformas publicadas el 18 de junio de 2008.

⁴¹ El maestro Garzón Valdés nos refiere aspectos fundamentales de las diferencias entre estabilidad y legitimidad, así como entre el derecho justo o injusto: “*La distinción entre estabilidad y legitimidad es muy similar a la que en el campo de la teoría del derecho suele hacerse entre derecho positivo eficaz y derecho justo. Así como cuando se dice que un determinado derecho positivo es eficaz no se predica con ello su calidad moral, así tampoco cuando se afirma que un sistema político es estable se quiere decir sin más que posee legitimidad.*” Cfr. Garzón Valdés, Ernesto, *El Concepto de Estabilidad de los Sistemas Políticos*, 3ª edic., México, ed. Fontamara Distribuciones, BEFDP, 1999, núm. 21, p. 13.

delitos, desde un punto de vista sistemático? ¿Y no se vuelve a vulnerar dicho principio en aquellos casos en los que el órgano judicial individualiza recalificando conductas o tomando en cuenta factores inconducentes para ello?

Nosotros pensamos que con tal práctica sí se produce dicha afectación.

En efecto, el apartarse de la ruta correcta, es decir, del rumbo trazado por la observancia de los principios limitadores del derecho penal, entendidos en sentido figurado como faro luminoso que conduce hacia los contornos del estado democrático y constitucional de derecho, se traduce, en el ámbito jurídico, en ilegalidad y consecuente inseguridad. La incrementación desmesurada de penas, la ampliación injustificada del ámbito intervencionista del derecho punitivo e incluso la carencia de proporción entre las previstas respecto de la afectación de distintos bienes, dentro de lo que debería ser un sistema penal estructurado, implica también desprecio por el principio constitucional de proporcionalidad. En suma, afirmamos, que esa desproporción e inseguridad consecuente en la forma de actuar del Estado como reacción contra el delito, se traduce a final de cuentas en una práctica o tendencia inútil e ineficaz para lograr los fines de un auténtico derecho penal racional, traducándose en ocasiones sólo como práctica de políticas demagógicas y de manipulación electoral.

Los problemas de inseguridad e impunidad no se solucionan aumentando los marcos punitivos en abstracto, sino garantizando una efectiva investigación, un debido proceso del auténtico infractor, y en su caso la eficacia de las sanciones, independientemente de la duración de éstas.

En nuestra opinión, por ejemplo, la impunidad real y auténtica, es decir, la falta de sanción justa y proporcional para el sujeto cuya responsabilidad del hecho delictivo ha sido probada, es también una forma de victimización secundaria o adicional, pues al margen de aceptar que las penas persiguen fines preventivos y de protección de bienes jurídicos, al menos en lo elemental, constituyen la forma racional y legalmente formal en que el estado cumple también su obligación frente al agraviado (como consecuencia de la incapacidad del estado para protegerlo de la delincuencia y brindarle seguridad) de restituir en justicia el orden o equilibrio de los derechos afectados por el delito.

Luego, si el derecho penal y concretamente el *ius puniendi* se justifica como la forma civilizada de superar la venganza privada (único factor que robustece su legitimación en un contexto democrático y constitucional). Por tanto, creemos, no existe fundamento igualmente racional para negar de manera absoluta, la finalidad restitutiva del derecho penal, no sólo respecto del mantenimiento de una determinada identidad normativa socialmente aceptada, o bien en relación con el fin de prevenir la afectación futura de otros bienes jurídicos, sino también respecto del derecho subjetivo del agraviado por el delito como titular del valor o bien jurídico materia de afectación, a saber y sentirse respetado por el estado de derecho, como miembro igual dentro de una organización social en la que efectivamente se practique la justicia y se sancione en términos de ese mismo estado de derecho que él sí respeta a quien no lo hizo y en cambio le afectó y le agravió en su ámbito por lo menos personal.⁴² Es decir, cumpliendo a cabalidad la consecuencia programáticamente establecida mediante la conminación de la pena.

Así pues, tanto la práctica de persecución y sanción de sujetos no responsables del delito, como la impunidad del probado delincuente, en contravención de la normatividad respectiva y válida, son diversas formas de victimizar al ofendido en particular y a la sociedad en su conjunto, pues se traduce en una burla para sus expectativas de justicia en un estado de derecho en el que han puesto su confianza, además se convierte en un signo inequívoco de ineficiencia del sistema de justicia penal.

El “*ius puniendi*”, creemos, no se legitima como potestad discrecional del Estado,⁴³ sino que simplemente se justifica como el cumplimiento obligado de la función del derecho penal restaurador, dentro de un estricto marco de legalidad y en respeto a las expectativas de justicia de la víctima y de toda la sociedad.

⁴² Aunque sabemos que la ejecución del delito repercute las más de las veces, a un círculo mayor de personas relacionadas con el directo agraviado.

⁴³ A pesar de que lamentablemente en muchas ocasiones así parecen entenderlo algunos gobernantes y miembros del sistema institucional. Esa concepción es errónea y evidentemente criticable.

También se traduce en una afrenta y descarada burla no sólo para la víctima directa sino para la sociedad entera, el hecho de que la corrupción e ineficiencia del sistema penitenciario, permita que las prisiones se conviertan en “*residencias de veraneo*” o “*palacetes*” para aquellos delincuentes que gozan de protecciones y privilegios que ni siquiera la mayoría de las personas honestas tienen, en cambio, ellos, los delincuentes los disfrutaban como resultado de la “*venta*” de prerrogativas que los convierten en empresarios del crimen, ya que incluso desde “*las prisiones*” (que en realidad utilizan como oficinas de dirección), siguen planeando y coordinando operaciones delictivas como secuestros, extorsión, robos, narcotráfico, etc.

¿Cómo puede seguir hablándose de “*readaptación*” o “*reinserción*” (la denominación es lo de menos) si la corrupción e ineptitud es tal que aún dentro y desde tales centros se siguen cometiendo delitos?

Ese tipo de realidad constituye una grave forma de impunidad, tal vez de las más graves, pues se realiza con la complacencia de las autoridades o por lo menos, con la colaboración de su ineptitud y anacronismo normativo, todo lo cual representa corrupción, ineficacia e inutilidad del aparato penitenciario, que se traduce en menoscabo para el sistema de justicia integral.

Las prisiones no deben ser centros vacacionales, de esparcimiento, recreación o descanso, donde los presos gocen de todo tipo de comodidad, libertinaje y excesos. Por el contrario, al ser instituciones sostenidas por el erario público, se debe suponer que en ellas se cumplen medidas de restricción de libertad legalmente justificadas en cuanto a su imposición necesaria y proporcional, por tanto, por razones de lógica elemental, esa privación de libertad debe verse aparejada con la restricción igualmente proporcionada y legal de todas aquellas circunstancias inherentes a la finalidad que justifica la pena como consecuencia del delito cometido, ello a fin de cumplir, por parte del estado, con las expectativas sociales de justicia y los aludidos fines de la pena (cualesquiera que sean los que se reconozcan o acepten).

Esa realidad de infuncionalidad, corrupción e incoherencia de los sistemas penitenciarios (que indudablemente repercute en perjuicio del sistema integral de justicia), es entre muchos otros, uno de los motivos por los que

en el seno de diversas sociedades (como la mexicana, por ejemplo) retorna el clamor por recurrir nuevamente a la imposición de la pena de muerte o prisión vitalicia, como una forma de solución a los problemas de criminalidad “*incurregible*”. No se puede culpar a quienes así lo piensan, sobre todo a las personas que han sufrido esa desgarradora realidad de saberse victimizadas y además percibir los altos niveles de impunidad e ineficacia del sistema.

Sin embargo, al margen de reconocer que la pena de muerte no es una solución propia de un estado democrático, ni resulta compatible con las propiedades de un estado constitucional y garantista, el caso es que el debate suele resurgir por causa de la impunidad mostrada por los sistemas tradicionales y actuales cuyo fracaso parece saltar a la vista.

Tal vez, sin necesidad de llegar al extremo de la pena de muerte (o alguna otra de carácter inocuizador),⁴⁴ bastaría con que se diera a la pena de prisión (en los casos de legal procedencia, por supuesto), un verdadero carácter de restrictiva de la libertad y se aplicara tal cual es, es decir, únicamente a quienes realmente la merecen y, de ser el caso, atendiendo a su naturaleza con la reducción proporcional de derechos inherentes a la condición de reo. No hace falta pues seguir aumentando las penas de manera desmesurada en el texto de la ley, basta con que aquellas que se determinen de manera racional y proporcional al delito de que se trate, verdaderamente se cumplan de manera equitativa (esto es, aplicándose a quien realmente sea culpable), oportuna y eficaz, lo cual obviamente presupone también una revisión integral de todo el sistema penal.

Probablemente de esa manera, las víctimas y la sociedad entera de que se trate, se verían más confiadas y esperanzadas en el sistema de justicia y en la eficacia de la organización social en la que viven; y también en la posibilidad de alcanzar un verdadero estado de derecho, donde las leyes no sólo se promulguen y proclamen como actos políticos (pregonados

⁴⁴ Cfr. Polaino Navarrete, Miguel y Polaino Orts, Miguel, *¿Medidas de seguridad «inocuizadoras» para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad*, en *Actualidad Penal...* op. cit. Vid. Supra.

mediáticamente con fines electoreros), sino donde realmente se apliquen de manera correcta y en un contexto de correspondencia con los requerimientos de un sistema de justicia eficaz. De ese modo podría hablarse además del fortalecimiento de una auténtica cultura de legalidad que tanta falta hace y de la que tanto se habla.