



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE
NAYARIT

UNIDAD ACADÉMICA DE DERECHO

TÍTULO

**“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN LOS
DELITOS PATRIMONIALES PARA EL ESTADO DE NAYARIT”**

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO PENAL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT

PRESENTA

LIC. GERARDO GÓMEZ ÁLVAREZ



SISTEMA DE BIBLIOTECAS

DIRECTORA:

DRA. IRINA GRACIELA CERVANTES BRAVO

CODIRECTORES:

DR. ALDO RAFAEL MEDINA GARCÍA

DR. CARLOS ALBERTO PRIETO GODOY

Ciudad de la Cultura “Amado Nervo”

Tepic, Nayarit; Mayo 2017

DEDICATORIA

Al mejor e invaluable regalo que la vida me pudo conceder, mis padres: quienes siempre me han guiado de la mejor manera, con el ejemplo y el constante deseo de crecer y hacer crecer a los demás, humanamente.

AGRADECIMIENTOS

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, a la Universidad Autónoma de Nayarit, así como a la Unidad Académica de Derecho, por permitir y brindarme la oportunidad de crear y consolidar los cimientos de mi carrera, a todas las personas quienes desde su posición particular, contribuyeron a la materialización de este trabajo científico y aportación social.

A mis mentores y colegas del ejercicio de la profesión, quienes han formado parte invaluable de los escenarios propicios para la creación, desarrollo y culminación de este ciclo.

A la energía que siempre impulsa a seguir adelante, Dios.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	VII
-------------------	-----

CAPÍTULO PRIMERO

LA PENA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: PARTICULARIDADES SOBRE LAS BASES FILOSÓFICAS Y EL FUNDAMENTO ACTUAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO	10
--	----

1.1 LA CREACIÓN DE LOS ESTADOS CONSTITUCIONALES Y SU INFLUENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO PENAL	11
---	----

1.1.1 La transición de la pena autoritaria a la prevista en la ley.....	12
---	----

1.2 LA FUNCIÓN DE LA PENA Y SU RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA DEMOCRATIZACIÓN DEL ESTADO	14
---	----

1.2.1 Los Estados Constitucionales totalitarios: Abuso de la ley penal.....	14
---	----

1.2.2 Transición al Estado Democrático de Derecho y la constitucionalización de los principios en materia penal.....	17
--	----

1.3. OBJETIVOS TEÓRICOS DE LA PENA: RETRIBUCIÓN Y PREVENCIÓN	20
---	----

1.3.1 Teorías absolutas de la pena.....	21
---	----

1.3.2 Teorías relativas de la pena.....	23
---	----

1.3.3 Teorías mixtas de la pena.....	28
--------------------------------------	----

1.4 EVOLUCIÓN DEL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA PENA EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LA INCLUSIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL	32
--	----

1.4.1 Bases del artículo 18 Constitucional.....	33
---	----

1.4.2 Bases de los artículos 1º, 14 y 22 Constitucionales.....	35
--	----

CAPÍTULO SEGUNDO

LINEAMIENTOS TEÓRICOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL	38
---	----

2.1 PUNIBILIDAD, PENALIDAD, PUNICIÓN Y BANCION PENAL: CONCEPTOS DE LAS FACETAS DE LA PENA EN SENTIDO AMPLIO QUE SE COMBINAN DE FORMA INADECUADA	38
--	----

2.1.1 Conceptos teóricos.....	39
-------------------------------	----

2.1.2 Conceptos legales.....	41
------------------------------	----

2.1.3 Conceptos Jurisprudenciales.....	42
--	----

2.2 LA PENA: ¿PROTEGE UN BIEN JURÍDICO PENAL O LA VIGENCIA DE LA NORMA?	47
--	----

2.2.1 Definiciones de bien jurídico.....	47
--	----

2.2.2 La negación de Günther Jakobs sobre del bien jurídico penal: ¿El Derecho penal protege la vigencia de la norma o tutela bienes?.....	49
--	----

2.3 INTRODUCCIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL	51
2.3.1 ¿Qué es principio y proporcionalidad penal?.....	51
2.3.2 Diferencia entre la proporcionalidad de derechos fundamentales y la penal.....	55
2.4 LOS ELEMENTOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL	57
2.4.1 Subprincipio de idoneidad: La importancia de la definición del aspecto teleológico de la intervención penal.....	58
2.4.2 Subprincipio de necesidad: La subsidiariedad y mínima lesividad de la pena.....	60
2.4.3 Subprincipio de proporción estricta: ponderación constitucional ó balance de penalidad	62

CAPÍTULO TERCERO

CONFRONTACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL RESPECTO A LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS: ALEMANIA, ESPAÑA, COLOMBIA Y MÉXICO	66
--	----

3.1 LA IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL	66
--	----

3.2 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN: CREADOR DE LA PROPORCIONALIDAD	68
---	----

3.2.1 El caso farmacias en Alemania: Emblema de la proporcionalidad	70
---	----

3.2.2 La proporcionalidad en materia penal: Caso Cannabis	72
---	----

3.3 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: PUENTE INTERPRETATIVO HACIA AMÉRICA LATINA	77
--	----

3.3.1 La adopción de la interpretación alemana al ámbito penal y su proporcionalidad	78
--	----

3.3.2 El precedente de proporcionalidad modelo en España	80
--	----

3.4 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: LA DOSIMETRÍA PENAL Y LAS DISTINTAS INTENSIDADES EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	82
--	----

3.4.1 El concepto colombiano de la dosimetría penal	83
---	----

3.4.2 La inexistencia de protección real a un bien jurídico, hace inconstitucional el tipo penal: Interpretación de la idoneidad	84
--	----

3.4.3 La existencia de una medida menos lesiva, vulnera el subprincipio de necesidad	87
--	----

3.4.4 La proporción estricta y la sentencia C-822/2005.....	89
---	----

3.5 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN MEXICANA: CONVALIDACIÓN DE AUMENTO DE PENAS Y AMBIGÜEDAD EN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL	92
--	----

3.5.1 La justificación del aumento de penas: Política criminal e incidencia delictiva	93
---	----

3.5.2 La constitucionalidad de la pena en el delito de pederastia y su concepción como delito de lesa humanidad	95
---	----

3.5.3 El primer intento de implementar el esquema de proporcionalidad penal, elaborado por un Tribunal Colegiado de Circuito.....	98
3.5.4 Los puntos cardinales y ordinales de la pena, el método de equilibrio numérico de años de prisión utilizado por la Corte para justificar proporcionalidad de penas.....	99

CAPÍTULO CUARTO

ANÁLISIS DE LA PROPORCIONALIDAD PENAL DE LOS DELITOS PATRIMONIALES EN EL ESTADO DE NAYARIT	105
4.1 DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: ¿CUÁLES SON LOS DELITOS PATRIMONIALES EN EL ESTADO DE NAYARIT?	105
4.2 ANÁLISIS DE IDONEIDAD: LA IMPORTANCIA DEL BIEN JURÍDICO PATRIMONIAL Y LA FINALIDAD DE REGULAR PENALMENTE ACCIONES CONTRA DICHO BIEN	107
4.3 ANÁLISIS DE NECESIDAD: ¿ES LA PRISIÓN ES LA SANCIÓN DISPONIBLE MENOS LESIVA?	111
4.3.1 La alternancia de prisión en la letra de la ley y en la aplicación práctica.....	117
4.3.2 Sistema acusatorio y salidas alternas a juicio como mecanismos alternativos de prisión.....	120
4.3.3 ¿Cómo se repara el daño?.....	131
4.4. SUBPRINCIPIO DE PROPORCIÓN ESTRICTA: CONFRONTACIÓN, BALANCE Y COSTO-BENEFICIO	134
4.4.1 Confrontación de los años de prisión previstos para similares conductas respecto de otros códigos en México.....	134
4.4.2 Análisis estricto-cualitativo de la penalidad en delitos patrimoniales particulares confrontado a delitos en detrimento del erario público.....	140
4.4.3 El análisis de costo-beneficio de los años de prisión como sanción penal.....	145
CONCLUSIONES	148
FUENTES DE INFORMACIÓN	152

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, el Derecho Penal ha tenido una irrefutable expansión. Una de sus vertientes, ha sido la tendencia de muchos parlamentos del mundo denominada "desmesura punitiva", que es ocasionada por procesos legislativos que responden más al deseo de hacer frente en forma parcial y mediática, a necesidades políticas de coyuntura, que a las obligaciones de diseñar estrategias político criminales preventivas y en su caso, con penas que tengan una finalidad afectiva y que constitucionalmente sean proporcionadas¹.

También, existe un amento descontrolado en la cantidad de las conductas hipotéticas que se advierten como constitutivas de delito, así como el número de años de privación de la libertad. Lo cual se une a la ausencia de innovación o aplicación de sanciones alternas a la recién aludida, que privilegien la reparación al ofendido del daño causado, en lugar de erogar dinero público en el enclausramiento de un individuo condenado culpable en sentencia judicial.

Frente a este escenario, donde se plantean a los congresistas, exigencias de solución inmediata a todo tipo de problemas, es indispensable que en forma constante se analicen las reformas a las leyes vigentes, con el tiempo, dedicación y profundidad que la complejidad de cada tema requiere.

En la última parte del primer párrafo del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, existe una orden a los creadores de la norma, de contemplar en las figuras delictivas, penas que le sean proporcionales conforme al bien jurídico afectado.

¹ Terradillos Basoco, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad como principios limitadores del poder punitivo*, México, Ubius, 2011, p. 58.

En Nayarit, los delitos con mayor incidencia son los de carácter patrimonial² y se ha respondido a dicho fenómeno, mediante el establecimiento de un esquema de penalidad que inicia desde los 3 meses hasta los 13 años de prisión.

Surge entonces la interrogante: *¿Se cumple la obligación constitucional de proporción en la pena, prevista para los delitos patrimoniales en el Estado de Nayarit?* Para tal efecto, es imprescindible conocer los fundamentos filosóficos de la pena y sus teorías, saber cuál es el objetivo de la sanción penal en México, sistematizar las bases doctrinales del principio de proporcionalidad y también comparar la interpretación jurisprudencial que se ha realizado en los países que lo han implementado.

Por eso, en el contenido de esta investigación jurídica cuyo método es el científico (observación, hipótesis, experimentación y conclusiones), se apreciarán diversos submétodos: el sistemático en cuanto al orden y coherencia del trabajo; el analógico con la finalidad de generar conclusiones mediante el cotejo de la concepción jurisprudencial y legal de la sanción penal en delitos patrimoniales que existen en México, Alemania, Colombia y España. El submétodo dialéctico, servirá para las conjeturas que partan de líneas de pensamiento doctrinales, generadas a partir de la construcción de los estados constitucionales. Finalmente, mediante la deducción, se realizará un ejercicio de escrutinio de proporcionalidad de la pena en los delitos patrimoniales para el estado de Nayarit, que tengan como base la doctrina, la jurisprudencia más relevante y el aspecto teleológico del principio constitucional en mención.

Ciudad de la Cultura Amado Nervo, Tepic, Nayarit, México.

² Incidencia delictiva Nayarit, Organización "Causa en común"; Incidencia años 2012, 2013, 2014 y 2015, consultada por última vez el día 16 de marzo de 2017, disponible en formato digital en: <http://causaencomun.org.mx/programas/policia/incidencia-delictiva-nayarit/>

HIPÓTESIS

La penalidad de los delitos cuyo bien jurídico es el patrimonio particular en el Estado de Nayarit, es desproporcionada conforme lo dispuesto por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debido al elevado e innecesario número de años de prisión previstos, así como por la dependencia que éstos tienen con el valor que en salarios mínimos, se asigna al objeto del delito.

CAPÍTULO PRIMERO

LA PENA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: PARTICULARIDADES SOBRE LAS BASES FILOSÓFICAS Y EL FUNDAMENTO ACTUAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

El presente capítulo es primordialmente histórico-filosófico, la primera parte se desarrolla en orden cronológico y tiene como objetivo establecer el punto de partida temporal del contexto de la investigación, es decir, la creación de los estados constitucionales de derecho, porque éstos son la génesis³ del actual sistema jurídico penal vigente en la mayoría de los países del mundo

También, se resalta el cambio en la concepción dogmática de las bases del derecho penal y principalmente la evolución en la utilidad de la pena, porque fue en dicha época, que producto de las diversas corrientes filosóficas de la ilustración y el racionalismo⁴, se logró el rechazo total al ejercicio del poder en forma trúnica, absolutista, arbitraria y unilateral amparada por los dogmas principalmente eclesiásticos o de realeza.

En el segundo punto, se destaca un primer acercamiento a los principios constitucionales en materia penal, porque el positivismo exacerbado, generó por la posibilidad de formarse los Estados totalitarios, que al amparo de normas vigentes, tergiversaron los avances en el derecho penal, volviéndose la pena en un instrumento de imposición social.

La tercera parte, tiene que ver con los lineamientos teóricos filosóficos más importantes de la pena, sistematizados conforme la finalidad propuesta, conocidos tradicionalmente como: la retribución, la prevención y sus versiones eclécticas.

Finalmente se expondrá la actual concepción constitucional de la pena en México, los artículos que la regulan y sus principales reformas, para establecer desde la

³ Ya que posteriormente se crean los estados constitucionales y democráticos, así como los sociales.

⁴ Impulsores como Locke, Rousseau, Montesquieu, Diderot, Bentham, entre otros

perspectiva teórica jurídica, cuál es la finalidad de la pena hoy en día para el estado mexicano.

1.1 LA CREACIÓN DE LOS ESTADOS CONSTITUCIONALES Y SU INFLUENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO PENAL

Desde la edad media -siglo VII después de cristo- el centro de cualquier explicación era la divinidad, todo principio y fin en la sociedad giraba a su alrededor. El derecho se encontraba sometido a la voluntad moral teocrática, por ello era inexistente la distinción entre el Estado y la Iglesia. En consecuencia, quienes ejercían el poder absoluto, como eran representantes de dios en la tierra, administraban riqueza, ejecutaban decisiones, legislaban y juzgaban a todos sus súbditos que ni siquiera podían ser considerados como personas⁵.

Es decir, existió un paralelismo entre la exigencia religiosa de la justicia divina y la función de la pena⁶; la legitimidad del castigo, era la posible ofensa a un dios, por ende, la antijuridicidad se podía comprender como la desobediencia al titular divino, de manera que las prácticas punitivas o el antecedente del derecho penal, servía para reprimir todo interés que contradijera al poder absolutista y de la religión⁷.

A esta etapa punitiva, se le denomina como "venganza pública", puesto que tenía como principal objetivo, el mantenimiento del orden que cierta estructura política generalmente teocrática tenía en un lugar y tiempo determinado, mediante la provocación de dolor físico en las personas hasta lograr su confesión⁸.

⁵ Bernal Castro, Carlos Andrés, *Bienes jurídicos o protección de la vigencia de normas: una lectura desde la historia social del derecho penal*, Colombia, Universidad Católica de Colombia, 2013, pp. 38 y 39.

⁶ Jiménez Martínez, Javier, *La estructura normativa del delito*, México, Flores, 2014, p. 1164.

⁷ Bernal Castro, Carlos Andrés, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

⁸ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 7a ed., México, Porrúa, 2010, pp. 159 y 160.

Por tanto, lo que hoy se concibe como pena, era en ese entonces un instrumento de dominación inquisitiva, por virtud del cual, la misma autoridad podría decir, qué era delito, procesaba al delincuente y le ejecutaba la pena como medio de castigo.

1.1.1 La transición de la pena autoritaria a la prevista en la ley

Ya en la edad moderna –siglo XV a XVIII–, después de conflictos sociales en torno a la titularidad del poder entre clases privilegiadas y el cambio de filosofía influenciado por Locke, Rousseau, Montesquieu, Diderot y otros; que culminaron en las revoluciones Inglesa de 1689, Americana de 1776 y Francesa de 1789, cambió el paradigma de la forma de explicar las relaciones sociales, puesto que la separación eclesiástica, la división del poder y la búsqueda de la dignidad humana, generaron las condiciones para concebir a la dinámica social, como producto de un contrato en el que los hombres libres e iguales, cedían su voluntad o parte de ella, en un orden social e institucional coactivo que controla el bien en común, para asegurar los intereses más esenciales⁹.

En esta línea de pensamiento fueron creadas: la Declaración de derechos del Buen Pueblo de Virginia del Buen Pueblo de Virginia de 1776 y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; cuyas ideas sirvieron de base para la creación de las Constituciones Políticas de Estados Unidos de América y Francia.

Aunque los derechos ahí contenidos, ineludiblemente pudieron tener precedentes o similitudes con algunos exigidos en "La Petición de Derecho" de 1628, en "La Carta Magna" de 1215 u otros; estos últimos se dieron en contextos específicos cuyo reconocimiento fue a grupos muy delimitados de la sociedad y arriba mencionados, sentaron las bases de lo que hoy se entiende como Estado Constitucional¹⁰.

⁹ Bernal Castro, Carlos Andrés, *op. cit.*, pp. 42-47.

¹⁰ Cfr. La Torre, Massimo, "Constitucionalismo de los Antiguos y de los Modernos. Constitución y «estado de excepción»", *Revista Res Pública Universidad de Murcia*,

En dichos documentos, surgidos directamente de la voluntad social, se decidió erradicar el régimen absolutista, que durante siglos generó abusos en nombre de leyes divinas, que por una parte no distinguía la frontera entre la comisión de un delito y la de un pecado¹¹, y por otra parte, su ejercicio podía ser utilizado por los detentadores del poder mediante una decisión unilateral, hoy concebida como arbitraria o tirana.

Esto generó de forma inevitable, la escisión del delito como castigo teocrático o por uso de facultad autoritaria, para crearse como un acto libre y personal realizado por quien desobedecía precisamente al pacto social mediante la transgresión de lo que se previamente se contemplaba como prohibido. Por tanto, el castigo ya no era una potestad soberana, sino una obligación retributiva necesaria para restaurar la violación de dicho pacto¹².

De tal manera, la concepción del Estado liberal, impulsó la aceptación de la igualdad de las personas ante la ley, por lo que no debían existir distinciones por cuestiones de raza, ideología o condición social¹³.

De lo anterior, puede resaltarse en forma concisa, la culminación de las prácticas punitivas o de ejercicios tiránicos del poder, traducidos en castigos a los súbditos.

Ante el flagelo de los poderes absolutistas, las puniciones a placer o capricho cedieron su paso hacia las penas previamente establecidas y ante supuestos igualmente regulados.

Los derechos fundamentales en materia penal se gestaron en esta época y hasta la fecha, continúan siendo objeto de abusos por parte de la autoridad, es decir, sigue su lucha por disfrutar de ellos a plenitud.

España, núm. 23, 2010, pp. 17-35, consultada por última vez el día 16 de marzo de 2017, disponible en formato digital en <http://revistas.um.es/república/articulo/viewFile/136051/123931>

¹¹ Carbonel, Miguel, 2a. reimp., *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2014, p. 35.

¹² Bernal Castro, Carlos Andrés, *op. cit.*, p. 44.

¹³ Díaz Aranda, Enrique, *Derecho penal parte general*, 1a. reimp., 3ª ed. México, Porrúa, 2012, p. 52.

Indudablemente que tener documentados en ley a los delitos y las penas fue un gran paso, sin embargo, quizá a manera de resistencia por quienes detentaban el poder público y económico, las prerrogativas ya reconocidas en el Estado Constitucional, no fueron llevadas a cabo en la vida cotidiana de las personas, porque se empleó la coercibilidad de la ley para imponer intereses políticos y demagógicos como se expone a continuación.

1.2 LA FUNCIÓN DE LA PENA Y SU RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA DEMOCRATIZACIÓN DEL ESTADO

El peso de la ley fue utilizado de manera arbitraria para quienes ya en un Estado Constitucional de Derecho, abusaban de la potestad que presidían: Alemania e Italia, fueron grandes ejemplos de ello.

No bastó con tener previamente establecido qué era un delito y cómo debía sancionarse en la legislación, puesto que ésta y su proceso de creación, así como de reforma, fueron un simple trámite a servicio de quien presidía al poder.

De ahí surgió la importancia de democratizar al Estado y de incluir en las cartas fundamentales, principios que vincularan la manera en la que las legislaciones tenían que regular las diversas materias del ordenamiento jurídico, entre ellas por supuesto, las cuestiones penales.

1.2.1 Los Estados Constitucionales totalitarios: Abuso de la ley penal

Como ya se había señalado, en orden cronológico destaca como una de las primeras referencias escritas de principios fundamentales del orden jurídico penal, el artículo VIII de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, que contiene el *principio de legalidad*, del *debido proceso* y la *no autoincriminación*.

Por su parte y de manera más precisa, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia en 1789, dedicó sus preceptos 7º y 8º a las prerrogativas del ámbito penal, que fundamentalmente reconocieron los principios de *legalidad*, de *proporcionalidad de la pena*¹⁴ y de la *irretroactividad*.

No obstante, el abuso del poder continuó, aunque con distinta forma de operación. La modernidad generó una serie de transformaciones políticas, sociales y jurídicas; se crearon las bases para la Revolución Industrial, surgió el sistema capitalista, se priorizó la actividad mercantilista, nació la ideología del socialismo para igualar las clases sociales y existía una pugna para eliminar toda diferencia entre ellas¹⁵.

Los Estados comenzaron a generar políticas expansionistas e imperialistas que desencadenarían la primera guerra mundial en 1914 y en palabras de Santiago Mir Puig, se creó la transición del Estado liberal por el *intervencionista*, generando una relajación y distanciamiento de las garantías liberales que propiciaría el totalitarismo¹⁶.

Ejemplos claros son, el fascismo italiano, el nazismo alemán y todos los movimientos totalitarios, que dieron un giro anti-ilustrado, desarrollado en la segunda mitad del siglo XIX, fruto de una transformada política ya no revolucionaria ni reformadora, sino conservadora y reaccionaria, preocupada en defender al estado y el nuevo orden económico¹⁷.

En dicho contexto, la legislación penal rebajó al máximo cualquier disposición que tutelara los avances que en la materia ya habían adquirido garantías, la pena fue el principal mecanismo represor de conductas individuales y de ciertos segmentos de la sociedad, mediante los escenarios punitivos con sanciones jurídicas

¹⁴ "La ley no debe establecer más que penas estricta y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada".

¹⁵ Bernal Castro, Carlos Andrés, *op. cit.*, pp. 52 y 53.

¹⁶ Mir Puig, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., España, Bosch, 1982, p. 21.

¹⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, 10ª ed., Madrid, Trotta, 2011, pp. 227 y 228.

desproporcionadas, con la supuesta finalidad de defender a toda costa la colectividad¹⁸.

Se produjo el fenómeno que Luigi Ferrajoli denomina como "la regresión ideológica de la cultura decimonónica", donde la transformación del estado liberal, el desarrollo de la legislación escrita y el ocaso del derecho natural, colapsaron las bases axiológicas externas de la cultura jurídica como fuente de justificación y limitación al derecho vigente, particularmente el derecho penal, expandiéndose más allá de los límites garantistas de la determinación del hecho, lesividad, materialidad y culpabilidad del autor¹⁹.

En ese contexto, la pena fue empleada por tiranos, -ahora legalmente atribuidos de facultades legales-, para segregarse o eliminar a personas. Ya fuere por su lugar de origen, condición sexual, color de piel o hasta por "representar un peligro inminente".

La segunda guerra mundial dejó crímenes de lesa humanidad, desapariciones forzadas, desplazamientos de civiles, desconocimiento del estatus de persona, discriminación racial, ideológica, política y religiosa de grupos sociales; campos de concentración, utilización indiscriminada e ilimitada de todos los tipos de armas de corto, mediano y largo alcance, bombardeos sobre zonas habitadas por combatientes y ciudadanos; provocándose a nivel internacional, nuevas reflexiones filosóficas, humanas, ideológicas, políticas y jurídicas²⁰.

Se tenía entonces, un ordenamiento jurídico penal a merced del líder totalitario, que tenía la capacidad de hacer leyes vigentes que lo facultaran a cumplir sus tiranías, pero que desconocían el interés social y democrático del pueblo.

¹⁸ Bernal Castro, Carlos Andrés, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

¹⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 227 y 228.

²⁰ Bernal Castro, Carlos Andrés, *op. cit.*, p. 67.

1.2.2 Transición al Estado Democrático de Derecho y la constitucionalización de los principios en materia penal

Después de la última guerra mundial, en la primera mitad del siglo XX, se llegó a la nueva evolución de Estado conocida como: "de bienestar o estado social y democrático de derecho", resultado de la combinación de ideologías o políticas públicas referentes a la participación recta del Estado en la vida de sus asociados.

Se tuvieron transformaciones en la teoría del derecho, mutaciones epistemológicas, que dieron paso a la creación de estamentos de orden supranacional como la Organización de las Naciones Unidas mediante la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948²¹, cuyos artículos 5, 10, 11 y 14, contemplaron la prohibición de la tortura, la obligación de tutelar el debido proceso y la presunción de inocencia, impedir el establecimiento de penas más graves a las aplicables en la comisión del delito, la figura del asilo, entre otros.

Los preceptos normativos aludidos fueron equiparados en las Constituciones modernas de los Estados, y se comenzó a concebir estos derechos de manera efectiva y como fundamento democrático de todo el ordenamiento jurídico²².

Así, quedó rebasada la idea un Estado de Derecho sin origen democrático, ahora, toda la legislación debía ser sincronizarse con su propia Constitución Política como voluntad del pueblo —y actualmente los tratados internacionales—, que contienen las decisiones fundamentales que orientan a su sistema político y de normas²³.

Por tanto, el Derecho y el Estado en sí, pasaron de ser o por lo menos avanzaron, en ser de un instrumento del poder, a representar una garantía contra el abuso de su ejercicio²⁴.

²¹ Bernal Castro, Carlos Andrés, *op. cit.*, p. 64.

²² Barbero Santos, Marino, "Estado constitucional de derecho y sistema penal", *Derecho e Ciudadanía*, Prais, año IV, núm. 10-11, 2000-2001, pp. 13-24.

²³ Bercherlman Arizpe, Antonio, *Derecho Penal Mexicano*, México, Porrúa, 2004, p. 89

²⁴ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, 2007, p. 16

A partir de la creación del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, todo el sistema jurídico y por ende el relativo a la materia penal, encuentra sus directrices en las normas y principios incluidos en la Constitución Política o disposiciones equivalentes en su jerarquía, lo que trae como consecuencia, que la validez y aplicación de toda legislación, incluidas las que prevén sanciones penales, ya no dependen únicamente del proceso formal legislativo de su creación y la aplicación que realice en su momento el órgano jurisdiccional, sino también de la congruencia que guarden con las bases constitucionales que son la máxima representación de la voluntad del pueblo y representan el eje central de cualquier autoridad para ejercer sus funciones controladamente y no de forma autoritaria.

A esta doctrina penal moderna procedente de la época de la Ilustración, puede atribuirse la creación de los principios contemplados en la norma suprema que manifiesta la voluntad general, donde se protegían los valores básicos de la sociedad²⁵, su forma de organizarse y las bases del orden jurídico penal.

Así, dichas bases democráticas y constitucionales comienzan a concebirse como "principios", que representan el fundamento, origen, causa, inicio, comienzo o razón sobre la que se soporta un análisis discursivo en cualquier materia²⁶.

Los principios, pueden tener diferentes acepciones desde el punto de vista jurídico.

Como metanormas, es decir, disposiciones orientadoras para el conocimiento, interpretación y aplicación de normas jurídicas; como la finalidad u objetivo de éstas; como orientación de la interpretación teleológica y evolutiva o como término de aspiración de las mismas. Es decir, los principios pueden poseer un significado

²⁵ Vives Antón, Tomás S., *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*, 2a. ed., España, Tirant lo Blanch, 2011, pp 663-666.

²⁶ Londoño Ayala, César Augusto, *Principio de proporcionalidad en el derecho procesal penal*, Colombia, Nueva Jurídica, 2012, p. 35.

hermenéutico o metodológico de las normas, actuar ontológicamente como fuente del derecho o axiológicamente como determinaciones de ciertos valores²⁷.

Robert Alexy, ha definido a los principios, como aquellas disposiciones de mandato de optimización con expresiones deónticas básicas de permisión así como de prohibición y en segundo término de impacto de general²⁸.

En consecuencia, la previsión de un principio constitucional respecto de la pena, frena o debe frenar que éstas sean instrumento de dominación, tal y como sucedió en los estados totalitarios, donde si bien la sanción penal se encontraba prevista en ley, ésta no tenía una base axiológica, metodológica u ontológica que representara los intereses democráticos de la colectividad.

De ahí la importancia de dichos principios en esta materia, que constituyen un verdadero límite sustancial al ejercicio del derecho penal por parte del Estado.

Sin embargo, aunque el contenido de este apartado, pone de manifiesto el gran avance denominado como "la constitucionalización del derecho penal y sus principios", el debate doctrinario y jurisprudencial debe ser constante, porque se ha minimizado el efecto de las penas privativas de la libertad que deberían ser empleadas únicamente en casos extremos y donde no existe otro mecanismo eficaz para la protección de esos intereses ya constitucionalmente relevantes, por ello la gravedad de la punición debe ser graduada en esa lógica, es decir, la disciplina jurídica que determina las penas no debe excederse pero tampoco limitarse para la protección social, lo que se entendería como inconstitucionalidad por falta de proporcionalidad o razonabilidad y en el último supuesto por omisión de acatar la Constitución²⁹.

²⁷ Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales: Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*, México, Porrúa, 2011, pp. 80 y 81.

²⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 3ª reimp., trad. de Ernesto Garzón Valdéz, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, colección *El derecho y la Justicia*, pp. 83-86.

²⁹ Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, IJ-UNAM, 2008, pp. 53-55.

Para encontrar una directriz efectiva que lleve al cumplimiento de un principio constitucional de la pena –como lo es el de proporcionalidad–, es vital conocer la gama de posibilidades teleológicas de la pena y por ende, reconocer cuál de ellas se pretende cumplir.

1.3. OBJETIVOS TEÓRICOS DE LA PENA: RETRIBUCIÓN Y PREVENCIÓN

Al haberse analizado la creación de los estados constitucionales y su influencia en el sistema penal, así como el origen y progreso de los principios del orden jurídico en dicha materia que han sido reconocidos en las correspondientes constituciones, se pone de manifiesto que todas encuentran un común denominador, la finalidad de la pena, cuya utilidad invariablemente progresa conforme al tipo de Estado que rija en tiempo y espacio determinado.

Para Beccaria, el origen de las penas estriba en la necesidad de contener el ánimo particular de las personas, a vulnerar la certidumbre de tranquilidad social lograda mediante el sacrificio que cada persona hace respecto de una porción de libertad, que deposita en la soberanía de la nación³⁰.

La pena, inevitablemente y por su propia naturaleza es instrumento de aflicción, empero, ha sido instrumento de diversas finalidades que cambian conforme la concepción de la sociedad y del Estado en un tiempo y espacio determinado³¹.

Santiago Mir Puig, de forma muy específica, enunció las características funcionales de las penas, atendiendo al tipo de Estado, llámese liberales, intervencionistas y sociales-democráticos de derechos.

Sostiene el autor en mención, que la fundamentación del estado y del derecho liberal en el contrato social, tuvo como principales precursores a Kant y Hegel, atribuyéndose la pena, a una *función preventiva y retributiva de delitos*. Durante

³⁰ Bonesana, Cesare, *Tratado de los delitos y las penas*. 18ª ed., México, Porrúa, 2010, p. 7.

³¹ Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *Derecho penal parte general*, trad. de Luis Fernando Niño, Colombia, Temis, 2006, p. 30.

el **estado intervencionista**, rodeado de capitalismo, revolución industrial y distinción de clases sociales, se concibió a la pena como forma de *"lucha en contra del delito, entendido como fenómeno social criminal, de manera exclusivamente preventiva"*. Por su parte, en los estados totalitarios, la pena fue un *"instrumento de eficacia al servicio del estado mismo y no de las personas"*. Finalmente en el estado social y democrático, el derecho penal tiene la encomienda de *"proteger de fuma efectiva a todos los miembros de la sociedad"*, orientar la función preventiva de la pena conforme a la protección de bienes jurídicos y los principios de proporcionalidad y culpabilidad, de manera que dicha pena, no debe ser una mera intimidación que suponga una amenaza a posibles delincuentes, sino la afirmación de valores de la sociedad³².

De la sistematización recién aludida, se pueden advertir –por lo menos- tres principales ideologías o teorías sobre la pena: a) Teorías absolutas, b) Teorías relativas, y c) Teorías mixtas o eclécticas de la pena.³³

1.3.1 Teorías absolutas de la pena

Las teorías absolutas, puede resumirse en el postulado siguiente: *"la pena retribuye el delito, es decir, la pena es únicamente castigo al delincuente por su delito: no desempeña ni persigue otra función ulterior"*³⁴.

Ess concisa sentencia, suena agresiva y hasta tiránica, sin embargo, es conveniente hacer referengncia sobre cuáles fueron los motivos o premisas que llevaron establecer dichas posturas.

Dentro de estas teorías, Heiko H. Lesch distingue dos subdivisiones, la expiación y la retribución. En la primera, la sanción penal consiste en el medio por el cual, el

³² Mir Puig, Santiago, *Función de la pena...*, cit., pp. 25-40.

³³ Jiménez Martínez, Javier, *op. cit.*, p. 1164.

³⁴ Polaino Navarrete, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, 2a ed., México, Porrúa, 2010, p. 100.

delincuente se reconcilia con el ordenamiento jurídico, con la sociedad y consigo mismo, con un irrefutable componente moral³⁵.

Sobre la segunda vertiente retribucionista de las teorías absolutas, destacan las ideas de Kant y Hegel.

Immanuel Kant, durante el periodo de la ilustración del siglo XVIII, se caracterizó por ser defensor de la pena de muerte y crítico de Beccaria.

Para este filósofo, el hombre no puede ser utilizado como medio para propósitos de otros y por ello, la pena es inservible como mecanismo para fomentar otro bien, ya sea para el delincuente mismo o para la sociedad civil. De esta manera, la pena invariablemente constituye un castigo y nada más, sin embargo, dicho castigo debe ser del tipo y grado acorde con el delito cometido. Para tal efecto, asegura que la cualidad, cantidad y proporcionalidad del castigo a la maldad de los criminales, se obtiene mediante la aplicación de la *ius talionis* –ley del talión–, pero perfectamente aplicada dentro del contexto de un tribunal y en la medida de lo estrictamente aplicable³⁶.

Otra de las figuras principales en similar tesitura, es Friedrich Hegel³⁷, quien dentro del marco temporal del siglo XIX e influenciado por Karl Marx, explicó y justificó que la violencia, entendida como el poder ejercitado por un ser libre y que vulnera la existencia de la libertad, constituye el delito, y éste debía ser anulado por una segunda violencia que afecta al delincuente (pena), que además de ser justa en sí, también le significa una prerrogativa a su favor. La superación del

³⁵ Lesch H., Heiko, *La función de la pena*, trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, España, Dykinson, 1999, pp. 168.

³⁶ Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, 4a ed., trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, España, Tecnos, 2008, pp. 165-169.

³⁷ Hegel, Friedrich, *Filosofía del derecho*, 5a ed., trad. de Angélica Mendoza de Montero, Argentina, Claridad, 1968, pp. 102-111.

delito entonces, era principalmente una venganza justa que se incorporaba en el progreso y pasaba como herencia de generación en generación ilimitadamente³⁸.

Von Liszt, denominaba a estas posturas, como penas primitivas, que constituían una acción meramente instintiva que obedecía en forma de reacción contra entorpecimientos externos, con la finalidad de conservar la especie y cuyo origen precede más allá del Derecho, de la moral o de toda experiencia³⁹.

Luigi Ferrajoli, agregó que la retribución sí tiene una conexión natural con la función de prevención general de los delitos, ya que a través de la amenaza legal se inhibe la comisión de hechos delictivos y la pena ejerce además de castigo, una intimidación⁴⁰.

1.3.2 Teorías relativas de la pena

En éstas, su fin no se agota con la retribución, sino que despliega un carácter preventivo de nuevos delitos, ya sea para el propio delincuente o para la sociedad en su conjunto, de ahí entonces, que surgen: 1) La prevención especial (positiva y negativa); 2) La prevención general (positiva y negativa)⁴¹.

Las teorías de la prevención especial cuyo principal objetivo es la persona que cometió un delito, tienen como principal referencia doctrinal a Franz Von Liszt, quien sostuvo que esta nueva forma de concebir a la pena, emergió de un progreso en la humanidad, donde la pena deja de ser una acción instintiva y se convierte en una acción voluntaria consciente de su finalidad. Lo que implica, un íntegro traspaso de la facultad de sancionar al Estado, quien se compromete a

³⁸ Una de las principales críticas a estas teorías, se debe a las consecuencias que generaron a través del Código de 1871 en Alemania, que propició al Estado Constitucional retribucionista y autoritario.

³⁹ Subdivide estas penas primitivas en: venganza de la sangre, proscripción o expulsión de la comunidad y finalmente, la pena estatal. Véase: Von Liszt, Franz, "La idea de fin en el derecho penal", *Enseñanza del derecho y material didáctico - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, Serie J, 1994, núm. 15, pp. 66-82

⁴⁰ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 368 y 369

⁴¹ Polaino Navarrete, Miguel, *op. cit.*, pp. 105 y 106

ajustar la pena a las condiciones de vida de la comunidad estatal, de los individuos contra quien se dirige el delito y al resaltar los intereses más protegidos (que se traducen a bienes jurídicos por medio de imperativos generales). A este proceso, le otorga el nombre de "objetivación de la pena", ya no reactiva sino que se pone al servicio de la sociedad, mediante la protección a dichos bienes de la sociedad y al ordenamiento jurídico⁴².

Para Von Liszt, los efectos de la pena son: *corrección, intimidación y neutralización*. Éstos se adecúan conforme al tipo de delincuente: los que necesitan corrección y son capaces de ella, los que no necesitan corrección y los no susceptibles de corrección. En razón de lo anterior, también segmentó a los delincuentes en tres tipologías: 1) *los irrecuperables*, que son el ejército de enemigos fundamentales del orden social, aquellos a quienes como no se puede decapitar o ahorcar, no queda otra opción más, que privarlos de la libertad el mayor tiempo posible. 2) Otro grupo delincuencial, constituyen los que *precisan de corrección*, principiantes de la carrera delictiva que pueden ser salvados, a ellos sugiere Von Liszt, que debe quedar excluida la aplicación de la pena privativa de libertad; y 3) El último grupo son los *delincuentes ocasionales*, aquellos que el hecho cometido sólo es un episodio generado por influencias preponderantemente externas, de manera que el peligro de su repetición es prácticamente nulo y carece de sentido la corrección, por lo que la pena únicamente debe ceñirse a una amenaza futura intimidatoria, ya sea de restricción de libertad o de pérdida de derechos civiles. La pena únicamente debe reestablecer la ley violada mediante una advertencia⁴³.

Con todo su aporte filosófico Von Liszt quería: "Neutralizar a los incorregibles y corregir a los corregibles". Y la pena es prevención mediante retribución, o retribución mediante prevención.

Miguel Polaino Navarrete sistematiza a la prevención especial positiva como la corrección o mejora al delincuente principiante de la carrera criminal. Por su parte

⁴² Von Liszt, Franz, *op. cit.*, pp. 85-90

⁴³ *Ibidem*, pp. 115-125.

a la prevención especial negativa como la intimidación al delincuente ocasional y finalmente a la prevención especial neutralizadora como la exclusión del delincuente habitual no capaz de corrección⁴⁴.

Luigi Ferrajoli, critica a estas doctrinas correccionalistas de la prevención especial, por la confusión de derecho y moral que afecta no solo la concepción del delito, sino de la pena, como instrumento benéfico de rehabilitación del condenado, el distintivo de proyectos autoritarios de moralización individual o de ortopedia social que entran en conflicto con el derecho de la persona de verse inmune a toda práctica coactiva de transformación⁴⁵.

Gustavo Malo Camacho, sostiene que la pena en esta visión teórica, si bien implica siempre una afectación a los bienes jurídicos del sentenciado, como respuesta jurídica de la sociedad a la vulneración por él ocasionada con la comisión del delito, implica a la vez, el aprovechamiento de tal contenido punitivo, conforme un fin correctivo, reeducador, adaptador, readaptador y reincorporador de la persona al seno social⁴⁶.

Sobre la prevención general positiva en su faceta integración, Ferrajoli apunta que se le atribuye una función a la pena de integración social a través del reforzamiento de la fidelidad al estado, así como de la promoción del conformismo de las conductas. Sobre la faceta de pena ejemplar, el mismo autor, sostiene que ello legitima intervenciones punitivas guiadas por la máxima severidad y sobre todo desprovistas de cualquier certeza y garantía: no sólo la pena "ejemplar", sino incluso el castigo del "inocente", desvinculado de la culpabilidad y de la averiguación misma del delito. Y sobre la más moderna de las teorías de prevención general negativa, liga la función disuasoria o intimidación del derecho penal hacia la sociedad, ya no mediante la pena sino con la amenaza contenida en la ley penal⁴⁷.

⁴⁴ Polaino Navarrete, Miguel, *op. cit.*, pp. 106-107

⁴⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 274-275.

⁴⁶ Malo Camacho, Gustavo, *op. cit.*, p. 65.

⁴⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 275-277.

Para Lesch, más que una teoría de la pena, pareciera una teoría de la amenaza penal, para este autor el fin de la ley es la amenaza y el efecto intimidatorio del hecho que está conminado con un mal⁴⁸. Ello es así puesto que, ¿hasta cuándo debe ser la amenaza acentuada cuando se impone la pena? Porque, si la acción no tuvo en cuenta la amenaza penal, es claro que ésta no ha alcanzado su objetivo que es disuadir, de tal suerte que se lleva a cabo un resultado estéril.

Se critica entonces, que atribuir dicha función al derecho penal y a la pena, sería dejarla sin encomienda, puesto que en general, todas y cada una de las normas jurídicas tienen la función pragmática de orientar comportamientos⁴⁹.

Giovanni Fiancaca y Enzo Musco, indican que el modelo psicológico enunciado recibe la crítica que las personas delinquentes no son calculadores que evalúan racionalmente los motivos de su propia acción, por el contrario, quien comete delitos está sujeto a estímulos inconscientes, a impulsos emotivos difícilmente controlables⁵⁰.

Por su parte, Claus Roxin advierte que la acepción inicial de la prevención general que proponía Feubertach mediante una simple amenaza, ha evolucionado y en la actualidad es posible advertir por lo menos tres efectos: 1) El aprendizaje que realiza el Derecho penal al mostrarle a la sociedad, de manera ilustrativa, las reglas básicas cuya violación no puede aceptarse, 2) El efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el Derecho se ha impuesto y, 3) La pacificación que se produce cuando un quebrantamiento social se resuelve mediante la intervención del estatal que restablece la paz jurídica⁵¹.

De dicha aportación se deduce que Roxin, utiliza a la conminación penal prevista en el tipo ya no como amenaza a toda la sociedad que pudiere cometer un delito, sino como una exposición ilustrativa de las normas de convivencia humana imprescindibles.

⁴⁸ Lesch H., Helko, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 277.

⁵⁰ Fiancaca, Giovanni y Musco, Enzo, *op. cit.*, p. 702.

⁵¹ Roxin, Claus, "Cambios en la teoría de los fines de la pena", *Lineamientos prácticos de teoría del delito y proceso penal acusatorio*, México, 2014, p. 367.

Esto resulta sostenible en nuestros días, con el avance tecnológico, desde las redes sociales y hasta el uso de dispositivos como drones, existen personas que se escudan en el "eso no está regulado" para cometer conductas que evidentemente lesionan de igual o mayor manera a bienes jurídicos previamente tutelados por el derecho penal.

Asimismo, en cuanto al segundo, puede resumirse en la justicia restaurativa, pues se dirige al beneficio y confianza que tiene el ciudadano cuando aprecia que el Derecho se impone; lo cual se consigue mediante las detenciones y aprehensiones eficaces y la inmediata reparación del daño. El último efecto que plantea Roxin, se relaciona con la sensación de restablecimiento del orden que provoca la imposición material de una pena en su debida proporción y el mensaje a toda la sociedad de su efectividad.

Estos efectos, en ningún momento hablan sobre el sentenciado, quien directamente recibe la pena y es el centro de las teorías de la prevención especial; sin embargo, los apuntes que Roxin aporta, devienen poco refutables, aunque sería útil discernir si realmente son consecuencias jurídicas que se quieren obtener de la pena, o son secuelas lógicas cuya asimilación o verificación, dependerá de cada una de las personas que conforma la sociedad.

Sobre la base expuesta, se puede apreciar la siguiente forma de apreciar a las teorías relativas de la pena:

1. *Prevención especial positiva*: Corrección del reo
2. *Prevención especial negativa*: Incapacitación, eliminación o neutralización del sentenciado.
3. *Prevención general positiva*: Integración de la sociedad al orden
4. *Prevención general negativa*: Intimidación, disuasión y amenaza de la pena.

Cabe señalar que autores como Wolf, han realizado una fuerte crítica a la concepción filosófica de las teorías absolutas y relativas de la pena, a sus frentes de discusión, así como las antinomias de los fines de la pena que no han sido

superadas entre ellas. Se afirma que la transición del colapso del sistema penal retributivo-preventivo general en Alemania contemplado en su Código de 1871 y el abandono de las ideas de Hegel y Kant para dar pie a la racionalización de la pena en el programa de Marburgo de Von Liszt, con tendencia preventivo-especial, se colapsó con las altas cifras de reincidencia y las numerosas investigaciones sociológicas que afirman la inviabilidad del sistema penitenciario para cumplir su función resocializadora⁶².

1.3.3 Teorías mixtas de la pena

Existen también, teorías eclécticas o de la unión, que lejos de proponer una nueva forma de justificar el motivo y fin de la pena, resultan de la armonización de las diversas teorías absolutas y relativas, por ello, combinan la retribución de la culpabilidad mediante la pena, con la influencia rehabilitadora, intimidatoria o de aseguramiento en el autor concreto o potenciales autores de delitos⁶³.

Claus Roxin, es el creador de la teoría unificadora dialéctica, que si bien no constituye una novedad en sí misma, aporta la visión de segmentar los distintos efectos en que el derecho y la pena, se enfrentan con el individuo. En primer término, la amenaza, luego la imposición y finalmente la ejecución de la pena. A cada uno de las anteriores estadios, este doctrinista le atribuye una de las tradicionales teorías de la pena⁶⁴: 1) La prevención general mediante la conminación o creación del tipo penal, 2) La teoría de retribución en la sentencia y; 3) La teoría preventivo-especial en la ejecución penal.

Así, el alemán aludido, justifica que el sentido y límite del derecho penal, se caracteriza con su misión como: "protector subsidiario de bienes jurídicos y prestación de servicios estatales mediante prevención general y especial que

⁶² Wolf, Paul, "Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena", en Bustos Ramírez, Juan (dir.), *Prevención y teoría de la pena*, Chile, Conosur Ltda, 1995, pp. 61-65.

⁶³ Von Liszt, Franz, *op. cit.*, pp. 115-125.

⁶⁴ Roxin, Claus, "Sentido y límites de la pena estatal", trad. de Diego Manuel Luzón Peña, *Problemas básicos del derecho penal*, España, Reus, 1976, pp. 11-36.

salvaguarda la personalidad en el marco trazado por la medida de la culpabilidad individual". Agrega y explica, que su teoría no debe confundirse con un postulado unificador por adición de las anteriores corrientes, lo cual sería extremadamente peligroso, sino que se vuelve dialéctica en la medida que acentúa lo antitético de los diversos puntos de vista y se reúnen en una síntesis, dada la naturaleza de las cosas. También, que la realidad social exige una protección a la comunidad de posibles agresiones individuales, pero también que dicho individuo no esté a presión excesiva por parte de la sociedad y la necesidad del delincuente a un tratamiento terapéutico-social sin dejar de concebirlo como hombre libre y responsable. Por tanto, cualquier teoría que se aleje de responder a esas realidades, quedaría en la abstracción o en propuesta aislada. Así, justifica la unión de los postulados teóricos precedentes pero en su debido objetivo: "La idea de prevención general se ve reducida a su justa medida por los principios de subsidiariedad y culpabilidad, así como por la exigencia de prevención especial que atiende y desarrolla la personalidad, mientras que la culpabilidad no justifica la pena por sí sola, sino que únicamente puede permitir sanciones dentro de lo imprescindible por motivos de prevención general y en tanto no se impida que la ejecución de la pena sea conforme bajo el aspecto de la prevención especial."⁵⁵

Günther Jakobs, califica a esta teoría como "la unión de los restos", que no aparta una teoría real de la pena pública, porque ni siquiera, ha intentado demostrar o identificar cuál sería el elemento creador de la armonía entre las dos grandes teorías de la pena. Afirma que aun cuando se considerara que la retribución de la culpabilidad abriera un marco para el tratamiento preventivo especial, una simple estadística de reincidencia mostraría la incompatibilidad de la pena con características habituales y algún tipo de efecto preventivo-especial, prescindiendo del simple efecto de reclusión⁵⁶.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 33 y 34.

⁵⁶ Jakobs, Günther, "Sobre la teoría de la pena", trad. de Manuel Cancio Meliá, Cuadernos de Conferencias y Artículos Universidad Externado, Colombia, núm. 16, agosto 1998, pp. 12-14.

Para este autor, lo importante es la restauración de la vigencia de la norma y la estructura social, lo reprochable es la ofensa al sistema jurídico y la pena no debe tratar de intimidar a personas –de todos modos dispuestas a cometer el hecho– mediante un tratamiento duro, y tampoco de intimidar al autor para que no cometa ulteriores hechos, sino de lo único que se trata es de una compensación por el daño producido en la vigencia de la norma primaria. El fin teórico de la pena es prevención general positiva, porque la pena es un aprendizaje a la fidelidad del ordenamiento como actitud natural⁵⁷.

Sin embargo, para críticos como Wolf, los esfuerzos modernos para una reforma del derecho penal, no han llenado las esperanzas filosófico-políticas, ni las exigencias sociales en ellas depositadas para el mejor control de la criminalidad.

La discusión tradicional sobre las teorías de la pena, no sólo se encuentra en crisis, sino que incluso ha dejado de ser actual, perdiendo valor heurístico, progresión e innovación. Frente a la práctica, la idea de prevención que se presenta cada vez como un principio desnacionalizado, es decir como fantasma teórico. De ahí la relevancia de lo que pueden o no plantearse en las iniciativas y reflexiones filosóficas sobre la renovación de la teoría de la pena en la reforma del futuro derecho penal⁵⁸.

La idea de prevención para evitar exitosamente la reincidencia y la reiteración, a pesar del derecho penal y la política criminal, no han sido todavía superadas, sigue siendo paradigma indiscutible por lo menos hasta el siglo XX, aunque ha demostrado ser una arma-inefectiva y disfuncional. Y ello se debe que su origen es una concepción teórica orientada a fines de una ilusión. El éxito de un derecho penal, debe partir de una praxis real que no sea vista de forma abstracta, doctrinaria y postulativa y por el contrario asimilar las realidades de la criminalización y penalización. La misma teoría preventiva se aniquila con sus propias ideas ilusorias sobre la praxis, que tiene una realidad autónoma con sus

⁵⁷ Jakobs, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo, México, Angel, 2014, pp. 36-40

⁵⁸ Wolf, Paul, *op. cit.*, pp. 61-65.

propias necesidades. El derecho penal se vuelve instrumento aniquilatorio de enemigos sociales, las cárceles en realidad no funcionan como instituciones de resocialización sino como lugares de destrucción psíquico-física y de internamiento. El concepto preventivo de "educar" se convierte dentro de los centros penitenciarios, un sinónimo de degradación, subordinación y adaptación forzada⁵⁹.

Para Mir Puig, las ideas de prevención y retribución no bastan por sí solas para decidir la discusión clásica entre una y otra, sus posibles sentidos y combinaciones. La cuestión depende del modelo político que en cada momento histórico se estime adecuado. Él propone otro matiz o visión ecléctica que denomina como *la prevención limitada*, donde la carga afectiva de las penas no debe representar un coste superior al beneficio que con ellas se obtiene en términos de protección. Ni debe castigar si no es necesario para la protección de los ciudadanos, ni hacerlo sin tomar en cuenta los derechos de todos, incluidos los que delinquen; la pena es necesaria para la prevención de delitos pero al mismo tiempo debe someterse a los límites relacionados con los derechos de los acusados.⁶⁰

Como ha sido plasmado, la función de la pena, no se ciñe a un debate doctrinal con bases en las diversas posiciones que han sido plasmadas en el presente apartado, sino que constituye una premisa fundamental de cualquier política criminal en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

En el concepto amplio de la pena, desde su redacción en el tipo penal, su judicialización hasta su aplicación material, pueden estar permeados de las diversas teorías, es decir, la amenaza o educación en la creación de las leyes penales, la armonía social y el cumplimiento de la norma a través de la instauración de los procesos judiciales y la reinserción en la etapa de ejecución penal.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 68-69.

⁶⁰ Mir Puig, Santiago, "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal" en *Constitución y principios del derecho penal algunas bases constitucionales*, México, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 71 y 72.

Expiación, rehabilitación o reinserción del sentenciado, prevención a la sociedad o al particular, eliminación de delincuencia organizada bajo régimen especial, criterios de oportunidad ministerial; son algunos de los factores que ineludiblemente deben estar armonizados con una política penal, en la que se tenga en claro, qué se busca con las sentencias condenatorias y su ejecución.

Esta circunstancia hace que todo el derecho penal, desde su estudio, análisis, creación o legislación positiva, reforma, procesos y aplicación de sanciones, tenga o no sentido, sea útil o no.

Por ello, al margen de las posturas teóricas plasmadas, surge la interrogante sobre cuál es la función de la pena en el Estado mexicano y para ello, se procede al siguiente punto de la investigación.

1.4 EVOLUCIÓN DEL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA PENA EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LA INCLUSIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL

Sin duda que el debate filosófico doctrinal, sobre el motivo, la finalidad y los efectos de la pena, se vuelve complejo de analizar por la diversidad de perspectivas con las que puede ser abordado el tema.

Pero, ¿cuál de todas las teorías expuestas pudiere encuadrar en la concepción que los mexicanos tenemos sobre la pena a través de la Constitución Política? Tal respuesta, exige invariabilmente un análisis sistemático de por lo menos cuatro preceptos del máximo ordenamiento de los Estados Unidos Mexicanos, los artículos 1º, 14, 18 y 22, que serán analizados por la importancia y relación de su contenido normativo.

1.4.1 Bases del artículo 18 Constitucional

Por su especialidad, el numeral 18 actualmente señala las bases del sistema penitenciario, es decir, el desenvolvimiento fáctico de la ejecución de la pena, los cuales consisten en: el respeto a los derechos humanos, el trabajo, la capacitación, la educación, la salud y el deporte; todos ellos como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir.

La disposición constitucional aludida, ha tenido siete reformas. En 1965 para el efecto de establecer que *el sistema penal* (actualmente entendido como el sistema penitenciario), se basaría en el trabajo, la capacitación y la educación como medio para lograr la readaptación social del delincuente.

Pasaron las reformas de 1977, 2001 y 2005, sobre temas de reos en el extranjero y justicia para adolescentes, pero fue hasta 2008, cuando se modifica la finalidad de la pena, de una *readaptación a una reinserción social*.

En el debate, llevado a cabo el 12 de diciembre de 2007 en la Cámara de Diputados, únicamente el congresista Felipe Borrego Estrada, abordó el tema del cambio de denominación y afirmó su viabilidad pues con ello se dejaba atrás a las teorías que señalaban a las personas sentenciadas como desadaptados socialmente o como enfermos, y que aquellos que cometían una conducta sancionada por el orden jurídico, debían hacerse acreedores a la consecuencia prevista antes de volverse a incorporar a la sociedad⁶¹.

De lo anterior se desprende, que el ajuste de denominación exclusivamente ayudaría a la dignidad de la persona a no ser tratado como desadaptado o con algún padecimiento clínico, sin embargo, la finalidad de la pena que implícitamente sugiere el legislador, tiene que ver sólo con hacer valer la fuerza del estado y se

⁶¹ Centro de documentación, información y análisis de la Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información de la Secretaría de Servicios Parlamentarios de la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (proceso legislativo)*, México, 2008, p. 188.

infiere que toda pena es prisión, puesto que generalizó que toda consecuencia jurídica penal debe cumplirse antes de volverse a incorporar a la sociedad.

Por su parte, conforme al dictamen de primera lectura realizado por el Senado de la República Mexicana el 13 de diciembre de 2007, relativo al decreto que concluyó con dicha reforma, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública y Estudios Legislativos, indicaron que el cambio de denominación aludido se debía a lo siguiente⁶²:

Que el concepto "readaptación social" es inadecuado para nombrar al momento en que los sentenciados terminan sus condenas y se insertan nuevamente en su entorno social. Se tomó como referente la esencia misma de la prisión, como una institución total y excluyente, por lo que no es posible que los sentenciados logren durante su estancia en ella una readaptación social.

Una institución cuya característica principal es la exclusión no puede incluir o readaptar a nadie a la sociedad. Por lo anterior, fue apoyado el cambio del término "readaptación social" por el de "reinserción social" y que se tenga como un nuevo objetivo el procurar que los reclusos no vuelvan a delinquir.

De esta síntesis teleológica constitucional, es evidente que el cambio en los fines de la pena, no se debe al respeto de la dignidad humana de la persona o a una nueva forma progresiva y vanguardista de ejecutar las sanciones penales, sino por el contrario, el reconocimiento tácito que mediante la prisión -dada su naturaleza excluyente-, resulta imposible que los sentenciados sean capaces de readaptarse a la sociedad. Se reconoce entonces, que quizá la finalidad no era la inadecuada, pero el medio -la prisión- sí lo era, pero en lugar de modificar a ese medio, "se cambió el fin", a través de un simple cambio de denominación.

De una confrontación de ambas posturas, es posible advertir que por una parte se pretendió brindar mayor dignidad a la persona al no llamarlo como desadaptado o enfermo, pero persistiendo en que la ejecución de la sanción penal, es siempre la

⁶² *Ibidem*, p. 133.

privación de libertad, cuando en el mismo debate quedó plasmado que esa medida, en nada ayuda a la readaptación.

Por ende, se pone de manifiesto el reconocimiento de la inviabilidad de la sanción de prisión para el fin de la pena, pero en lugar de modificar dicha medida, solamente se cambió la denominación a ese fin, siguiendo vigente el mismo medio.

1.4.2 Bases de los artículos 1º, 14 y 22 Constitucionales

Para iniciar, el artículo 1º dada su amplitud en conceptos y alcances, también se encuentra vinculado a la concepción de la pena, desde el respeto a los derechos humanos, los principios de interpretación conforme y pro persona, así como la obligación de toda discriminación que atente contra la dignidad humana y que menoscabe derechos y libertades de las personas. Bajo esta obligación constitucional del respeto a la dignidad humana, podría cuestionarse al sistema penitenciario en sí mismo.

Por su parte, el artículo 14 tiene dos postulados: la irretroactividad de la ley que asegura a las personas que las nuevas tipificaciones de delitos no serán aplicables a conductas cometidas con anterioridad a su entrada en vigencia; y el segundo, prohíbe imponer por analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito.

Finalmente, es imprescindible mencionar el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que desde su primera reforma en 1982, se contemplan 3 temas: La confiscación de bienes, la pena de muerte y las penas excesivas, siendo el proceso reformador de estos últimos, de gran importancia para vislumbrar la concepción actual de la pena⁶³.

⁶³ Las reformas de 1996 y 1999 fueron omitidas porque tuvieron como objeto a la figura de la confiscación.

En el año 2005, después de un gran rezago y presión internacional, se suprimió el cuarto párrafo del artículo 22 que todavía contemplaba algunos supuestos de procedencia para imponer pena de muerte.

En 2008, junto con la reforma integral al sistema de justicia penal, se modificó la última parte del primer párrafo del artículo en mención, con la finalidad de insertar literalmente el principio de proporcionalidad de la pena, que implícitamente o a través de la jurisprudencia ha sido incorporado en otros países como España o Alemania.

En la iniciativa presentada por los diputados César Camacho Quiroz, Felipe Borrego Estrada, Raymundo Cárdenas Hernández y Faustino Javier Estrada González; de los grupos parlamentarios del Partido Revolucionario Institucional; del Partido Acción Nacional; del Partido de la Revolución Democrática y del Partido Verde Ecologista de México, respectivamente, al principio se planteó modificar el párrafo tercero del artículo 14 constitucional para incluir el principio de proporcionalidad entre delitos y penas, así como el de lesividad⁶⁴.

Se explicó que el principio de proporcionalidad, obliga al legislador a tomar en cuenta la magnitud del bien jurídico afectado por una conducta delictiva al momento de determinar qué sanción se le debe aplicar y que para ello, se debe atender, entre otros elementos, al resto del sistema de sanciones, de modo que una conducta que dañe un bien jurídico de menor importancia, no se aplique una sanción que supere a la aplicada respecto a una conducta que sanciona un bien jurídico de mayor importancia. Asimismo, que dicho principio exigía también al legislador, a elegir la sanción más benigna posible de entre todas aquellas que tengan la misma eficacia con el objetivo que se propone alcanzar, de tal modo que *el sacrificio que se realice del derecho de libertad del que disfrutan todos los habitantes del país sea el mínimo indispensable.*

⁶⁴ Centro de documentación, información y análisis de la Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información de la Secretaría de Servicios Parlamentarios de la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

En el dictamen de primera lectura en el Senado de la República, celebrado el 13 de diciembre de 2007, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Justicia; Gobernación; Seguridad Pública y Estudio legislativo, se trasladó la intención de la iniciativa pero al precepto 22 constitucional, se indicó la necesidad de plasmarse en forma expresa el principio de proporcionalidad de la pena, consistente en que éstas sean valoradas conforme al delito que se sanciona y el bien jurídico afectado, para que el legislador secundario al momento de determinar sanciones, diera congruencia entre la medida restrictiva de derechos y la importancia del bien jurídico que se tutela⁶⁵.

De lo expuesto en el presente apartado, se afirma que el objetivo teórico de la pena constitucionalmente en el Estado Constitucional Mexicano, es característico de la prevención especial positiva, la pena en sí, por lo menos directamente, no tiene como blanco a la sociedad, sino al sentenciado y se vuelve positiva, porque su finalidad es que no vuelva a delinquir.

Sin embargo, la primera Sala de la Suprema Corte, ha sostenido que la pena debe perseguir, simultáneamente, fines retributivos (establecidos en función de la gravedad del delito), de prevención especial (a partir de la necesidad de resocializar al sujeto) y de prevención general (al buscar generar un clima de confianza jurídica en la comunidad)⁶⁶.

Ante esta postura, cabe un profundo análisis sobre la viabilidad de mantener una política criminal en materia de penas de esa naturaleza, ¿puede ser acorde con el respeto a los derechos humanos, las libertades, la no discriminación, el derecho penal del acto?, ¿las legislaciones están cumpliendo con su proporcionalidad en torno al bien jurídico, como lo ordena expresamente la Constitución?

⁶⁵ *Ibidem*, p. 297.

⁶⁶ Párrafo 97 del engrose del amparo directo en revisión 776/2014 que originó la tesis 1a. LIJ/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo II, Libro 15, febrero 2015, p. 1407, registro 2008415.

CAPÍTULO SEGUNDO

LINEAMIENTOS TEÓRICOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL

El delito, la pena y las medidas de seguridad constituyen los tres pilares sobre los que se apoya el edificio del derecho penal moderno, entonces, sin restar importancia a lo fundamental que resulta la concepción de delito y las características que las descripciones de las conductas criminales deban contener o la discusión sobre cuáles situaciones deben ser previstas como delito, resalta que invariablemente se tiene fuente de dirección, a la sanción penal. De ahí que una de las definiciones formales y tradicionales sobre delito, "es el hecho humano a cuya realización la ley vincula sanciones penales"⁸⁷.

Por ende, la función de la pena es tan importante, que el objetivo de todo el derecho penal depende de ésta y de las medidas de seguridad⁸⁸.

Así, en atención a la finalidad de la presente investigación, consistente en verificar la proporción de la pena en delitos patrimoniales para el estado de Nayarit, conforme la última parte del párrafo primero del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; es necesario plasmar los lineamientos teóricos más importantes sobre la pena en sentido amplio así como las particularidades de sus facetas, también el bien jurídico protegido y el principio de proporcionalidad de la pena.

2.1 PUNIBILIDAD, PENALIDAD, PUNICIÓN Y SANCIÓN PENAL: CONCEPTOS DE LAS FACETAS DE LA PENA EN SENTIDO AMPLIO QUE SE COMBINAN DE FORMA INADECUADA.

La existencia de las diversas teorías de la pena, han propiciado que su concepto y/o distintas facetas intrínsecas, se confundan o mezclen de manera impropias,

⁸⁷ Flandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁸ Jiménez Martínez, Javier, *op. cit.*, p. 25

por ello es común, que cuando se hace referencia al concepto de pena, se utilice como sinónimo de la actividad que realiza el órgano legislador al elaborar los tipos penales o con la individualización del juez mediante sentencia condenatoria o finalmente con la materialización de la sanción que restringe a un derecho por haberse acreditado la comisión de un delito y la plena responsabilidad de una persona.

Así, la diversidad de formas de utilizar el concepto de pena en sentido amplio y en sentido estricto, así como sus variantes, no es una simple cuestión de vocabulario, puesto que los objetivos de cada uno de ellos, si bien pudieran interrelacionarse, tienen por separado medios propios idóneos. Por tanto, la mezcla injustificada de los mismos en los contextos doctrinales, legales y jurisprudenciales, puede descentrar los esfuerzos para su eficacia.

2.1.1 Conceptos teóricos

Luis de la Berreda Solórzano, sostiene que *la punibilidad*: "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 de éste". Asimismo, que *la punición*: "es 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 de la culpabilidad."; finalmente, que *la pena*: "es la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por su repersonalización"⁶⁹.

⁶⁹ De la Berreda, Luis "Punibilidad, punición y pena de los sustitutivos penales", en Piña y Palacios, Manuel (coord), *Memoria del primer congreso mexicano de derecho penal (1981)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie G, núm 68, 1982, pp 63-91.

En la misma tendencia,
de la pena" como sigue:

- 1) Individualización legislativa (punibilidad)
- 2) Individualización judicial o procesal (punción)
- 3) Individualización administrativa o ejecutiva (pena)

En confrontación directa a lo anterior, existen autores como Miguel Polaino Navarrete, quien sostiene que *la pena* "es la consecuencia jurídica del delito, prevista por la norma incriminadora para el autor culpable del injusto típico"; que *la penalidad* "es un calificativo que hace referencia al grado, clase o condición de la pena" y; *la punibilidad* "afecta al concepto de bien jurídico porque es la acción típica, antijurídica, culpable y punible, entonces la punibilidad, la concibe como elemento esencial del delito.

La punibilidad puede concebirse también dentro de la estructura del delito y la naturaleza del autor, referente a la tipicidad en sentido dogmático, es decir, el núcleo de lo injusto, lo reprochable de la conducta antijurídica⁷¹.

Para Gustavo Malo Camacho, la pena es la concreción de la punibilidad y su contenido concreta y refleja todo el sentido y alcance del derecho penal. Señala también, que parte de la doctrina indica que la punibilidad es parte del contenido de la norma, en tanto otros, que es la consecuencia lógica jurídica, pero indistintamente de la postura que se tome, la punibilidad como la pena misma, son el ámbito que convalida la vigencia de la norma y el derecho mismo, por tanto, la sanción, en su binomio punibilidad-pena, implica el segundo ámbito fundamental de la ley penal⁷².

Dicha cuestión no impera de manera exclusiva, en el aspecto doctrinal o en el práctico, sino que en ambas como a continuación se expone.

⁷⁰ Jiménez Martínez, Javier, *op. cit.*, p. 1188.

⁷¹ Weizel, Hanz, *Derecho penal parte general*, trad. de Carlos Fontán Balestra, Argentina, Roque Depalma, 1986, pp. 69-63.

⁷² Malo Camacho, Gustavo, *op. cit.*, p. 55.

2.1.2 Conceptos legales

En Nayarit, el Código Penal para el sistema tradicional, nombra la actividad jurisdiccional de individualización como "sanción penal", al contemplar las reglas para su aplicación en el artículo 65.

El Código para el sistema acusatorio en esta misma entidad federativa, otorga el nombre de "punibilidad" a los parámetros de sanción que prevé dicho ordenamiento, inclusive existe un apartado denominado "Punibilidad para la complicidad, auxilio en cumplimiento de promesa anterior y autoría indeterminada"; aunque también se refiere al mismo concepto como "penalidad", en las reglas de comisión de delitos culposos.

En el Código Nacional de Procedimientos Penales, en las reglas de competencia de acumulación, se le llama "punibilidad" a las hipótesis previstas en los tipos penales y también, se mezcla con la denominación de "penalidad" para la misma aplicación en el uso de criterios para individualizar la sanción penal o medida de seguridad, así como en la acción penal particular.

En contraste a lo anterior, la Ley Nación de Ejecución Penal, en el contexto del Sistema Nacional de Información Estadística Penitenciaria, otorga en el artículo 29 el nombre de "penalidad", a la determinación que realizó el juez a través de la sentencia condenatoria.

Y en el artículo 106 del mismo ordenamiento, asigna el nombre de "pena" precisamente a la materialización de la hipótesis de sanción que previó la ley e individualizó el juez.

El Código Penal para el Distrito Federal –actualmente Ciudad de México- le obsequia el nombre de "punibilidad" a la actividad legislativa en tratándose de la pena ya que en su artículo 10 contempla el principio de la ley más favorable al reo.

Mientras que en la ley penal del Estado de Baja California, se conceptualiza en forma genérica a la "pena" y su aplicación, como las reglas que pudiere utilizar el

juez al momento de aplicar alguna de las conminaciones legales aplicables; dentro de esas reglas, las que pudieran modificar la sanción conforme a hipótesis específicas las llama indistintamente agravantes de "penalidad" o "punibilidad" y a todo ello, el órgano jurisdiccional lo conoció como "reglas de punición".

2.1.3 Conceptos Jurisprudenciales

En la interpretación judicial federal de México, existen diversos criterios. Por ejemplo, el Quinto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región⁷³, denominó como "*regla de punición*" a una disposición del Código Penal del Estado de Baja California, que en su origen, el legislador otorgó el nombre de "*punibilidad en caso de delito continuado*", dentro del capítulo VI de dicho Código (Artículo 228 TER).

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁷⁴, después de justipreciar el derogado artículo 138, primer párrafo de la Ley General de Población y el artículo 159 de la Ley de Migración, obsequió el nombre de "*reglas de punición*" a las disposiciones del artículo 63 del Código Penal Federal, que el legislador nombró como "*aplicación de sanciones para los delitos cometidos en grado de tentativa*".

En contraposición a lo anterior, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito⁷⁵, al interpretar los artículos 26, fracción III y 57 del Código Penal del Estado de México, sostuvo que la *punición*, es la graduación que se realiza para cuantificar la reparación del daño moral que se condenará al sentenciado, pero en atención al daño ocasionado a la víctima, de manera que se encuentra desligado de la forma de comisión del hecho antijurídico, lo que se utiliza para individualización de la pena.

⁷³ Tesis (V Región) 5o.13 P., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo III, Libro 6, mayo de 2014, p. 2035, registro 2006572

⁷⁴ Tesis 1a./J. 134/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo 1, Libro XIX, abril de 2013, p. 587, registro 2003430

⁷⁵ Tesis II.3o.P.40 P. (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo IV, Libro 12, noviembre de 2014, p. 3028, registro 2007963.

El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito⁷⁶, denomina como "potestad para efectos de punición" a la individualización de la pena que se realiza en sentencia.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁷⁷ y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito⁷⁸, han equiparado a los conceptos de "pena" y "penalidad", entendidos como aquella sanción que establecerá el juez.

En el año 2014, también la Primera Sala del máximo órgano jurisdiccional de la república⁷⁹ realizó una explicación para diferenciar la sanción penal que emite el juez al individualizar conforme al delito cometido a su competencia y la punibilidad o penalidad consistente en la conminación realizada por el legislador en la que establece un mínimo y un máximo. Por su importancia ilustrativa, se estima conveniente citar textualmente porciones del criterio de mérito:

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.

⁷⁶ Tesis VII.2o.P.46 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIV, diciembre de 2006, p. 1321, registro 173790

⁷⁷ Tesis 1a. XCVII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, Junio de 2011, p. 175, registro 161761.

⁷⁸ Tesis VI.1o.P.19 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo II, Libro 4, Marzo de 2014, p. 1939, registro 2005914

⁷⁹ Tesis 1a. CCCXI/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, Libro 10, septiembre de 2014, p. 591, registro 2007343.

Por su parte, también existe jurisprudencia⁸⁰ por reiteración de criterios del Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, con residencia en Cancún, Quintana Roo; en la que se afirmaron las siguientes definiciones.⁸¹

Punibilidad o Individualización Legislativa: Es la comunicación 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 sobre dicho bien.

Punición o Individualización Judicial: Es aquella que realiza el Juez a partir de los parámetros mínimos y máximos que establece la ley tomando en cuenta, además, las características particulares tanto del hecho, como del autor del delito.

Penal o Individualización Administrativa: Es la fase que comprende a partir del momento en que el reo es puesto a disposición de las autoridades encargadas de ejecutar la pena.

Así entonces, la utilización de conceptos uniformes no es una cuestión menor, los aspectos estrictos de la pena o sus facetas perfectamente delimitadas, tienen como primer resultado certidumbre jurídica que toda ley está obligada a propiciar.

En un segundo aspecto, la correcta utilización de los términos, hace que cada autoridad de los tres poderes, se encuentre identificada plenamente con su labor, qué hace el legislador en materia de leyes penales y cómo se denomina, qué hace el juez durante el proceso cuando individualiza una sentencia condenatoria, qué es lo que las autoridades administrativas aplican a los sentenciados y qué es lo que debe vigilar el juez de ejecución.

Se estima, que el concepto de punibilidad debe ser erradicado en su totalidad, puesto que la esencia de su significado es la simple aplicación de un castigo⁸², sin

⁸⁰ Tesis XXVII.3o. J/5, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo IV, Libro 12, noviembre de 2014, p. 2711, registro 2007869.

⁸¹ Cabe mencionar que citan para tal efecto la obra Jiménez Martínez, Javier, *Elementos de Derecho Penal Mexicano*, México, Porrúa, 2006, pp. 1033-1045.

⁸² Diccionario de la Real Academia Española, consultado por última vez el día 16 de marzo de 2017, disponible en formato digital en <http://dle.rae.es/?id=Uf9PLBp>.

procedimiento ni autoridad competente, lo cual, se aleja de los fines y mecanismos actuales de la pena, que se dicen consistir en la reinserción.

Por ello, a la actividad legislativa de prever las sanciones aplicables a una persona condenada judicialmente por la comisión de una conducta catalogada como delito, resulta más conveniente denominarla *penalidad*.

Como características tiene, que siempre es hipotética, su destinatario directo es la sociedad y puede asignársele el efecto preventivo general, intimidatorio, de certidumbre jurídica previa y formación social.

Por su parte, la *sanción penal* es una actividad jurisdiccional, que se realiza una vez agotado el proceso penal, es precisa y su destinatario directo es el sentenciado y pudiera decirse que es la antesala de la prevención especial, pero en ocasiones, por el impacto social del antijurídico, puede tener efecto de prevención especial

Finalmente, la pena en sentido estricto o su ejecución, es la aplicación administrativa de la sanción que individualizó el juez al sentenciado y que tomó de los parámetros de penalidad contemplados por el legislador. También es específica hacia un particular y puede asignársele el efecto de prevención especial ya sea positiva mediante su reinserción o negativa en los casos de sanciones longevas como delincuencia organizada.

Por lo anterior, en el estudio del principio de proporcionalidad de la pena que tiene como objetivo esta investigación, se hará especial referencia al aspecto estricto de la misma que radica en el ejercicio legislativo, es decir, la penalidad, que debe decidirse de conformidad a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, pues así se manifestó en la exposición de motivos de la reforma al artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 2008.

Pero también, es importante resaltar que a diferencia de la autoridad administrativa y judicial que supervisan y materializan la ejecución penal que se ordena en sentencia dictada por un juez, que a su vez, decide la sanción aplicable

dentro de la gama de disposiciones jurídicas existentes. El órgano legislativo al momento de realizar la "penalidad" de un supuesto delictivo, debe tener en consideración todos los anteriores escenarios mencionados y no únicamente pensarse en los posibles años de prisión que alguien puede pasar en la cárcel como sanción penal.

Dicho en otras palabras, el ejercicio de ponderación que la asamblea legislativa realiza es mucho mayor, al de los otros poderes involucrados en la pena. Sería un error como se escribió en supra líneas, que los representantes democráticos se limiten a considerar que el parámetro de sanción hipotética que ellos elaboran o los años de prisión que se establecen en un tipo penal, son los estrictamente aplicables al caso real.

Esto es así, puesto que dentro del proceso penal –ahora acusatorio– también existen diversas figuras alternativas tanto de la solución del conflicto como de la propia modificación de la penalidad (procedimiento abreviado) e inclusive de su clemencia (perdón del ofendido, acuerdos reparatorios y criterio de oportunidad ministerial).

Más aún, porque la naturaleza del sistema de justicia penal vigente, pretende que el menor de los casos sean los que lleguen a juicio oral y por ende, se resuelvan mediante sentencia, donde finalmente se aplicaría el parámetro de sanción penal prevista por el legislador.

Entonces, ante el supuesto donde el órgano legislativo prescinda de contemplar estas circunstancias, cuando a nivel judicial, se realice el análisis constitucional –por ejemplo– de la proporcionalidad penal, el órgano judicial de control se encuentra obligado a incluir en su esquema argumentativo dichas particularidades del marco normativo, para efecto de concluir de manera armónica e integral con toda la legislación aplicable y no solamente a través de una comparación numérica.

De ahí la importancia de distinguir, qué es la penalidad, la sanción penal y la pena en sentido estricto o la ejecución penal.

A lo anterior se sigue, definir con claridad el bien jurídico tutelado, es decir, qué es lo que pretende proteger la norma penal, toda vez que implica una premisa fundamental para legitimar la intervención del Estado mediante su mecanismo más drástico de coacción, lo cual se analiza a continuación.

2.2 LA PENA: ¿PROTEGE UN BIEN JURÍDICO PENAL O LA VIGENCIA DE LA NORMA?

2.2.1 Definiciones de bien jurídico

En la obligación que tiene el Estado de regular las relaciones que se presentan en una sociedad, -durante el desarrollo de las teorías de la pena y sobre todo en la transición retributivo-preventiva-, se asignó al derecho penal, la potestad de preservar los bienes jurídicos más importantes en la sociedad, porque la pena, es el más agresivo de todos los medios de control social que tiene el Estado⁸³.

Hans Welzel, define al bien jurídico como "ese bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente"⁸⁴.

Sin embargo, el concepto de bien jurídico es uno de los más problemáticos de la dogmática penal, pues todo en él se discute: desde su condición intra o extra normativa, hasta su virtualidad hermenéutica y, sobre todo, su capacidad de servir de límite a los posibles excesos del legislador. Sin embargo, hay una especie de resurgimiento de la idea de bien jurídico como delimitador de la diferencia entre derecho y moral. En consecuencia, la configuración del orden que ha de proteger el derecho penal no viene definida por todos los bienes y no siempre sólo por bienes⁸⁵.

Mario Garrido Montt, afirma que la noción de bien jurídico que se ha dado es la generalmente aceptada, pero no es un concepto pacífico, porque no es sencillo

⁸³ Moreno Melo, Manuel, *Principios constitucionales de derecho penal*, México, Ubjjus, 2015, p. 37.

⁸⁴ Welzel, Hans, *op. cit.*, p. 5.

⁸⁵ Vives Antón, Tomás S., *op. cit.*, p. 799

determinar qué se entiende por "bien jurídico"; y distingue dos posiciones para concebirlo: 1) La trascendentalista (clásica, constitucional, sociológica y dinámica jurídica; 2) la inmanentista.⁸⁶

En la perspectiva inmanentista, la norma legal sí es la creadora (y no sólo reconocedora) de los bienes jurídicos, ella los determina y consagra. Por consecuencia, la antijudicialidad tiene como origen la desobediencia al mandato impartido por el Estado, la rebeldía al derecho subjetivo de la autoridad para establecer el ordenamiento jurídico.

En la posición *trascendentalista clásica*, los bienes preexisten a la norma penal pues son creaciones de la vida propia, tanto individuales como sociales o colectivos, que al ser recogidos por la ley, adquieren la calidad de jurídicos. La antijudicialidad de las conductas no tiene su importancia únicamente en el "desvalor de resultado", es decir, la lesión material al bien jurídico, sino también, el "desvalor de la acción", que consiste en el irrespeto a la ley. En su versión *constitucionalista*, más que buscar la fuente o el origen de los bienes jurídicos, se destaca el interés de establecer límites a la potestad de castigo que tiene el estado, los cuales deben ser reconocidos en la norma suprema; mientras que la *sociológica*, tiene una visión funcionalista que además de imponer límites al estado, también pregona por aceptar como bienes jurídicos, aquellas condiciones fundamentales de la vida social, en la medida en la que afectan las posibilidades de participación de individuos en el sistema social. Finalmente en la posición *dinámica crítica*, acepta que en la política criminal del derecho penal moderno y funcionalista, los conceptos de "peligro", "riesgo", "seguridad" reemplazan las tradicionales nociones de daño, lesión al bien jurídico y justicia, en consecuencia, los delitos de lesión caen en desuso como modelos centrales de la descripción del injusto, porque sólo la puesta en peligro abstracta es adecuada en cuanto amenaza.

Como se ha expresado, la noción del bien jurídico tutelado, se vuelve una forma de contener los abusos del poder mediante el derecho penal, convirtiéndose en un

⁸⁶ Garrido Montt, Mario. *Derecho penal parte general*, Chile, Jurídica, 1997, pp. 63-68.

límite para su legitimación ya sea ante el reconocimiento o la existencia de un valor determinado.

La propia dinámica social, ha llevado a un menoscabo de la condicionante que en su momento surgió, pues en la actualidad existe una gran diversidad de conductas antijurídicas que tutelan bienes jurídicos abstractos o donde en forma exclusiva la puesta en peligro o su amenaza, merecen el reproche social y penal.

2.2.2 La negación de Günther Jakobs sobre del bien jurídico penal: ¿El Derecho penal protege la vigencia de la norma o tutela bienes?

Para este autor alemán contemporáneo, la protección a bienes jurídicos no está incluida en los motivos y fines de la pena, por ende, en su posible proporcionalidad, ya que concibe al delito como una rebelión contra la norma y la pena rechaza esa rebelión; al mismo tiempo, mediante el dolor que aquella inflige, se elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma, lo que significa una prevención general positiva. La conclusión de esa primera parte preconfigura la segunda: "lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma"⁸⁷.

Para tal concepción, Jakobs parte de la premisa que el hecho punible, no se concibe como una amenaza por parte de la naturaleza, sino de modo específicamente social, como conflicto en torno a su configuración; entonces la pena debe ser más que reacción y que infligir dolor, debe ser una respuesta al ataque del autor contra la estructura normativa de la sociedad y su vigencia ante tal ataque, es decir, la confirmación de la vigencia de la norma y resarcir a la sociedad por su daño⁸⁸.

⁸⁷ Jakobs, Günther, *Sobre la normativización* . . . cit ., pp. 34

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 36 y 37

Como ya se había adelantado, Malo Camacho sostiene que la sanción penal en su binomio de punibilidad y pena son el ámbito que convalida la vigencia de la norma y el derecho mismo⁸⁹.

En contraste a ello, Vives Antón precisa que uno de los más importantes desarrollos en el rumbo de la concepción del bien jurídico, tiene que ver con las formas metodológicas que unen la proposición normativa y el objeto de protección, superando la simple identificación de un injusto con la mera desobediencia; es decir, a concebirlo como simple contrariedad formal con la norma, relegando al plano de lo incognoscible, su significado ético-social material⁹⁰.

En ese mismo sentido, Mir Puig apunta que, en un Estado no confesional al servicio de los ciudadanos, la limitación a derechos que implica toda intervención penal ha de justificarse con la finalidad de proteger intereses directos o indirectos de los ciudadanos y prevenir sus lesiones. Esto legitima el principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales, entendidos como intereses fundamentales directos (individuales) o indirectos (colectivos) de los ciudadanos; y para tal fin no pueden imponerse penas inidóneas, innecesarias o desproporcionadas⁹¹.

Así entonces, ya no sólo deben protegerse bienes jurídicos para que el derecho penal legitime su intervención, sino que además, la pena que se imponga tiene que ser proporcional a ese bien jurídico afectado, entonces, debe dejarse perfectamente claro qué es o debe ser este concepto.

Sin embargo, tratándose de conductas antijurídicas que protejan derechos particulares o colectivos por la comisión de una conducta con resultado material o abstracto, invariablemente la pena debe ser proporcional a esa condición, pero ¿bajo qué condiciones puede determinarse la proporcionalidad de una pena? E inclusive aún dentro del contexto de las modernas teorías que refutan la tutela de bienes jurídicos, ¿cómo se crea, revisa y garantiza una pena proporcional?

⁸⁹ Malo Camacho, Gustavo, *op. cit.*, p. 85.

⁹⁰ Vives Antón, Tomás B., *op. cit.*, p. 813.

⁹¹ Mir Puig, Santiago, "El principio de proporcionalidad ...", *cit.*, pp. 75 y 76.

Luigi Ferrajoli, señala al respecto, que el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal, exige que la elección de la calidad y de cantidad de pena realizada tanto por el legislador como por el juez, sea en relación a la naturaleza y gravedad del otro; siendo el principio de proporcionalidad una suma de los diversos de legalidad y retributividad conveniente para tal efecto⁹².

Entonces, ¿qué es el principio de proporcionalidad? ¿cuáles son sus alcances?

2.3 INTRODUCCIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL

2.3.1 ¿Qué es principio y proporcionalidad penal?

Riccardo Guastini, sostiene que las constituciones pueden imponer a la legislación secundaria, dos limitantes: 1) formales o procedimentales y; 2) materiales o sustanciales. Los primeros, tienen que ver con los pasos a seguir para la creación de ciertas normas, reservas de competencia, entre otras. Los últimos, vinculan el contenido de leyes futuras, de forma que se prohíbe al legislador, emitir disposiciones normativas de algún tema específico, que puede ser analizado conforme a su objeto, es decir, la clase de supuestos de hecho que regula la ley o bien el modo, consistente en las consecuencias jurídicas⁹³.

El objeto, constitucionalmente puede limitarse mediante la reserva de competencia, que puede ser a favor de la ley misma o a fuentes subordinadas como reglamentos del ejecutivo. Las consecuencias jurídicas, también pueden tener fronteras constitucionales, en forma directa mediante órdenes que por lo general son prohibiciones al legislador o bien indirectamente a través de la combinación de normas en las que la propia constitución regula supuestos y en las

⁹² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 398.

⁹³ Guastini Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 47 y 48.

que establece su superioridad jerárquica mediante el procedimiento especial para su modificación o la atribución judicial para anular leyes que la contradigan⁹⁴.

Bajo la perspectiva teórica expuesta, la última parte del primer párrafo del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que prevé: "Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado", constituye una limitante al legislador ordinario, de carácter sustancial que vincula las disposiciones futuras en la materia mediante orden directa en la que sus consecuencias jurídicas deben desarrollarse.

Ese límite sustancial: ¿constituye una regla o un principio?

Robert Alexy concibe a esta distinción, como el fundamento de la teoría de las normas, entre subsunción y ponderación. Las reglas, las define como las normas que ordenan algo en definitivo, para el caso que se satisfagan determinadas condiciones y por ende se cumplen o se incumplen. Por su parte, los principios son mandatos de optimización para que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas, de manera que pueden ser efectuados en diferentes grados⁹⁵.

Para César Augusto Londoño, la proporcionalidad es un concepto indeterminado que ofrece al operador jurídico, un margen de sustentación para la presentación de proposiciones argumentativas. Es entonces, una operación argumentativa, en tanto que han de definirse discursivamente los elementos constitutivos de la proporcionalidad, no siendo posible su determinación a través de un juicio subjuntivo; por tanto es un *principio* de los fundamentos del sistema jurídico⁹⁶.

El principio de proporcionalidad, consiste para Rubén Sánchez Gil, en que toda providencia de autoridad cuyo efecto sea la restricción del alcance de un derecho fundamental o de otro principio constitucional, sólo deberá ser en la medida

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 48 y 49.

⁹⁵ Alexy, Robert, "La fórmula del peso", trad. de Carlos Bernai Pulido en Carbonell Miguet (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 13 y 14.

⁹⁶ Londoño Ayala, César Augusto, *op. cit.*, pp. 50, 52 y 53.

estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente protegido, de conformidad con la prohibición de exceso en el ejercicio del poder, inherente al Estado constitucional; así que es un criterio que sirve para determinar si la intervención legislativa en un derecho fundamental es legítima o no⁹⁷.

También se ha definido al principio de proporcionalidad, como la estructura argumentativa que permite a cualquier intérprete constitucional, fundamentar aquello que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten al legislador en los casos difíciles, es decir, aquellos en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales que suministran razones a favor y en contra de una determinada intervención legislativa en derechos fundamentales⁹⁸.

De la Mata Barranco, coincide que al margen de la discusión para definir al principio de proporcionalidad, existe un consenso para sostener que sí es un principio regulativo general, consustancial a la misma esencia del Estado de Derecho y aplicable por ello mismo, a todo el ordenamiento jurídico.⁹⁹

Tiene el carácter de principio porque forma parte del inicio que concibe el orden normativo, es decir, de su origen. En la medida que contiene dentro de sus finalidades la corrección o enmienda del sistema, al evitar potenciales excesos y carencias en la norma jurídica. Todo sistema jurídico que tenga por objeto la realización de la justicia, tiene que facilitar el ejercicio de los derechos sin abusos y proscribir circunstancias de extralimitación, arbitrariedad, sumisión en el ámbito de las relaciones en el devenir jurídico¹⁰⁰.

Es fundamento, porque a efecto de que un sistema de normas sea considerado jurídico, debe ser justo, y una de las razones de justicia se encuentra en la pretensión de proporcionalidad que se garantiza en las relaciones del tráfico

⁹⁷ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, p. 16.

⁹⁸ López Mesa, Gloria Patriola, "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales", en Carbonell Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 268 y 270.

⁹⁹ De la Mata Barranco, Norberto J., *El principio de proporcionalidad penal*, España, Tirant lo Blanch, 2007, p. 57.

¹⁰⁰ Londoño Ayala, César Augusto, *op. cit.*, p. 50.

jurídico. Si un sistema de normas no concreta ese parámetro de justicia, no puede ser reconocido como jurídico, por ello, la proporcionalidad es un cimiento de la manifestación material de la justicia¹⁰¹.

Villaseñor Goyzueta, considera que la proporcionalidad es una técnica que busca la racionalización del control de la constitucionalidad en materia de restricción de derechos, mediante el impulso de mayor congruencia a la interpretación y el control intersubjetivo de su aplicación. Contribuye a legitimar las constantes inferencias del poder público en posiciones jurídicas garantizadas por las normas constitucionales, a través de un método que en forma explícita y racional, determina si una medida que objetivamente restringe un derecho fundamental, puede considerarse constitucional¹⁰².

Así, el principio de proporcionalidad hace que el sistema de derecho se concrete como fenómeno normativo, mediante la consonancia de las finalidades sustanciales de la norma fundamental, actuando como componente corrector y especificador de justicia, que delimita un sistema jurídico, desde sus contenidos materiales y realizando la equivalencia operativa de los intereses que conducen el devenir social¹⁰³.

En esa línea de pensamiento, Robert Alexy afirma que *la proporcionalidad no sólo es un principio, sino que es el más importante del derecho constitucional material*, de forma tal, que mediante sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se sigue lógicamente de la definición de los principios, y esta definición se sigue de aquel. Los dos primeros, expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas y en el último interesan las posibilidades jurídicas, donde se abre el campo de la ponderación¹⁰⁴.

¹⁰¹ *ibidem*, p. 51.

¹⁰² Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, p. 106.

¹⁰³ Londoño Ayala, César Augusto, *op. cit.*, p. 52.

¹⁰⁴ Alexy, Robert, "La fórmula del", *cit.*, p. 50.

2.3.2 Diferencia entre la proporcionalidad de derechos fundamentales y la penal.

El esquema argumentativo es desarrollado por Robert Alexy: ¿es el idóneo para verificar la proporcionalidad de las penas?

Puede decirse que la propuesta de Alexy en materia penal es inaplicable, porque si tiene como objetivo la armonización de dos principios o de dos reglas, pudiera ser incompatible ante la presencia de un ejercicio ponderativo entre una regla (el tipo penal) y un principio constitucional (la proporcionalidad).

Sin embargo, existen posiciones teóricas que afirman su posibilidad. Por ejemplo, De la Mata Barranco, afirma que el concepto y contenido del principio de proporcionalidad es uniforme de manera general en el derecho, pero su alcance y ámbito de aplicación difiere en cada materia, ello en atención al resto de principios y presupuestos propios que definen su finalidad. Por tanto, de forma particular en el derecho penal, por medio de este principio –proporcionalidad– deben rechazarse, tanto el establecimiento de conminaciones penales como de imposición de sanciones, que prescindan de una relación valorativa en forma global y desde la finalidad que pretenda conseguirse con su regulación¹⁰⁵.

Asimismo, Augusto Londoño afirma que el principio de proporcionalidad, es equivalente en su estructura y funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, varía argumentativamente, en el contenido fáctico y jurídico que se otorga a cada una de las categorías que lo componen (adecuación, necesidad y proporción estricta) según el subsistema jurídico sobre el que se aplique (penal, civil, etc.) ya que en cada uno difiere en vista del interés jurídico que se pretende analizar¹⁰⁶.

Entonces, ante la afirmación que el test de proporcionalidad de los derechos fundamentales propuesto por Robert Alexy –tal cual–, no es aplicable tratándose de

¹⁰⁵ De la Mata Barranco, Norberto J., *op. cit.*, p. 58.

¹⁰⁶ Londoño Ayala, César Augusto, *op. cit.*, p. 57.

penalidades, no es posible desconocer el desarrollo teórico que ha tenido el particular *principio de proporcionalidad en materia penal*.

Por ejemplo, el doctrinista Santiago Mir Puig, lo conceptualiza como el fundamento constitucional a los límites materiales del derecho penal, que condiciona la legitimidad del Estado para sancionar a las personas conforme a la gravedad de la conducta antijurídica. Mismo que incluye y se complementa de las bases esenciales en la materia: la necesidad de la pena, la subsidiariedad, el principio de *última ratio*, la fragmentariedad, la intervención mínima, la lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos-penales¹⁰⁷.

Más específico, dentro del marco de la construcción de tipos penales, Manuel Moreno Melo, define a este principio como el mandato constitucional dirigido a los entes estatales, –en este caso, el legislativo– para que produzca leyes en materia penal que establezcan una penalidad *necesaria e idónea* para lograr la prevención general del delito y que sea gradual en atención al bien jurídico tutelado¹⁰⁸.

Conforme a estos matices, puede esclarecerse que el principio de proporcionalidad en derecho penal, aunque sí guarda una estructura similar con el diverso principio en materia de derechos fundamentales –necesidad, idoneidad y proporción estricta–, su contenido y aplicación se desarrolla en forma distinta.

Pero, ¿cuál es el ámbito de aplicación de la proporcionalidad penal en la función legislativa?

La vinculación del legislador a los derechos fundamentales y su garantía por parte de una jurisdicción constitucional se han convertido en común denominador de los estados constitucionales. Y si bien pudiera disputarse sobre el alcance de depositar la última palabra en un órgano carente de legitimidad democrática, parece que la cultura actual, opta por impulsar el establecimiento de los límites de la competencia revisora constitucional, por ejemplo, a través de teorías de la

¹⁰⁷ Mir Puig, Santiago; "El principio de proporcionalidad...", *cit.*, pp. 73 y 74.

¹⁰⁸ Moreno Melo, Manuel, *op. cit.*, p. 84.

argumentación que permitan someter las decisiones a un control racional y reducir la discrecionalidad en manos del juez constitucional¹⁰⁹.

Aunque no sea la única forma de argumentación útil, Gloria Lopera Mesa considera que sí constituye la más satisfactoria de la que hasta el momento se dispone, porque posibilita en mayor medida vincular la interpretación constitucional con la teoría de la argumentación jurídica, que contribuye a dotar de mayor racionalidad las decisiones del tribunal constitucional respecto de la actividad legislativa¹¹⁰.

2.4 LOS ELEMENTOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL

La proporcionalidad entre delito y pena conforme la afectación a un bien jurídico, parece ser una condición lógica simple, sencilla pero necesaria, es decir, su justificación teórica no tiene lugar a duda, sin embargo, su aplicación práctica tiene serias dificultades.

Existe consenso doctrinal respecto de la obligación que tienen las autoridades para crear y aplicar proporcionalmente el derecho penal, pero no en el alcance de su revisión práctica, entonces, se complica asignar un contenido preciso a la idea de lo proporcionado que satisfaga las diversas perspectivas¹¹¹.

Tampoco ninguna visión teórica de la pena como la retribución o las modalidades de la prevención, permiten decidir cuándo una conducta es lo suficientemente grave para ser considerada como delito ni ofrecen criterios precisos para fijar límites a la pena¹¹².

La estructura argumentativa conocida como el principio de proporcionalidad, valida la intervención del legislador en derechos fundamentales, si se reúnen los siguientes requisitos: 1) Perseguir un fin constitucionalmente válido; 2) se

¹⁰⁹ Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, pp. 269 y 270.

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ De la Mata Barranco, Norberto L., *op. cit.*, p. 74.

¹¹² Mir Puig, Santiago, "El principio de proporcionalidad...", *cit.*, pp. 72 y 73.

constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesario al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para la misma finalidad; 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios obtenidos con la medida legislativa¹¹³.

Estos elementos se incluyen o sistematizan en los subprincipios de: *idoneidad*, *necesidad* y *proporción estricta*, cuya concepción, alcance y aplicación, también encuentran matices particulares en la doctrina.

2.4.1 Subprincipio de idoneidad: La importancia de la definición del aspecto teleológico de la intervención penal

Londoño Ayala¹¹⁴, sostiene que la idoneidad es un juicio de valor constitucional encargado de evaluar la legitimidad de los medios y fines plasmados en una decisión jurídica.

Moreno Melo¹¹⁵, explica que este subprincipio, implica que la reacción penal deba ser eficaz para lograr la protección del bien jurídico tutelado. El estado como ente monopolizador legítimo de la violencia, debe buscar como prioridad en la materia: el aminorar o disminuir la incidencia del fenómeno delictivo utilizando las herramientas jurídicas y políticas eficientes para lograrlo. Por tanto, es un mandato a la autoridad, principalmente el encargado de la política criminológica, para que establezca la penalidad propia del delito que se trate.

Lopera Mesa, afirma que la idoneidad se justifica cuando la medida a la luz de determinado fin, contribuye a su consecución¹¹⁶.

Para Mir Puig, consiste en que la intervención penal sea un medio capaz de conseguir el fin de protección pretendido¹¹⁷.

¹¹³ Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, p. 272.

¹¹⁴ Londoño Ayala, César Augusto, *op. cit.*, p. 570.

¹¹⁵ Moreno Melo, Manuel, *op. cit.*, pp. 85-87.

¹¹⁶ Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, p. 273.

¹¹⁷ Mir Puig, Santiago, "El principio de proporcionalidad... *cit.*", pp. 76-78.

Finalmente, Teresa Aguado Correa, (aunque lo concibe como necesidad) afirma que esta premisa se cumple mediante la protección de bienes jurídicos, para excluir del ámbito del Derecho penal, las incriminaciones a través de las cuales se pretendan proteger meros valores éticos o morales y aquellas que se muestren menos ofensivas para dicho bien jurídico, garantizándose también la intervención mínima de la potestad punitiva del Estado¹¹⁸.

En esta parte de la proporcionalidad, se analiza la validación del fundamento del derecho penal conocido como *la intervención mínima*. Debe ser examinado, en principio, si la conducta seleccionada como constitutiva de delito, merece ser tratada en el ordenamiento jurídico como tal.

Es decir, si el Estado debe regular cierto fenómeno social, a través de la disciplina más severa y no a través de otras.

Para ello, es indispensable justificar, la inviabilidad de otras áreas del derecho para atender la situación particular.

En esta etapa, ya inicia a ser indispensable, analizar la importancia del bien jurídico que se protege, con la finalidad de validar el objeto o fin constitucionalmente legítimo que el Estado se traza mediante la regulación penal.

A través de la efectiva aplicación de este subprincipio de proporcionalidad, serían imposibles las regulaciones de los estados totalitarios, en donde se creaban tipos penales discriminatorios que pretendían imponer un régimen o la preservación de cierta raza de personas y donde la intervención penal no cumplía con una finalidad que protegiera los intereses de la colectividad, sino que era un instrumento de represión social.

Por consecuencia, un tipo penal que no tenga utilidad social, en sí, ya constituye una intervención desproporcional por parte del Estado. La pena debe tener una finalidad debida y legítimamente establecida. En la creación de la norma, es necesario que se establezca por qué mediante otros mecanismos jurídicos, no es

¹¹⁸ Aguado Correa, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. España, Edesa, 1999. p. 154.

posible dicho objetivo. El derecho penal debe ser la excepción y la última alternativa de las regulaciones.

De ello sigue, justificar qué medida prevista en el derecho penal será aplicada en caso de actualizarse cierto delito. Aspecto que se analiza dentro del subprincipio de necesidad.

2.4.2 Subprincipio de necesidad: La subsidiariedad y mínima lesividad de la pena

Se dice que la necesidad, es un juicio de valor constitucional que comprende la indispensabilidad del medio empleado por la decisión jurídica para el cumplimiento de un propósito fijado en la norma fundamental. Esa indispensabilidad se basa en la determinación de un juicio comparativo entre el medio empleado y otros medios alternativos para definir si el escogido restringe o no, en menor medida el ejercicio de derechos fundamentales¹¹⁹.

Matthias Hartwig, afirma que la constitucionalidad de una medida restrictiva de un derecho fundamental, depende de la importancia en específico de la misma y de la probabilidad del éxito de su objetivo¹²⁰.

Moreno Melo, explica que el subprincipio de la necesidad de la intervención, también se conoce como de intervención mínima, de subsidiariedad o de alternativa menos gravosa; significa que el medio seleccionado para alcanzar el fin propuesto, no pueda ser reemplazado o sustituido por otro igualmente eficaz, al mismo tiempo que se exige que no restrinja el derecho fundamental o lo haga de una manera menos gravosa¹²¹.

¹¹⁹ Londoño Ayala, César Augusto, *op. cit.*, p. 570

¹²⁰ Hartwig, Matthias, "La proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional federal de Alemania", en von Bogdandy Armin *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM- Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Max Planck, 2010, t. I, p. 791.

¹²¹ Moreno Melo, Manuel, *op. cit.*, pp. 85-87.

Para Mir Puig, la necesidad implica que el fin de protección no pueda ser conseguido con un menor coste de afectación de derechos, que no haya alternativas menos lesivas a la intervención penal¹²².

Teresa Aguado Correa, señala que la pena (aunque lo concibe como necesidad), además de ser apta para la tutela del bien jurídico -evitar conductas que la pongan en peligro o lesionen-, debe ser sea cualitativamente adecuada para conseguir su finalidad¹²³.

Por su parte, Lopera Mesa, explica que la necesidad, debe poner freno a la tendencia de emplear los medios más contundentes, más invasivos, para alcanzar los objetivos legislativos de un modo pretendidamente más eficaz¹²⁴.

Uno de los principales logros que puede relacionarse con este subprincipio, es la abolición de la pena de muerte. Esta medida de sanción penal, ha sido una de las más severas que la humanidad ha tenido y sigue teniendo en diversas partes del mundo.

Se llegó a la conclusión que la aplicación de dicha medida, resulta excesiva para los fines que la propia intervención penal y las sanciones tienen planteada.

Quizá, el siguiente logro que pueda tener el efectivo cumplimiento a este aspecto de la proporcionalidad, sea la erradicación de la sanción privativa de libertad en prácticamente todos los antijurídicos, pues en la actualidad, existe la vinculación invariable del derecho penal con prisión.

En cada reforma, adición o creación de tipos penales, es imprescindible que se encuentre sustentada la necesidad de la medida sancionatoria seleccionada, con justificación legítima y con teleología precisa.

¹²² Mir Puig, Santiago, "El principio de proporcionalidad...", *cit.*, pp. 76-78.

¹²³ Aguado Correa, Teresa, *op. cit.*, pp. 162 y 163.

¹²⁴ Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, p. 273.

2.4.3 Suprncipio de proporción estricta: ponderación constitucional o balance de penalidad

La proporcionalidad en estricto sentido, es un juicio de valor constitucional fundamentado en el desarrollo de una valoración comparativa definida por medio de la ponderación de la pluralidad de intereses constitucionales involucrados con la adopción de la decisión jurídica, solucionando cuál de los extremos tiene mayor peso o si tienen equivalente fuerza normativa constitucional en el caso examinado¹²⁵.

Se debe ponderar hasta dónde puede ser menoscabado un derecho fundamental frente a las exigencias constitucionales que tienen las autoridades de persecución penal para administrar justicia. De manera general, en relación con las previsiones legislativas con intervención en los derechos y de creación de tipos penales, se establece que de acuerdo con el criterio de proporcionalidad en sentido estricto, para que una intervención penal en la libertad o en los demás derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la intervención (protección de bien jurídico) debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad del derecho fundamental¹²⁶.

Lopera Mesa, indica que la proporcionalidad estricta, se satisface cuando la libertad protegida con la intervención del legislador no resulte inferior a la que se sacrifica con la sanción penal¹²⁷.

También ha sido señalado, que se requiere un juicio de ponderación de la importancia respectiva de la afectación del derecho que implica la intervención penal y de la importancia de los bienes a cuya protección ha de servir aquella, se debe verificar que el costo de la injerencia penal, representada por la limitación de derechos que supone, no sea mayor al beneficio (protección) que con ella se puede conseguir¹²⁸.

¹²⁵ Londoño Ayala, César Augusto, *op. cit.*, p. 570.

¹²⁶ Moreno Melo, Manuel, *op. cit.*, pp. 85-87.

¹²⁷ Lopera Mesa, Giona Patricia, *op. cit.*, pp. 273 y 274.

¹²⁸ Mir Puig, Santiago, "El principio de proporcionalidad.", *op. cit.*, pp. 76-78.

Para ello se debe abandonar la perspectiva *ex post* que derivaría de una exigencia retributiva, sino mediante una visión *ex ante* propia de la prevención, pues si se trata de comparar el coste en sacrificio de derechos que implica la pena, con el beneficio que con ella se puede obtener en términos de protección de bienes jurídicos, dicho beneficio no puede buscar la eliminación del delito cometido, puesto que la lesión del bien jurídico ya no pudo evitarse (la víctima del asesinato no puede resucitar), entonces resta la posible evitación de delitos iguales en el futuro.

Entonces, la proporcionalidad entre pena y el delito debe basarse en la ponderación *ex ante*, que debe efectuar el legislador, al señalar la pena al delito en la ley; pena que debe ser proporcionada al delito que quiere evitarse, mediante el efecto de prevención que se espera de la conminación penal típica. Si el delito se comete, la pena debe imponerse no para retribuir el hecho pasado, sino para confirmar la seriedad de la "amenaza" legal y mantener así su eficacia preventiva futura, y para añadir el efecto de prevención especial en el delincuente; por tanto la proporcionalidad entre la pena y el delito no ha de basarse en la comparación con la gravedad del delito cometido como algo pasado a compensar mediante una pena "equivalente" sino porque dicha gravedad es también la gravedad de todos los delitos iguales que se quieren prevenir en el futuro con la pena a imponer¹²⁹.

Por eso, es que la proporcionalidad en estricto sentido, se afilia en gran medida con el contenido del principio limitador del *ius puniendi*, que consiste en la adecuación del delito cometido con la pena, siendo un parámetro objetivo con la finalidad de verificar esta condición, la confronta de los tipos penales ya creados, para evidenciar cómo el legislador impone sanciones más o menos severas idénticos bienes jurídicos o algunos de ellos que evidentemente son de mayor o menor importancia¹³⁰.

Así, el interés que se espera proteger debe ser proporcionado a la gravedad de la intervención penal, de modo que ésta no sea más grave que el mal que se trata de

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 84 y 85

¹³⁰ Aguado Correa, Teresa, *op. cit.*, pp. 270 y 280.

evitar y solo será proporcionado si se trata de evitar lesiones de derecho igualmente fundamentales o por lo menos de intereses fundamentales para la vida social. A medida que aumente la gravedad de la intervención penal (mediante penas o medidas privativas de libertad y que su duración aumente) mayor habrá de ser la importancia del bien o bienes que con ella se espera proteger, y mayor la intensidad de su afectación que se desea evitar¹³¹.

Mir Puig¹³², precisa que todo lo que implica el principio de proporcionalidad, persigue un objetivo de protección futuro, la pena no puede ser un medio idóneo para delitos consumados, la proporcionalidad debe tener una finalidad de prevención futura y no de retribución pasada.

El dolor infligido por la pena obtiene aparte de su significado simbólico, un peso cuantificable: debe ser tan intenso, que al adquirir culpabilidad, pueda representarse con carácter general como conducta que genera un saldo de más desventajas que ventajas, pero únicamente en la medida que con ello se equilibre aquello que el autor ha empeorado a modo imputable mediante su hecho, ya que ha dado un ejemplo de falta de respeto a la libertad y al bienestar¹³³.

Como recién se expuso, existen algunas visiones teóricas que sostienen la tutela de bienes jurídicos imprescindibles como legitimación de la pena y otros su inexistencia, sin embargo, el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, expresamente condiciona la proporcionalidad de las penas al delito cometido y al bien jurídico afectado¹³⁴, por consecuencia, para efectos de la presente investigación, el tipo de bien jurídico tutelado es factor determinante en las premisas y conclusiones que se arriben.

Es decir, que para desarrollar el principio de proporcionalidad, se toma como base la tesis que establece la finalidad del derecho penal como la búsqueda de

¹³¹ Mir Puig, Santiago, "El principio de proporcionalidad...", *op. cit.*, pp. 76-78.

¹³² *Ibidem*, p. 79.

¹³³ Jakobs, Günther, *Sobre la normativización...*, *cit.*, p. 39.

¹³⁴ Si bien textualmente se contempla una "afectación" a bienes jurídicos, la exposición de motivos que dio origen a la disposición constitucional aludida, sí contempló el que no fueren excluidos los delitos de peligro o abstractos.

preservación de los derechos fundamentales o bienes jurídicos trascendentales en una sociedad, por tanto, se matiza la penalidad en atención al valor que lo que se protege, a mayor valor del bien jurídico, más intensa deberá ser la penalidad que se establezca en el tipo penal"; tesis que encuentra fundamento en la vertiente funcionalista del delito, de acuerdo con la cual, la responsabilidad (culpabilidad más necesidad de la pena) por la comisión de un delito más grave, genera una mayor responsabilidad de un sujeto a aquel que comete un delito menor¹³⁸

¹³⁸Moreno Melo, Manuel, *op. cit.*, p. 50

CAPÍTULO TERCERO

CONFRONTACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL RESPECTO A LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS: ALEMANIA, ESPAÑA, COLOMBIA Y MÉXICO

3. LA IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL

El escrutinio intelectual sobre los derechos constitucionales y el sistema penal, no se reduce a la contraposición entre las magnas declaraciones constitucionales con la legislación penal ordinaria, sino que mucho más allá, refleja la solidez y coherencia democrática de un sistema jurídico¹³⁶.

Distante a las múltiples teorías sobre el derecho penal mínimo que han sido desarrolladas y perfeccionadas desde la época de la ilustración, en la actualidad se ha vuelto constante la maximización de disposiciones jurídicas penales.

Ello tiene su origen, principalmente en la combinación de problemáticas sociales y de soluciones más mediáticas que efectivas, reflejadas en el crecimiento de conductas hipotéticas advertidas como delitos, así como del aumento en el número de años de prisión en casi todos los antijurídicos, que aunado a la inoperancia o falta de aplicación de otras políticas públicas, en forma residual se ha considerado como solución por autonomía, involucrar al derecho penal.

En la coyuntura expuesta, los órganos jurisdiccionales tienen la gran obligación de supervisar la actividad política de sus similares legislativos, de conformidad a las disposiciones constitucionales y convencionales, a efecto de evitar una desmesura primitiva, que lejos de ayudar, desvanesce la consolidación de los motivos y fines de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

¹³⁶ Terradillos Basoco, Juan María, *op. cit.*, p 11

En la actualidad, el peso que la teoría del derecho concede a los jueces mediante la interpretación guiada por principios, produce un modelo argumentativo que suera a cualquier otro¹³⁷.

La justicia, es la efectiva realización de los derechos. Metodológicamente, los derechos humanos exigen personas y operadores del estado, comprometidos con la promoción y garantías de los mismos; porque ante una violación de las prerrogativas humanas, no se puede ser neutro, ya que esto podría significar complicidad. Teóricamente, cuando se habla del derecho por principios, los derechos humanos son normas que determinan el contenido material de las reglas o el derecho ordinario. Por tanto, nada debe hacer pensar que el derecho penal no puede ser leído en clave constitucional o desde la perspectiva de los derechos humanos y los principios constitucionales¹³⁸.

En ese sentido, el principio de proporcionalidad en las penalidades, aunque parece un tema sencillo o lógico, no ha sido interpretado y utilizado de manera uniforme en las cortes y tribunales de diversos países del mundo, de forma que pese a ser un concepto uniforme, su aplicación difiere.

Eso es así, porque una vez que el juez penal advierte un conflicto constitucional, no puede ligeramente inaplicar el derecho penal por la mera afirmación de la prevalencia de la Constitución, se tiene que ponderar y argumentar¹³⁹.

Dentro de dicho ejercicio argumentativo, es donde se muestran evidentes diferencias del ejercicio de análisis constitucional, ya que el patrón conflictivo ha sido la inexistencia de una jerarquía de los derechos prevista en la norma fundamental. Pareciera que todos los derechos constitucionales gozan del mismo rango, de ahí que surjan divergencias en la toma de la decisión judicial¹⁴⁰.

¹³⁷ Vilaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, p. 82.

¹³⁸ Ávila Santamaría, Ramiro, "El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad (Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces)", en Carbonell Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 313 y 314.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 334.

¹⁴⁰ Hartwig, Matthias, *op. cit.*, p. 789.

Aunque pueda tener deficiencias metodológicas, el principio de proporcionalidad es útil para resolver cierto tipo de asuntos y quizá su mayor virtud sea la de transparentar las decisiones judiciales¹⁴¹.

A continuación, se plasmarán los contextos y algunos precedentes de los órganos judiciales en la materia, que han elaborado algún esquema particular, para lograr la verificación de la proporcionalidad penal.

3.2 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN: CREADOR DE LA PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad, ha sido especialmente desarrollado por la doctrina constitucional alemana y por su Tribunal Constitucional¹⁴².

En palabras de Rodrigo Díez Gargari, la experiencia en Alemania se vuelve relevante en principio porque fue el pionero en usar dicho método para resolver la colisión de principios y en segundo lugar, porque de la Ley Fundamental Alemana de 1949 y la composición de su máximo órgano jurisdiccional constitucional ha influido a todo el mundo¹⁴³.

Matthias Hartwig, afirma que el concepto de proporcionalidad ya se aplicaba con relación a la Primera Guerra Mundial, por conducto de los tribunales administrativos al ponderar los intereses privados y el interés público. Sin embargo, el crecimiento que el Tribunal Constitucional le dio resulta innegable, puesto que en los primeros diez volúmenes de fallos, catorce sentencias hicieron referencia a este concepto, mientras que los últimos diez se ha triplicado la cifra de resoluciones que lo utilizan¹⁴⁴.

¹⁴¹ Díez Gargari, Rodrigo, "Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la suprema corte", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 21 enero-junio 2012, p. 103.

¹⁴² Mir Puig, Santiago, "El principio de proporcionalidad...", *cit.*, p. 68.

¹⁴³ Díez Gargari, Rodrigo, *op. cit.*, pp. 70-71.

¹⁴⁴ Hartwig, Matthias, *op. cit.*, p. 782.

Es posible que la mejor de las virtudes que este tribunal constitucional ha tenido sobre el tema, sea su creación abstracta a partir de dos premisas fundamentales de derecho y su aplicación concreta a los asuntos que fueron resolviéndose, sin tener un precepto constitucional que en expreso lo ordenara.

El propio tribunal ha sostenido que en la República Federal de Alemania, el principio de proporcionalidad tiene un rango constitucional, porque se basa en el Estado de Derecho y en los derechos fundamentales, los cuales pueden ser restringidos sólo cuando sea necesario para la protección de los intereses públicos¹⁴⁵.

En una relación entre un derecho fundamental y una restricción, el imperativo de la proporcionalidad es unilateral, exclusivamente se dirige al Estado en forma de límite y no al individuo como titular del derecho; este efecto se deriva de las consecuencias que emanan del reconocimiento de los derechos fundamentales, que se interpretan como obligaciones estatales. Así, todos los poderes estatales tienen que respetar la proporcionalidad. Los jueces tienen que interpretar las leyes ordinarias en consideración las disposiciones constitucionales, aplicar el código penal o civil sin dar cuenta de los derechos fundamentales es imposible. El legislador por su parte, desempeña un papel particular en el establecimiento del principio de proporcionalidad, porque cada restricción se realiza en virtud de una ley. Esta autoridad determina el marco dentro del cual, los otros poderes pueden imponer restricciones al ejercicio de un derecho fundamental¹⁴⁶.

¿Cómo ha aplicado el Tribunal Constitucional Alemán el principio de proporcionalidad penal?

¹⁴⁵*ibidem*, p. 784

¹⁴⁶*ibidem*, pp. 785 y 786.

2.1 El caso farmacias en Alemania: Emblema de la proporcionalidad.

El profesor de Harvard Díez Gargari¹⁴⁷ e Ignacio Covarrubias Cuevas¹⁴⁸, coinciden que el primer precedente más emblemático resuelto por el Tribunal Constitucional Alemán, en el que se pueden distinguir los subprincipios de la proporcionalidad aplicados, fue en 1958 con la sentencia BverfGE 7,377 conocida como el caso "Farmacias" –Apothekenurteil-¹⁴⁹.

La litis se originó de la negativa que la administración gubernamental había efectuado a un ciudadano alemán que pretendía establecer una farmacia, debido a que el número de habitantes donde residiría el negocio era inadecuado pues ya existían muchas para satisfacer las necesidades de la localidad.

Esto se confrontó con el artículo 12 párrafo 1, que tutela la libertad de los ciudadanos al trabajo y la profesión para su sustento.

El tribunal hizo una interesante distinción respecto de la fase de "elección" y del "ejercicio" de este derecho, puesto que el Estado no debe interferir en la primera de ellas, mientras que en la segunda sí, pero con la finalidad de regular, mas no de restringir o limitar en la medida que no afecte el interés de la sociedad en general.

En los argumentos jurisprudenciales, el tribunal sostuvo que la libertad de ejercer una profesión puede restringirse por vía de reglamentación cuando se considere que la medida hace un efecto razonable al bien común, aspecto particular al elemento idoneidad (que tenga una finalidad precisa y justificada).

¹⁴⁷ Díez Gargari, Rodrigo, *op. cit.*, p. 73.

¹⁴⁸ Covarrubias Cuevas, Ignacio, "¿Emplea el tribunal constitucional el test de proporcionalidad? 128 sentencias del Tribunal Constitucional en la perspectiva de la jurisprudencia constitucional alemana, de la Cámara de los Lores y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 12, número 1, 2014, p. 170.

¹⁴⁹ Huber, Rudolf (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, trad. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 316-325.

También se dijo, que si la intervención es indispensable, el legislador tiene que elegir la forma que limite lo menos posible el derecho fundamental (aspecto relacionado con el subprincipio de la necesidad).

En unión de ambos elementos, se sostuvo que la restricción a ese derecho fundamental puede volverse inconstitucional cuando se impongan condiciones lesales excesivamente gravosas y no razonables. Por el contrario, la restricción será constitucional cuando no afecte la libertad de elegir la profesión y que la restricción sea sobre el ejercicio de la misma, ya sea la adquisición de educación, técnicas o prácticas que ciertas materias requieren y que sin ellas, podría traer consigo daños o peligros para la comunidad.

Allí, la restricción a la libertad resulta un medio adecuado para la defensa de posibles perjuicios y peligros, de manera que no es inequitativa ni inconstitucional, y que se vuelve por igual a todos los aspirantes de la profesión, quienes la conocen previamente y deciden si es su voluntad elegirla.

En este aspecto del estudio, el tribunal alemán sostiene en forma literal, que aplicó el principio de proporcionalidad en cuanto a los presupuestos subjetivos para la verificación de la finalidad e idoneidad de restringir adecuadamente un derecho constitucional.

Si embargo, se determinó inconstitucional la disposición sobre la cual se limitaba el derecho a la profesión por mera cuestión de número de habitantes. Utilizándose dos de los tres elementos clásicos del principio de proporcionalidad, se llegó a la conclusión que el derecho a elegir el trabajo o profesión había sido limitado en exceso.

Como se dijo al principio de este capítulo, el precedente mencionado -aunque propiamente no aborda cuestiones inherentes al tema penal-, resulta de gran importancia para establecer la ponderación o llevar a cabo ejercicios de esquemas argumentativos ante la posible colisión o conflicto de dos derechos.

Por un lado se tuvo la obligación de regular el ejercicio farmacéutico en beneficio de los habitantes alemanes y por el otro lado, la libre elección del oficio o profesión.

La medida prevista en la ley, que consistía en limitar los permisos para hacer un establecimiento de la naturaleza de mérito, aunque tenía un fin constitucionalmente válido y en beneficio de todos, también resultaba excesivo para los particulares que decidían realizar dicha práctica, sin importar la competencia o existencia de diversas farmacias en un lugar típico.

Por tanto, dicho precedente ha sido considerado como el pionero en el tema de la proporcionalidad en general y por ende, de la inherente a las leyes penales así como a las sanciones.

3.2 La proporcionalidad en materia penal: Caso Cannabis.

En la sentencia BVerfGE 90,145, se resolvió sobre la constitucionalidad de disposiciones que sancionaban penalmente el comercio de cannabis y hachís¹⁵⁰.

Se abordó el tema de la legitimidad que tiene el órgano legislativo para determinar qué conductas son penalmente relevantes, así como del propio órgano judicial constitucional para defender la ley fundamental y establecer límites a ese actuar, de forma adecuada, necesaria y sin exceso de intervención.

En el estudio constitucional, se quedó en el plano de verificar si la intervención penal era justificada o no, es decir, no se abordó en específico si la cantidad de años de prisión de la conminación penal era proporcionada. Pudiera decirse entonces, que el escrutinio fue de estricta viabilidad penal en el tema.

Para tal efecto, se incluyó una breve referencia a las reglas del alcohol y tabaco.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 104-114.

Se justificó la intervención penal, por el elevado índice de personas adictas que existían, así como por el peligro al bien jurídico de la salud de terceros que representaba, además, se aceptaron los efectos preventivos que implica la tipificación penal de la conducta analizada.

Entre los argumentos más importantes respecto de la proporcionalidad, resaltan los siguientes.

Se dijo que a este principio, le corresponde un papel bastante significativo para el examen de las normas penales, las cuales constituyen la sanción más fuerte a disposición del Estado, por lo que implica la posibilidad de expresar un juicio ético social negativo sobre una determinada actuación del ciudadano.

Por ende, una ley que restrinja un derecho fundamental debe ser adecuada y necesaria para alcanzar la finalidad deseada.

Se asentó que una ley es adecuada cuando con su ayuda, se puede *"lograr el resultado deseado"*; es necesaria cuando el legislador *"no hubiera podido elegir otro medio igualmente efectivo"*, que implicara una restricción o limitación menor al derecho fundamental.

Fue afirmado, que para realizar una ponderación integral entre la gravedad de la intervención y, por otro lado, el peso y la urgencia de los motivos que la justifican, se deben tener en cuenta los límites de la exigibilidad para los destinatarios de la prohibición.

Las medidas, por tanto, no deben gravar en forma exagerada.

En la esfera de las sanciones penales se sigue del principio de culpabilidad –el cual encuentra su fundamento en el Art. 1, párrafo 1 de la ley Fundamental–, y del principio de proporcionalidad que se deriva del principio del Estado de derecho y de los derechos de libertad, que la gravedad de un delito y la culpa del actor deben estar en una relación justa con la pena.

El tipo y medida de la sanción penal no pueden ser inadecuados a los comportamientos que se encuentran sujetos a la pena. Debe existir concordancia

material entre los elementos de hecho (supuesto normativo) y la consecuencia jurídica.

También se indicó, que fundamentalmente corresponde al legislador determinar en forma vinculante, el ámbito de las actividades susceptibles de ser penalizadas, teniendo en cuenta las respectivas circunstancias de los individuos.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, consideró que no podía examinar si la decisión del legislador, constituye la solución más idónea para alcanzar los fines que se persiguen, o si aquélla es la más justa o razonable; por lo que tenía que limitarse a vigilar que las normas penales se encuentren materialmente en consonancia con las disposiciones de la Constitución y que cumplan con los principios constitucionales no escritos, así como con las decisiones fundamentales e las que se basa la Constitución.

Pero dentro de ese margen, concluyó que con la ley sobre Estupefacientes el legislador persigue el objetivo de proteger la salud humana –tanto del individuo como de la población en general– de los peligros que implican estas sustancias, así como resguardar a la población y especialmente a la juventud, de la dependencia de estupefacientes.

Se aceptó la opinión del legislador en el sentido que para alcanzar los objetivos de la ley no se disponía de ningún otro medio tan efectivo, ni menos intervencionista, que el de la sanción penal.

Asimismo, que no se podía argumentar que la prohibición existente del cannabis no haya logrado alcanzar plenamente los fines de la ley, y que la liberalización del cannabis al ser una medida menos rígida, pudiera lograr esa finalidad.

Para el Tribunal alemán, la discusión de política criminal sobre el mejor modo de lograr una disminución del consumo de cannabis no ha concluido, ya sea a través de los efectos preventivos que ejerce la sanción penal o mediante la liberación del cannabis y la escisión del mercado de las drogas. Por tanto, no se disponía de

pronunciamientos fundados científicamente que se pronuncien a favor de una u otra vía.

Entonces, para determinar si las disposiciones penales de la ley sobre estupefacientes que se sometieron a revisión constitucional, violaban la prohibición de exceso en la reglamentación (el principio de proporcionalidad en sentido estricto), en la medida que se refieren al comercio y trato de productos de cannabis, se debía diferenciar entre la prohibición básica de comerciar con productos de cannabis y la amenaza de una sanción penal en caso que se viole en diferentes formas esta prohibición.

En ese marco, se estimó justificada la intervención penal, para lograr la protección de la población –y en especial la juventud– frente a los peligros para la salud derivados de la droga, así como del peligro de una dependencia física, y el de combatir las organizaciones criminales que dominan los mercados de las drogas, y sus efectos negativos para la sociedad.

Respecto a la prohibición del comercio de productos de cannabis, se precisó que no sólo se trata de una desobediencia a disposiciones administrativas o de derecho administrativo típico, sino que tal conducta pone en peligro importantes intereses de la comunidad, mismos que el legislador quiso proteger, por tanto, su decisión, descansa sobre consideraciones razonables y justificadas.

Añadió el tribunal, que el tráfico con productos de cannabis y su entrega gratuita –en atención a la posibilidad que sean a su vez distribuidos posteriormente– también constituyen un peligro abstracto para terceros. Asimismo, la adquisición y posesión ilegal, ponen en peligro bienes jurídicos de terceros, pues abren la posibilidad de la distribución a otros sin control alguno.

El peligro de tal distribución se presenta incluso cuando la adquisición y posesión de la droga está destinada –de acuerdo con la intención de quien realiza la conducta punible–, a satisfacer el consumo propio. A esto se añade, que mediante adquisición para el propio consumo, se desarrolla la demanda por la droga, lo que constituye el mercado ilegal de las drogas desde la perspectiva de la demanda.

También, que en vista de las estimaciones sobre el número de consumidores, que oscilaba entre 800 000 y 4 millones de personas, donde prevalecen los consumidores ocasionales, era necesaria una regulación que inhibiera ese consumo, sin que implicara un exceso en la reglamentación, de manera que sancionara penalmente la adquisición y posesión ilegal de productos de cannabis para el consumo personal, si se justificaba.

Se consideró suficiente, que el legislador posibilite a los órganos encargados de la persecución penal, que puedan tener en cuenta en los casos individuales la gravedad de la falta y el grado de culpabilidad, con la posibilidad de prescindir de la sanción penal.

No se apreció objeción alguna desde el punto de vista constitucional y se dijo, que al momento de regular las conductas punibles –tratándose de casos leves o en los que el grado de culpabilidad del sujeto es reducido– el legislador cuenta con dos caminos para cumplir con el principio de proporcionalidad (es decir, con la prohibición de exceso en la reglamentación): por un lado, el legislador puede –por ejemplo, privilegiando determinadas circunstancias de hecho– limitar el ámbito de aplicación de la disposición penal general o posibilitar la imposición de sanciones especiales para el caso de delitos menores (solución legal-material); por otro lado, puede también limitar y flexibilizar la obligación de la persecución penal (solución procesal).

También fue asentado, que el deber de protección atribuido al Estado, se testaría si se exigiera al legislador que prescindiera de penalizar el comercio ilegal con productos de cannabis, sólo porque otros narcóticos (que no se encuentran contemplados en la ley sobre Estupefacientes) pueden ser más dañinos para la salud. Y expresamente se dijo, que los alemanes no tenían derecho "a drogarse".

A manera conclusiva, puede decirse que existen múltiples sentencias donde el este órgano constitucional ha aplicado el principio de proporcionalidad, como en la sanción preventiva (Sentencia BVerfGE 20, 45), la extracción de fluidos (Sentencia

BVerfGE 16, 194), la interrupción del embarazo (sentencia BVerfGE 39, 1) y la Sentencia BVerfGE 41, 378 sobre la Ley de Asesoría Jurídica, entre otras.

Si embargo, el objetivo fue demostrar cómo el tribunal constitucional, ha concebido y aplicado el control de la proporcionalidad en diversos pasos.

Hartwig, los resume de la siguiente manera.

Primero, examina si la medida que restringe el derecho fundamental es admitida dentro del ordenamiento jurídico, pues cualquier medida prohibida no puede ser proporcional frente al derecho fundamental en cuestión.

El segundo paso, consiste en analizar si la medida restrictiva es idónea para lograr el objetivo, en esta parte el tribunal cede paso al legislador porque considera que la autoridad adecuada para decidir sobre el efecto futuro de medidas actuales, de manera que se cifre a calificar como idónea, si la medida contribuye en cierta medida a lograr el objetivo.

El tercer paso, se relaciona con la necesidad de la medida, es decir, la intervención en el derecho fundamental tiene que ser la medida menos restrictiva, pues de lo contrario los poderes estatales dispondrían de una posibilidad ilimitada para intervenir en los derechos fundamentales.

El último cuarto filtro, es la proporción estricta, que tiene por objeto verificar si la ventaja que la restricción ofrece, sobrepasa el efecto de la disminución del derecho sobre el que interviene, se utiliza la noción "intensidad de la intervención"⁵⁵.

35 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: PUENTE INTERPRETATIVO HACIA AMÉRICA LATINA.

Para Mir Puig, el contexto de la novedosa Constitución española de 1978 que eliminó la transición democrática, obligó una nueva relectura del ordenamiento

⁵⁵ Hartwig, Matthias, *op. cit.*, pp. 787-789.

judicio desde la perspectiva constitucional. En esa tesitura, él considera que la aportación científica en el rubro de los principios constitucionales del derecho penal que en 1984 realizó Tomás Vivés Antón¹⁵² (quien posteriormente fuere Magistrado del Tribunal Constitucional), fue determinante para incluir a "la prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio", desarrollado particularmente por el Tribunal Constitucional alemán, y no solo como una proporción entre delito y gravedad de la pena, sino como una limitante a toda actuación estatal que pretenda afectar algún derecho fundamental¹⁵³.

No obstante, es importante señalar que durante los primeros quince años de jurisprudencia constitucional española, sólo treinta y una sentencias emplearon el principio de proporcionalidad en relación con la actividad del legislador, aunque en materia penal, pese a que el tribunal constitucional se atribuyó la competencia para examinar desde la perspectiva de la norma fundamental, la proporcionalidad de una concreta pena o medida de seguridad, han sido muy pocos casos y menos los que aceptan la desproporción¹⁵⁴.

3.1 La adopción de la interpretación alemana al ámbito penal y su proporcionalidad

Norberto de la Mata Barranco, afirma que la primera sentencia que de manera explícita realiza un análisis del principio de proporcionalidad y sus compuestos similares a los desarrollados en Alemania, es la STC 55/1996¹⁵⁵.

En dicho precedente, se dijo que el principio de proporcionalidad entre la pena fijada y la trascendencia social del hecho punible, se configura, como un límite al legislador y como presupuesto de una pena que pueda suscitar el consenso social

¹⁵² Cobo del Rosal, Manuel y Vivés Antón, Tomás, *Derecho Penal Parte General*, 5a. ed., España, Tirant Lo Blanch, 1984, pp. 81 y ss.

¹⁵³ Mir Puig, Santiago, "El principio de proporcionalidad...", *cit.*, pp. 67 y 68.

¹⁵⁴ De la Mata Barranco, Norberto J., *op. cit.*, pp. 31 y 32.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 42.

necesario para una prevención general positiva y desplegar, a través de ella, eficacia protectora.

También, que dicho tribunal está imposibilitado de realizar una referencia de la pena proporcionalmente exacta, que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida. Esto porque la norma suprema no contiene criterios de los que pueda inferirse esa medida; pero, que tampoco era posible renunciar a todo control material sobre la pena, ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento.

Dentro de ese marco, se precisó que, en primer lugar, debe detectarse cuál es el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, cuáles son los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma.

Así, el legislador incurre en un exceso manifiesto en el rigor de las penas, cuando introduce un sacrificio inidóneo, innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad y/o que persigue la preservación de bienes o intereses, socialmente irrelevantes.

Intacta la idoneidad de la medida, sigue analizar la necesidad de la misma, cuyo control constitucional consiste en corroborar la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas, pero de la misma eficacia que la analizada. Se debe a comprobar, si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza, de modo que, sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el creador de la ley, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento.

Sostiene el Tribunal español, que cuando se trata de analizar la actividad del legislador en materia penal, desde la perspectiva del criterio de necesidad de la medida, el control constitucional debe partir de "pautas valorativas

constitucionalmente indiscutibles”, atendiendo en su caso a la concreción efectuada por el legislador en supuestos análogos, con el objeto de comprobar si la pena prevista para un determinado tipo se aparta arbitraria o irrazonablemente de la establecida para dichos supuestos.

Con esas premisas, se puede afirmar cuándo se ha producido un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho.

En lo que se refiere a la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena (proporcionalidad en sentido estricto), el Tribunal señaló que, al legislador en el ejercicio de su actividad normativa, en ningún caso, puede sobrepasar el punto de lesionar el valor fundamental de la justicia, propio de un Estado de Derecho respetuoso con la dignidad de la persona.

3.2 El precedente de proporcionalidad modelo en España

La ATC 233/2004 es considerada la sentencia más precisa en cuanto a doctrina incluida dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde 1996¹⁵⁶.

En ella se dijo, que la proporcionalidad de una sanción penal se acredita cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos, ni sean socialmente irrelevantes o cuando la pena, sea instrumentalmente apta para dicha persecución. La pena, además, habrá de ser necesaria y en un sentido estricto, proporcionada.

En suma, para determinar si el legislador incurre en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, se debe indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos o mediatos de protección de la misma son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 53.

podría declararse ya en un primer momento del análisis, si el sacrificio de la libertad que impone la norma, persigue la prevención de bienes o intereses no sólo constitucionalmente proscritos, sino también, socialmente irrelevantes.

En segundo lugar, se dijo que debe indagarse si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto cuestionado. Y finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena.

Nérberto de la Mata, señala que son muy escasas las resoluciones que el máximo intérprete de la constitución española ha elaborado respecto de la proporcionalidad penal, donde se valore la imposición de una pena a un sujeto por la comisión de un hecho delictivo o sobre el escenario donde el legislador establece la pena.

"El Tribunal ha sido muy prudente en las posibilidades y límites de actuación, sin dudar, por temor a transgredir la competencia legislativa y dirimir la relación inusiva con el ejecutivo"¹⁵⁷.

Si embargo, la aplicación del principio, que tampoco se encuentra expreso y expresa de los artículos 1.1, 9.3, 10.1 y materia penal, 17.1 y 25.1; ha iniciado su aplicación en la adaptación de las restricciones a derechos que imponen los delitos.

Como se ha observado, existe un gran respeto a la autoridad legislativa, por lo que el intérprete constitucional, prácticamente ha relegado el esquema argumentativo de principio de proporcionalidad hacia una evidente desproporción, cuya premisa sea una "pauta valorativa constitucionalmente indiscutible". Este concepto, tampoco lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional Español, sino que da por sentado que hay parámetros obvios de desproporción, en los que el órgano judicial, inevitablemente tiene que impedir la aplicación de las disposiciones normativas que lo contengan.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 65.

En la diferencia de Colombia, donde su Corte Constitucional, de manera más activa tiene sólidos argumentos respecto de los alcances de este principio, como a continuación se apreciará.

3. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: LA DOSIMETRÍA PENAL Y LAS DISTINTAS INTENSIDADES EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En este país ha sido seleccionado como referente, porque también ha desarrollado de manera importante el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso.

Para comenzar, al igual que Alemania y España, este mandado constitucional no se encuentra de manera expresa en la máxima disposición jurídica de dicho país, sino que resulta de la interpretación armónica de los artículos 1º que contempla la constitución del estado social de derecho y la dignidad humana, del artículo 2º que contempla el principio de efectividad de los derechos y deberes, del artículo 5º inherente al reconocimiento de los derechos inalienables de la persona, del 6º que impone responsabilidad a la extralimitación de las funciones públicas, del 12 respecto de la prohibición de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y finalmente del 214 segundo párrafo de la proporcionalidad de medidas excepcionales.

El segundo término, sus determinaciones jurisdiccionales han sido ampliamente benéficas a las personas y sobresalen por incluir en las resoluciones, referencias doctrinales de importancia mundial como Ferrajoli, Roxin, entre otros.

Una de las primeras sentencias emitidas por el máximo tribunal constitucional de Colombia que utilizó los fundamentos del principio de proporcionalidad es la C-275 de 1993, en la que se declaró contrario a la constitución colombiana, la disposición legal que aumentó la penalidad del delito de lanzamiento de sustancias u objetos

pegrosos, debido a que se consideró inidóneo el incremento punitivo conforme a la penalidad establecida¹⁵⁶.

En la misma tesitura de contrarrestar el aumento de las sanciones penales, se penunciaron en 1996 las sentencias: C-070 sobre agravantes del hurto sobre bienes de valor a cien pesos y C-364 sobre la agravante conforme a la cuantía en el mismo delito. En 1998 mediante la C-746 se declaró inconstitucional la distinta forma de tratar a quienes cometían el delito de mérito conforme a diferentes modalidades.

No sólo en los mencionados, sino que prácticamente en todos los precedentes consultados, se puede observar una clara idea por parte del Tribunal Constitucional, respecto del origen, concepto, aplicación y alcance del principio de proporcionalidad penal en beneficio de las personas, a través de establecer límites claros al ejercicio del poder sancionador.

3.1 El concepto colombiano de la dosimetría penal

Desde 1993 con la sentencia C-591, se parte de la aceptación de una problemática constante, que en otros espacios ha sido denominada como: la irracionalización punitiva; la desmesura penal; el derecho penal simbólico.

El órgano jurisdiccional en análisis, aporta el concepto de *la dosimetría penal*, dentro del ejercicio de análisis para verificar su proporcionalidad.

En el diccionario de la real academia española, se encuentran dos definiciones una propia de la física, relativa a la acumulación de una radiación ionizante y otra, de la medicina, atinente a un sistema terapéutico que emplea forma exclusiva a

¹⁵⁶ Lopera Mesa, Gloria Patricia y Arias Hoiguin, Diana Patricia, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*, Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, 2010, pp 165.

principios activos de sustancias en gránulos que contienen la misma dosis para cada una de ellas¹⁵⁹.

Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana, concibe a "la dosimetría" de penas y sanciones, como un asunto librado a la definición legal y cuya relevancia constitucional es manifiesta cuando el legislador incurre en un exceso punitivo.

Esa aportación es de gran relevancia, puesto que refleja la aceptación de un fenómeno actual. Puede tenerse el principio de proporcionalidad o cualquier otro mecanismo protector de la intervención a derechos fundamentales, que por más efectivo que sea, si el órgano jurisdiccional no reconoce que existe una exalimitación en la labor del legislador, nunca se aplicarán estos esquemas argumentativos en favor de las personas.

En ese sentido, la Corte Constitucional en la C-070 de 1996, ha establecido que la calidad y cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la libertad democrática, puesto que la Constitución establece claros límites al legislador, mediante la aplicación de los principios de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, que en atención a cada caso particular, evalúan la relación entre fines perseguidos y medios utilizados.

Y ésta, no consiste en la mera comparación entre las penas señaladas por el legislador para unos delitos y las dispuestas para la sanción de otros, pues por sí sola, esta técnica no basta para fundar la supuesta infracción de la Constitución por el desconocimiento del principio de proporcionalidad¹⁶⁰.

3.2 La inexistencia de protección real a un bien jurídico, hace inconstitucional el tipo penal: Interpretación de la idoneidad.

Una muestra del poder e impacto práctico que ha tenido el desarrollo del principio de proporcionalidad penal, se reflejó en Colombia a través de la declaratoria de

¹⁵⁹ Diccionario de la Real Academia Española, consultado por última vez el día 16 de marzo de 2017, disponible en formato digital en: <http://dle.rae.es/?id=EANCe2E>

¹⁶⁰ C-213 de 1994.

inconstitucionalidad del delito de encubrimiento en su modalidad de comercio de autopartes usadas sin demostrar su procedencia lícita, elaborada en la sentencia C-05/03, a través de un análisis del subprincipio de idoneidad.

Se dijo en este precedente, que el principio de proporcionalidad implica un juicio sobre la idoneidad del tipo penal, en el sentido de que este último realmente agiente a la *protección de un bien jurídico constitucionalmente garantizado*. De forma que todos los poderes públicos se encuentran constitucionalmente obligados a respetar el principio de idoneidad que se encuentra incluido en la proporcionalidad de la creación o aplicación de normas que restrinjan derechos fundamentales, en especial los asuntos criminales, puesto que los tipos penales deben ser considerados desde su perspectiva funcional.

Esa particular idea, fue premisa suficiente para que la Corte Constitucional considerara que la creación del delito cuya conducta a sancionar, consistía en el comercio de autopartes sin acreditar la procedencia lícita de los bienes muebles, fue inconstitucional.

La razón fundamental, consistió en la inexistencia de un bien jurídico que suponga proteger o legitimar el uso de la normativa penal.

Señaló la Corte, que en efecto, los delitos deben prohibir una conducta determinada y la sanción debe corresponder a la misma, empero, en el caso que se estudió, se pretendía sancionar una acción de tráfico ilegal de muebles, mediante la incriminación de las personas que comerciaban de manera legal y que por algún motivo, no justificaran de manera momentánea, la procedencia de los productos, por esa contundente razón la medida penal era inidónea y por ende constitucionalmente desproporcionada.

Dicho en otras palabras, sancionar a quienes realizaban actos de compraventa legales, cuyo objeto de transmisión era un bien mueble del que se desconocía su procedencia, no tenía una finalidad o protección concreta.

No fue aceptado como justificación, proteger al patrimonio de las personas mediante la inhibición de operaciones comerciales con bienes muebles que anteriormente hubieren sido objeto de un delito, como por ejemplo, el robo.

El escrutinio del subprincipio de idoneidad, también ha sido utilizado en la trascendental sentencia C-355/2006 sobre la declaratoria de inconstitucionalidad a las disposiciones penales que previeron el aborto en todas sus circunstancias, precedente en el que no sólo se dijo que la medida era desproporcionada sino hasta contraproducente.

En la sentencia C-575 del año 2009, se analizó la proporción constitucional de las normas jurídicas que contemplaban el delito de ultraje de los símbolos patrios.

Dicha resolución, plasma de manera muy expresa y visible, el escrutinio del juicio de proporcionalidad.

En ella, primero se verificó que existiera una finalidad legítima. Lo cual se acreditó al aceptarse que las conductas que afectan los símbolos patrios, pueden ser consideradas como una afrenta a lo que éstos representan, es decir, la calidad de colombiano y el sentido de pertenencia a la comunidad nacional, de forma que es legítimo que el legislador proteja la integridad de dichos símbolos recurriendo incluso a sanciones de índole penal.

Para tal efecto, cabe resaltar que no se hicieron simples argumentos abstractos, sino que se recurrió a diversos precedentes, se elaboró una reseña histórica de la nación de Colombia y todo ello para verificar el significado e importancia de los símbolos patrios.

En pocas palabras, se aceptó que, mediante la intervención del estado, se tuviera como objetivo la protección del nacionalismo colombiano.

Posteriormente, se turnó el estudio hacia el examen de idoneidad, es decir, verificar si la medida enjuiciada resultaba útil y adecuada para alcanzar la finalidad constitucionalmente propuesta, o sea, la satisfacción de los principios y valores constitucionales para cuya protección se implementa.

Al respecto, en un primer término y dentro de un análisis del contenido taxativo de la norma penal, se dijo que la conducta descrita en la disposición en análisis, no tenía la magnitud requerida para afectar objetivamente la existencia o la seguridad de Estado, por lo cual podría no resultar idónea para la protección de este bien jurídico.

A juicio de la Corte, el acto de agresión a un símbolo patrio, parece del contenido simbólico del objeto agredido, entonces, no podría afirmarse que la agresión al himno, a la bandera o al escudo, constituyen actos que efectiva y materialmente pongan en riesgo la existencia del estado o su propia seguridad.

No obstante, en un segundo término, se precisó que la prohibición de ciertas conductas, con la amenaza de una sanción que lleva aparejada, sin duda tiene efectos preventivos y disuasorios importantes frente a la colectividad.

Y en esa tesitura, la regulación sí resultaba un medio idóneo para evitar que se atente contra los símbolos patrios y para proteger los valores constitucionales que esos representan a los cuales previamente se hizo alusión, pues la tipificación de esa conducta como sancionable, tiene efectos disuasorios, intimidatorios y preventivos sobre los individuos, quienes, ante la amenaza de una sanción, se abstiene de atentar contra éstos. Por tanto, sí constituyó una medida efectivamente conducente para conseguir la finalidad constitucional perseguida.

3.3 La existencia de una medida menos lesiva, vulnera el subprincipio de necesidad

En este aspecto, se indicó que una vez establecido que el tipo penal de ultraje a los símbolos patrios persigue una finalidad constitucionalmente legítima y es adecuado para conseguir tal finalidad, lo consecuente era determinar si el mismo propósito puede alcanzarse por medio de otras condiciones menos gravosas de las restantes principios, valores y derechos en juego.

¿Alguna medida menos lesiva? Sí.

La Corte Constitucional, confrontó las disposiciones penales privativas de libertad con el Código de Policía Nacional y el Decreto 522 de 1971, que correspondientemente disponen:

"Artículo 210. Compete a los Alcaldes o a quienes hagan sus veces, imponer multa de cincuenta a cien pesos:

1. Al que no ice la bandera nacional en lugar visible al público en los días indicados por el reglamento o resolución de autoridad."

"Artículo 13. El que use indebidamente la bandera o el escudo de Colombia o cualquiera otro emblema patrio, incurrirá en multa de cincuenta a cinco mil pesos."

Se sostuvo que estas disposiciones, las cuales no fueron objeto de control de constitucionalidad en la presente decisión, protegen los mismos valores de la norma tildada como inconstitucional.

Fue considerado que las disposiciones transcritas, son efectivamente adecuadas para conseguir la protección de los derechos, pues el procedimiento policivo, se rige por el debido proceso y en esa medida respeta las garantías constitucionales, y demás, en todo caso tiene menores ritualidades que el proceso penal.

Adicionalmente se estimaron menos gravosas que una sanción penal, pues no acausan la desaprobación social que conlleva una condena de tal índole, tampoco pueden ser convertidas en arrestos progresivos y en esa medida no configuran una amenaza potencial a la libertad personal del infractor, y sus montos son inferiores a los establecidos en el Código Penal.

Desde esta perspectiva, la disposición examinada resultó inconstitucional para la Corte Constitucional, porque su regulación desde la perspectiva punitiva, era excesivamente innecesaria para la protección de los valores constitucionales asociados a los símbolos patrios, debido a la existencia de medidas alternativas que cumplen con la misma finalidad y resultan menos gravosas para los otros derechos constitucionales en juego.

3.4 La proporción estricta y la sentencia C-822/2005

Este precedente se vuelve emblemático sobre el tema, porque se realizó la aplicación del principio de proporcionalidad más rigurosa y sistemática de la que se aprecia en otros pronunciamientos de la Corte, mostrándose la madurez alcanzada por la jurisprudencia y el desarrollo de la estructura argumentativa¹⁸¹.

En ella, se analizaron diversos procedimientos probatorios del proceso penal colombiano, relativos a la obtención de evidencias.

Una vez examinada la idoneidad y la necesidad de cada medida, se dijo que el principio de proporcionalidad en sentido estricto, se aplica para determinar si la afectación de los intereses individuales en juego, resulta proporcionada a la relevancia del bien jurídico que se busca salvaguardar con la medida, por tanto, se deben identificar los valores e intereses en colisión, definir la dimensión de su afectación y de su importancia, y ponderarlos para determinar si esa relación resulta desproporcionada.

Se indicó, que dentro del contexto del examen de la constitucionalidad del reconocimiento y de los exámenes físicos realizados a la víctima bajo las condiciones previstas en el artículo 250 de la Ley 906 de 2004; que la proporcionalidad en sentido estricto exige que se sopesen:

- a) la gravedad del delito,
- b) la importancia del bien jurídico tutelado,
- c) el impacto que tendría para los derechos de las víctimas y para el interés público en que investiguen los delitos y en la identificación de los responsables, el que se negara la realización de estas medidas,
- d) el valor probatorio de la evidencia material, a la luz del programa de investigación, de las muestras y evidencias físicas que se obtengan y, por el otro,

¹⁸¹ López Mesa, Gloria Patricia y Arias Holguín, Diana Patricia, *op. cit.*, p 173.

e) el **grado de incidencia** de la medida en los derechos de la víctima, así como, f) las **condiciones especiales** de la víctima, como su **particular vulnerabilidad física o emocional**.

De **esa manera**, una restricción de los derechos fundamentales podrá considerarse constitucionalmente aceptable siempre y cuando no vulnere una **garantía constitucional específica** (como por ejemplo la prohibición de la pena de **muerte** o el derecho a una defensa técnica en materia penal) y supere el test o juicio de proporcionalidad.

Este juicio se supera cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada.

Esas etapas coinciden con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en los cuales la doctrina nacional y extranjera ha descompuesto el juicio de proporcionalidad.

Cabe señalar, que la jurisprudencia constitucional colombiana ha distinguido, distintos niveles de intensidad del juicio de proporcionalidad de acuerdo a la materia regulada por la norma demandada y a la naturaleza de los derechos en juego en el caso concreto¹⁶².

En la aplicación de esta metodología la Corte Constitucional ha establecido tres modalidades de test de proporcionalidad: test leves, intermedios y estrictos.

En los primeros, afirma la Corte que se debe aplicar sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve; 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una

¹⁶² Cfr. la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-575/2009.

normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión.

Por tanto, en el test leve la Corte se limita, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto.

Respecto de los test intermedios¹⁶³, se utilizan para analizar la proporcionalidad de una medida legislativa, en especial 1) cuando puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia.

El test intermedio involucra elementos más exigentes de análisis que el test leve.

Primero, se requiere que el fin no sólo sea legítimo sino también constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Constitución o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver.

Segundo, se exige que el medio, no sólo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial.

Finalmente, los test estrictos y que son los aplicables a la materia penal, son por naturaleza los más exigentes. Aquí, el fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso.

El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo.

Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este exige que los beneficios de adoptar la

¹⁶³ Sentencia C-673/2001 de la Corte Constitucional Colombiana.

medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida.

Esta modalidad de test se aplica: 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución colombiana; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida afecta el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.

El test estricto de proporcionalidad representa más profundidad en los elementos de examen de constitucionalidad legislativa, corresponde por lo tanto, verificar al juez constitucional que la finalidad perseguida por la medida sea, no sólo legítima e importante, sino también impenosa, o sea, irremplazable por un medio alternativo menos lesivo y verificar que los beneficios excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y derechos constitucionales afectados por la misma.

3. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN MEXICANA: CINVALIDACIÓN DE AUMENTO DE PENAS Y AMBIGÜEDAD EN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL.

Habiese sido magnífico, que en el presente apartado dedicado a la jurisprudencia mexicana, siguiera la tendencia de concepción y aplicación del principio de proporcionalidad en beneficio de la certidumbre jurídica social.

Si embargo, todavía existe una resistencia judicial, para señalar las incongruencias constitucionales en las que el legislativo cae, mediante la creación o reforma de diversas disposiciones de carácter penal, como a continuación se plasma.

3.21 La justificación del aumento de penas: Política criminal e incidencia delictiva

El primer precedente sobre proporción de penas con el texto constitucional vigente, fue el emanado del juicio de amparo directo en revisión 181/2011¹⁶⁴, donde se analizó la constitucionalidad de la pena prevista para el delito de Secuestro express (artículo 163 Bis del Código Penal para el Distrito Federal – actualmente Ciudad de México-), cuya penalidad es de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a dos mil días multa.

La corte indicó, que era legítimo desde el punto de vista constitucional que la política criminal tenga como objetivo disminuir la incidencia delictiva, a partir del aumento de las penas.

Por tanto, el incremento en la comisión de ciertos delitos justifica que el legislador instrumente una respuesta penal de mayor intensidad que se traduzca también en un aumento de la penalidad.

Otro precedente, emana del amparo directo en revisión 1093/2011¹⁶⁵, en el contexto para verificar la constitucionalidad de la agravante de una mitad más de años de prisión, al tipo básico de extorsión, y que se dijo, imposibilitaba al juez graduar proporcionalmente dicha sanción aditiva.

Aunque el tema central fue el ejercicio judicial de particularizar la sanción penal, entre las conjeturas más importantes que utilizó la Suprema Corte, resalta la idea de que el legislador debe proporcionar un marco penal abstracto que permita al juzgador individualizar la pena, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, tales como: la lesión o puesta en peligro del bien, la intervención del

¹⁶⁴ 1a. CCXII/2011 (9a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 1, Libro II, noviembre de 2011, p. 194, registro 160710.

¹⁶⁵ 1a./J. 3/2012 (9a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 1, Libro V, febrero de 2012, p. 503, registro 160280.

agente para causar la lesión o crear el riesgo, así como otros factores sociales o individuales que sirvan para establecer la menor exigibilidad de la conducta.¹⁶⁶

Se estimó que en la porción normativa, el legislador penal había establecido un sistema de sanciones que permite a la autoridad judicial individualizar suficientemente la pena que decreta, a fin de determinar justificadamente la sanción respectiva, en atención al grado de responsabilidad del sujeto implicado y de conformidad con las circunstancias del caso concreto.

De esa manera, se favoreció a la constitucionalidad de la norma, puesto que la agravante se actualiza proporcionalmente en función de la individualización que hace el juzgador, por ende, el legislativo no lo limitó.

Por otra parte, en el amparo directo en revisión 3208/2012¹⁶⁷, se analizó la constitucionalidad de los artículos 306, fracción I, y 414, fracción I, en relación con el artículo 83 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, porque, relacionados entre sí, establecen una pena privativa de la libertad mayor para los delitos de lesiones (para el caso de que las mismas sean de las que no ponen en peligro la vida y tardan en sanar menos de quince días) y daño en propiedad ajena (cuando los daños no son superiores al equivalente a cinco veces el salario mínimo) cuando se cometen *por culpa*, que para los mismos delitos cuando son cometidos *con dolo*.

A respecto, la Suprema Corte precisó que el rango mínimo de la sanción prevista por la norma impugnada (artículo 83) se ajusta con el principio de proporcionalidad de las penas —en términos del criterio antes citado dictado por el Tribunal Pleno— no sólo porque ordena la imposición de una sanción necesaria para lograr los fines de la pena, tal como son la prevención del delito, así como la viabilidad de lograr, mediante su aplicación, la reinserción del sentenciado, sino porque dicho mínimo —que es de tres días— es aún inferior al establecido, en el caso concreto, en los

¹⁶⁶ La distinción entre proporcionalidad en abstracto y proporcionalidad en concreto de las penas ha sido recogida en la acción de inconstitucionalidad 146/2007.

¹⁶⁷ 1a. XCIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, Libro 4, marzo de 2014, p. 537, registro 2005806.

artículo 306, fracción I y 414, fracción I, del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, pues en dichos preceptos se prevén penas privativas de la libertad que van de los quince días a los ocho meses, para el primer caso, y de un mes a dos años de prisión, para el segundo, lo que permite al juzgador, en uso de su libre arbitrio judicial, fincar una pena razonable para la comisión del delito culposo que se cometió, inclusive inferior al mínimo aplicable al mismo delito pero cometido en grado de dolo.

En síntesis, el único ejercicio que realmente se hizo, fue el cotejar el artículo titulado de inconstitucional contra los que el mismo quejoso propuso que eran desproporcionados, mediante la confronta de las penas mínimas.

Saben, el promedio de las penas que aludía el quejoso si son desproporcionales porque el culposo tiene de 3 meses hasta 5 años, mientras que las lesiones y el daño tienen de 8 meses a 2 años respectivamente; el argumento fue que las penas mínimas para el primero de ellos si era menor y por ende proporcional.

Un argumento quizá más adecuado, hubiera sido que la culpa se castiga de una sola forma y entonces no cabría confrontar esa modalidad contra el daño y la lesión exclusivamente, sino en todo caso contra el homicidio culposo.

35.2 La constitucionalidad de la pena en el delito de pederastia y su concepción como delito de lesa humanidad.

En el amparo en revisión 776/2014 que originó tesis aislada¹⁶⁹, se examinó la proporcionalidad del artículo 209 bis del Código Penal Federal que contempla el delito de pederastia con una penalidad de nueve a dieciocho años de prisión y de setecientos cincuenta a dos mil doscientos cincuenta días multa.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó que el precepto legal no es inconstitucional, dado que no prevé una pena excesiva.

¹⁶⁹ 1a. JI/2015 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo II, Libro 15, febrero 2015, p. 1407, registro 2008415.

Se sostuvo que el legislador en materia penal, tiene un amplio margen de libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, es decir, para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo a las necesidades sociales del momento histórico respectivo.

Sin embargo, que al configurar las leyes penales, debe respetarse el contenido de dichos principios constitucionales, dentro de los cuales se encuentra el de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, a fin de que la aplicación de las penas no sea infamante, cruel, excesiva, inusitada, trascendental o contraria a la dignidad de ser humano.

Se dijo que en la fase de creación de tipos penales, el principio de proporcionalidad de las penas requiere que la clase y cuantía de la sanción prevista por el legislador, esto es, el marco penal abstracto, guarde relación con la gravedad de la conducta tipificada como delito.

Este último extremo se calcula en función de la importancia del bien jurídico protegido por la norma, así como del grado en que éste resulta lesionado o puesto en peligro por la conducta descrita en el tipo penal. Ambos criterios se conjugan para determinar la cantidad del daño causado por la acción que se incrimina, aun cuando su consideración es necesaria para satisfacer las exigencias del principio de lesividad; pero además, en virtud del principio de culpabilidad, es preciso que el legislador distinga entre conductas dolosas e imprudentes para efectos de determinar la mayor o menor gravedad del delito y, por ende, establecer un marco penal distinto en uno y otro caso, reflejando así el diferente valor de acción que merece aquello que el sujeto ha querido y aquello que sin quererlo, ha podido evitar.

Se precisó, que la inclusión literal del postulado de proporcionalidad en el mencionado dispositivo constitucional, constituye un verdadero imperativo para toda sociedad democrática, mismo que se dio mediante la reforma integral al sistema penal mexicano que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, el dieciocho de junio de dos mil ocho, sin embargo, se omitieron los argumentos que

en ese escenario legislativo fueron desahogados y que incluyen al principio con todos sus elementos.

Se agregó, que la proporcionalidad en abstracto de la pena, se determina atendiendo a varios factores: la importancia del bien jurídico protegido, la gravedad del ataque a ese bien, el ámbito de responsabilidad subjetiva, etc.

En esta línea, se consideró legítimo desde el punto de vista constitucional que la política criminal, protegiera a todas las niñas, niños y adolescentes de nuestro país, para que se les brinde una supremacía efectiva al interés superior que poseen, por encima de cualquier otro.

Es por ello que la corte dijo que era adecuado y necesario considerar los daños causados por los pederastas, los cuales "son equiparables a los crímenes contra la humanidad", toda vez que causan graves sufrimientos o atentan contra la salud mental o física e integridad de quien los sufre; o bien, al igual que los crímenes de lesa humanidad, se ofende, agravia y lastima a la humanidad en su conjunto.

De esa manera, la corte omitió en su totalidad realizar un análisis de proporcionalidad conforme a los elementos que lo componen. Si bien advirtió que el órgano legislativo no es ilimitado y que el judicial debe controlarlo, consideró constitucionalmente legítimo que desde la perspectiva de la política criminal, mediante el objetivo de disminuir la incidencia delictiva, se justifique el aumento de penas.

No se realizó un ejercicio de comparación alguna, simplemente se afirmó la opacidad del legislativo para aumentar penas conforme la incidencia delictiva y por la magnitud del bien jurídico tutelado agregado por el interés superior del menor y la ineficacia de otras políticas del estado.

3.13 El primer intento de implementar el esquema de proporcionalidad penal, elaborado por un Tribunal Colegiado de Circuito.

Existe un precedente, donde se abordó la justiciación del derecho penal mínimo, la alternancia de penas y el error en la utilización de la personalidad del sentenciado¹⁰⁰.

Fue un tribunal colegiado quien lo emitió y es incluido en esta etapa del trabajo científico, porque representa uno de los primeros criterios –aunque no vinculante– de un órgano jurisdiccional mexicano, trata de utilizar un esquema argumentativo asistemático, similar al test de proporcionalidad.

El caso versó, sobre la ley penal del Estado de México, que confinó a todos los delincuentes el derecho a acceder a los sustitutivos penales y a la suspensión condicional de la ejecución de la sanción, siempre y cuando cumplan con los requisitos enumerados en los preceptos 70, 70 Bis y 71 del ordenamiento punitivo de esta entidad federativa; a excepción de condenados, entre otros delitos, por robo con violencia, aun en el caso de que éstos cumplan con las exigencias de los arábigos.

El análisis de la corte concluyó en que las razones que ameritaron la distinción contenida en el primer párrafo del artículo 69 del Código Penal del Estado de México, por cuanto ve al delito que señalado, fueron sustancialmente las siguientes: a) que el robo con violencia es un fenómeno social que afecta el patrimonio, la integridad, la seguridad y la tranquilidad de las personas y, b) la incidencia de este delito es constante.

Entonces, no se aprobó el test de proporcionalidad, porque dicha regulación restrictiva no era una medida idónea para lograr una finalidad constitucionalmente legítima y menos aún son razonables y ponderables en una sociedad democrática.

En efecto, se estimó en principio que, no son necesarias para lograr la finalidad, de acuerdo con la iniciativa aludida, consistían en salvaguardar el derecho a la

¹⁰⁰ II-2o T P (10a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo III, Libro 15, febrero 2015, p. 2526, registro 2008527.

seguridad y la justicia fundamentada en la protección de la persona en contra de actos lesivos contra los individuos.

Eso fue así, porque se interpretó que las figuras de la sustitución de la pena y suspensión condicional de la condena, en modo alguno constituyen un derecho de sentenciado, sino que en todo caso su otorgamiento es el ejercicio de un uso prudente del arbitrio judicial, por lo que el Juez penal se encuentra legalmente facultado para negar las prerrogativas en cita a los condenados por el delito de robo con violencia aun en el caso de estar satisfechos los requisitos enumerados en los preceptos 70 y 71 del Código Penal del Estado de México, si estima que para cumplir con los fines de la pena, que son la prevención general y la prevención especial, el condenado debe cumplir con la pena de prisión impuesta privando de su libertad en un centro de reclusión.

El tribunal estimó que los motivos invocados por el autor de la ley, en modo alguno superan el test de proporcionalidad, al no ser necesarios para lograr una finalidad constitucionalmente legítima y menos aún son razonables y ponderables en una sociedad democrática.

3.4 Los puntos cardinales y ordinales de la pena, el método de equilibrio numérico de años de prisión utilizado por la Corte para justificar la proporcionalidad de penas.

Una de las resoluciones más emblemáticas sobre el tema, es la surgida del Amparo directo en revisión 85/2014 que originó dos tesis aisladas¹⁷⁰, en la que se decidió que la proporcionalidad de las penas debe analizarse conforme a los niveles ordinales y cardinales de la sanción¹⁷¹.

¹⁷⁰ 1a. CCCIX/2014 (10a.), 1a. CCCX/2014 (10a.) y 1a. CCCXI/2014 (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, Libro 10, septiembre de 2014, pp. 589-591.

¹⁷¹ Las cuales fueron emitidas por unanimidad de cuatro votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz (ponente), Alfredo Gutiérrez Ortiz Spina, y Presidenta en funciones Olga Sánchez Cordero de García Villegas, pero que no

Para tal efecto, como ya se había adelantado en el presente capítulo, se examinó la constitucionalidad de la pena prevista para el Secuestro express (artículo 163 Bis del Código Penal para el Distrito Federal –actualmente Ciudad de México–), de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a dos mil días multa.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, comenzó el análisis de la coyuntura expuesta, con una precisión metodológica en la que estableció que el test de proporcionalidad en derechos fundamentales desarrollado por el doctrinista Robert Alexy era incompatible para examinar la proporcionalidad de penas que impone el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁷².

En esa tesitura, se explicó que el test de proporcionalidad es exclusivo, tratándose de la colisión de dos derechos o bien, de dos principios, mediante el escrutinio de tres sub-principios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Entonces, que dicho esquema argumentativo era inaplicable cuando se pretende arriugar la constitucionalidad de tipos penales –en específico, su sanción–, porque las leyes que contienen delitos son una regla, mientras que su proporcionalidad es un principio constitucional.

De tal manera, a criterio de la Primera Sala, debe utilizarse cualquier otra metodología para aplicar el mandato del artículo 22 Constitucional a casos particulares.

Parte de estas razones, ya habían sido utilizadas en el Amparo Directo en Revisión 181/2011, aprobado por unanimidad de 5 votos, en la sesión del 6 de abril de 2011, donde también se estableció en criterio, que constituye jurisprudencia vigente, que la alusión de proporcionalidad originada del artículo 22

constituyeron jurisprudencia vinculante por la ausencia del Ministro Jorge Mario Pardo Robledo.

¹⁷² En el precedente, se cita la obra: Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002.

constitucional, en forma exclusiva recoge lo que en la doctrina penal se denomina la concepción estricta del principio de proporcionalidad en materia penal.

Por ende, se estimó que las posibles maneras de llevar a cabo el escrutinio de proporción en la sanción penal, serían a través de un estudio comparativo de la norma tildada de inconstitucional con otras de contexto similar, así como la afectación al bien jurídico protegido. Y que la manera de realizar dicha comparación, podía ser dos maneras, ya sea en un esquema horizontal o un esquema vertical, en consecuencia, la decisión trascendental era saber con qué hacer el ejercicio comparativo.

Para tal efecto, se rechazó que la comparación pudiera hacerse con penalidades contempladas para delitos cuyo bien jurídico tutelado fuere diferente (comparar penas previstas para los delitos en contra de la libertad personal con las penas de los delitos que atentan contra el patrimonio), porque los bienes protegidos son incommensurables y también porque una mayor penalidad puede ser justificada dada la magnitud de la lesión a dicho bien jurídico e inclusive por razones de política criminal.

De ahí que con conocer la constitucionalidad de la pena, contemplada en el delito de secuestro express del Código Penal para el Distrito Federal, la Sala determinó que en exclusivo, debía confrontarse su penalidad con la de otros delitos que también atentan contra la libertad personal en similar intensidad.

Esta lógica, se apoyó en la doctrina del "juicio de proporcionalidad de penas en términos de niveles ordinales" de Paul H. Robinson, que examina en penas de delitos similares, la analizada tiene o no, una pena superior; mientras que las penalidades de los delitos de distinta naturaleza deben estar correspondientemente graduadas. El mismo autor precisa que esta forma se distingue de los niveles cardinales, en el que el delincuente debe recibir la pena de conformidad a su culpabilidad exacta y las definiciones soberanas¹⁷³.

¹⁷³ Cita realizada por la Suprema Corte. "Distributing Principles of Criminal Liability: Who Should be Punished, How Much", Oxford University Press, 2008, de Paul H.

Al respecto a lo anterior, al resolverse el precedente judicial en comento, se comparó la penalidad del delito bajo escrutinio (secuestro express), con aquellas penas contempladas en otros antijurídicos que también sancionan la privación de libertad (privación de la libertad personal, privación de la libertad con fines sexuales, retención de menores o incapaces, tráfico de menores, sustracción de menores o incapaces, desaparición forzada de personas y secuestro).

De ello resultó, que a criterio de la Primera Sala, conforme al grado de intensidad de lesión al bien jurídico que representan los tipos penales que fueron comparados, el legislador ordinario sí guardó proporción en los años de prisión establecidos en la norma penal y por ende, que la penalidad sí se adecuaba con el principio de proporcionalidad penal previsto en el artículo 22 de la Constitución.

Inclusive, se dijo también que el legislador secundario, conforme a la política criminal que determine, tiene la potestad de establecer penas de mayor gravedad, para responder al aumento de la incidencia delictiva, porque ello significa un inicio del creciente peligro que ese delito representa a toda la sociedad.

Tal y como ya se ha indicado en esta investigación, el test de proporcionalidad de derechos fundamentales impulsado por Robert Alexy, pudiera ser criticable con la finalidad de establecer si una pena es proporcional, sin embargo, la estructura (necesidad, idoneidad y estricta proporcionalidad) si es aceptada para tal efecto, no sólo en el plano teórico doctrinal, sino también –por lo menos– en la jurisprudencia que ya ha sido parte de esta investigación.

Tanto en el criterio de tesis como el precedente jurisprudencial sobre el que se basó, la Suprema Corte sostuvo que el mandato constitucional del artículo 22, se equipara a la estricta proporción de penas. Esta interpretación del principio de proporcionalidad previsto en el artículo mencionado, evita su aspecto teleológico y es limitada, puesto que de conformidad a la iniciativa y dictamen elaborados en el escenario legislativo (que ya fue materia del presente trabajo en el capítulo I), es claro que el objetivo de este principio, va mucho más allá de la proporción estricta,

esto que la intención de incorporarlo a la constitución, -entre otras más- fue instituir una orden precisa a todos los legisladores en tratándose de tipos penales, para que tuvieran en consideración al establecer las sanciones; la magnitud del bien jurídico a proteger, la visión global de todo el sistema de penas y preferir la más benigna, para evitar la prisión en la medida de lo posible.

Por ende, aunque conceptos como el bien jurídico tutelado, la política criminal y el impacto social se incluyeron en la resolución comentada, es innegable que la conjetura trascendental para la toma de la decisión judicial fue el método de proporción de penas ordinales.

Dicho esquema argumentativo, se construye a comparar la penalidad (años de prisión) de tipos penales similares (ej. delitos contra la libertad).

Este mecanismo, además relegar la valoración de la intervención mínima y la levedad de la norma penal, se vuelve disfuncional en diversas situaciones.

Por ejemplo, sería imposible verificar la proporcionalidad penal de un delito "novedoso", como aquellos contra la ecología, delitos informáticos o alguna nueva categoría, pues al no tenerse un símil de comparación, la herramienta simple y sencillamente, no funciona.

Asu vez, al ser un ejercicio meramente comparativo de penas en delitos similares, la Suprema Corte se obligaría con este método, a declarar como constitucional, penas totalmente irrisorias.

Ejemplo de ello sería, que en cierta entidad federativa, se eleve en exceso la penalidad de todos los delitos de cierta categoría y cuando la Suprema Corte analice la constitucionalidad de una de ellas, al compararlas con las demás similares, no tendría opción más que convalidar.

Estas características hacen que el sistema utilizado, se vuelva más en una herramienta de mero equilibrio en el número de años de prisión contemplados en tipos penales de naturaleza similar, que en un esquema de certidumbre y argumentación judicial integral.

El contraste a lo anterior, es que se ha desarrollado el principio de proporcionalidad de la penas, mismo que como ya fue referido, no se ciñe a una cuestión de balance numérico, sino en el estudio mucho más profundo, desde una perspectiva global de política criminal, donde se analiza desde la legitimidad del estado para regular penalmente una conducta, la eficacia del tipo de sanción penal elegida por el legislador y la conexión que deba guardar la intensidad de la medida hipotéticamente aplicable, sin perjuicio de las diversas cuestiones sustanciales que también puedan advertirse al resolver cada caso particular.

Se duda, que evitar esta interpretación restrictiva y utilizar un esquema argumentativo más completo, pudiera resultar mejor en términos de congruencia en la resolución de sentencias constitucionales penales.

A manera conclusiva, tal y como lo afirma Rodrigo Díez Gargari, a pesar de las diferencias metodológicas, el principio de proporcionalidad es importante para componer la colisión entre derechos fundamentales o colisión entre un derecho y el interés gubernamental, sin embargo, para obtener estos frutos es indispensable que los órganos jurisdiccionales acepten de manera abierta las implicaciones de su actividad, pues de nada sirve un tribunal constitucional que use un discurso "contemporáneo" si al final de cuentas no se pueden discutir sus decisiones a la luz de la proporcionalidad¹⁷⁴.

Lamenta el citado autor, que la Corte es muy titubeante para aceptar las implicaciones políticas de sus resoluciones y eso sólo oscurece la discusión de esos casos. Empero, se ha dado un buen primer paso al dejar atrás ese discurso de la interpretación mecánica y formalista del derecho. Restaría el segundo: brindar a los ciudadanos un producto (sentencias) capaces de generar discusión pública y de fortalecer el control que ejerce un órgano de última instancia¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Díez Gargari, Rodrigo, *op. cit.*, p. 102.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 102.

CAPÍTULO CUARTO

ANÁLISIS DE LA PROPORCIONALIDAD PENAL DE LOS DELITOS PATRIMONIALES EN EL ESTADO DE NAYARIT

4. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: ¿CUÁLES SON LOS DELITOS PATRIMONIALES EN EL ESTADO DE NAYARIT?

El título décimo noveno del libro segundo del Código Penal para el proceso adictorio en Nayarit, contempla las conductas antijurídicas que atentan contra el patrimonio de los particulares.

Entre ellas, se encuentran el Robo, Abigeato, Abuso de confianza, Fraude, Administración fraudulenta, Usura, Despojo de inmuebles y aguas, Daño en las cosas, Ocupación ilegal de edificios e inmuebles destinados a un servicio público y Delitos informáticos.

Para efectos de la presente investigación y del análisis de la proporcionalidad correspondiente, serán considerados como delitos patrimoniales, aquellos cometidos sin violencia y que para determinar su sanción, remiten a una valoración líquida del objeto del delito y sobre dicho valor, se asigna la penalidad correspondiente (Robo, Abuso de confianza, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas).

Es decir, que para efectos de penalidad, siguen las reglas previstas en el artículo 38 del Código Penal para el Estado de Nayarit, que consisten en cuatro escalas de sanciones¹⁷⁸.

¹⁷⁸ El salario mínimo a considerar en la presente investigación es de \$73.04 pesos aplicable para el año 2016, publicado el 18 de diciembre de 2015 en el Diario Oficial de la Federación.

Tabla 1

Cuantía Patrimonial	Penalidad	Tipos Penales
Hasta 100 salarios mínimos	3 meses a 2 años de prisión	Robo, Abuso de confianza, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas.
101 a 500 salarios mínimos	2 a 4 años de prisión	Robo, Abuso de confianza, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas.
501 a 2000 salarios mínimos	4 a 10 años de prisión	Robo, Abuso de confianza, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas.
Más de 2001 salarios mínimos.	5 a 13 años de prisión	Robo, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas.
	6 a 12 años de prisión	Abuso de confianza

La justificación estriba, en que estos antijurídicos tienen como premisa indispensable del parámetro de sanción, la cantidad de patrimonio lesionado, mientras que en los restantes, el legislador local ha tenido a bien asignar una penalidad que atiende en forma particular a la conducta delictiva y su forma de comisión (Abigeato, Usura, Despojo de inmuebles y aguas).

Las figuras delictivas descritas en la tabla 1, serán objeto del análisis de proporción penal, conforme a los esquemas argumentativos -abordados en los capítulos anteriores- que han sido desarrollados en la doctrina y la jurisprudencia internacional.

Con hacer mención, que se hará referencia al Código Penal del sistema acusatorio, puesto que en la actualidad, todavía es vigente un diverso cuerpo

normativo que aplica para las conductas cometidas con antelación a la declaratoria total de implementación del nuevo proceso penal.

4. ANÁLISIS DE IDONEIDAD: LA IMPORTANCIA DEL BIEN JURÍDICO PATRIMONIAL Y LA FINALIDAD DE REGULAR PENALMENTE ACCIONES CONTRA DICHO BIEN

¿Qué es un delito patrimonial y cuál es su función? El Código Penal de Nayarit - sistema acusatorio- en su artículo 21, mantiene la definición neutra del delito como efecto u omisión que sancionan las leyes penales.

En cuanto a su contenido taxativo, los delitos patrimoniales contienen las siguientes conductas prohibitivas.¹⁷⁷

Robo: "Comete el delito de robo, el que se apodera de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de las personas que pueden disponer de ella con arreglo a la Ley".

Abuso de confianza: "Al que, con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio".

Fraude: "El que engañando a alguno o aprovechándose del error en que éste se halla, se haga ilícitamente de una cosa o alcance un lucro indebido para sí o para otro".

Administración fraudulenta: "El que teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos, con engaño o aprovechamiento del error del ofendido, perjudique a su titular o a un tercero con legítimo interés, o altere en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o prestaciones o exagerando las que hubiere hecho ocultando o

¹⁷⁷En su modalidad básica, sin equiparaciones o formas específicas (artículos 376, 397, 401 y 403 del Código Penal para el Estado de Nayarit).

reseniendo bienes, o empleare abusivamente los bienes o la firma que se le hubiere confiado”.

Daño en las cosas: “Cuando por cualquier medio se cause daño, destrucción o deterioro de cosa ajena, o de cosa propia en perjuicio de tercero, se aplicarán las sanciones del robo simple”.

Precisadas las conductas prohibidas, puede apreciarse que todas son de resultado material y en su mayoría de acción (porque en los términos del artículo 22 es viable atribuir el resultado típico de Robo por omisión, en los casos de no impedir el delito, a quienes tenían el deber jurídico de evitarlo por su calidad de garante por custodia aceptada, como son los elementos de seguridad privada, vendedores, entre otros).

Asimismo, conforme al artículo 24 del Código Penal de Nayarit, los delitos patrimoniales objeto del análisis son, en su mayoría, de comisión dolosa y de consumación instantánea.

De este marco de disposiciones normativas, se puede apreciar, que el tema principal constituye la disminución o afectación del patrimonio de un particular, cuyas formas injustificadas son contrarias al ordenamiento jurídico.

Para entender los delitos patrimoniales, se debe tener claros conceptos diversos de derecho civil, tales como el patrimonio, persona jurídica y física, bienes muebles e inmuebles, posesión, propiedad, entre otros¹⁷⁸.

En esta investigación, si resulta importante hacer referencia a bienes muebles, patrimonio y propiedad, sin necesidad de hacer distinción entre personas físicas y jurídicas, porque todos los antijurídicos siguen las mismas reglas respecto a dicha condición.

Entonces, conforme al Código Civil para el Estado de Nayarit –artículos 740 en adelante-, los bienes son muebles por su naturaleza o por disposición de la Ley.

¹⁷⁸ Muchategui Requena, Griseida, *Derecho Penal*, 3a. ed., México, Oxford, 2010, p. 444.

Por su naturaleza, los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior. Por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal. También se reputan muebles las acciones que cada socio tiene en las asociaciones o sociedades, aun cuando a éstas pertenezcan algunos bienes inmuebles y las embarcaciones de todo género son bienes muebles.

Este tipo de bienes, deben ser propiedad de una persona. Dicha situación no debe darse inadvertida, pues para efecto del inicio de la persecución penal mediante querrela –artículo 46 del Código Penal de Nayari-, de la formulación de imputación, salidas alternativas –artículo 187 del Código Nacional de Procedimientos Penales-, reparación del daño y demás secuelas procesales, es imprescindible conocer con exactitud, quién es el afectado por la comisión del delito patrimonial.

De acuerdo al artículo 760 del Código Civil de Nayari, son bienes de propiedad de los particulares, todas las cosas cuyo dominio les pertenece legalmente, y de las que no puede aprovecharse ninguno sin consentimiento del dueño o autorización de la ley.

Conforme lo anterior, se tiene que la regulación penal en análisis, contiene conductas prohibidas, cuyo objeto material son bienes muebles, propiedad de un tercero y que de actualizarse, les corresponde una sanción penal.

Es decir, que la regulación penal tiene la finalidad clara de proteger el patrimonio de las personas e infraccionar aquellas que lo violentan a través de las hipótesis de conducta rechazadas por la ley.

Es importante decir, que en el Derecho Civil existen otros mecanismos que atienden y resuelven las afectaciones patrimoniales entre particulares, sin embargo, el legislador ha plasmado esta selección de conductas que resultan más graves por la forma en la que se desenvuelven y que además, si bien en primer término agravan a una persona, también alertan a la sociedad en general puesto que la misma, puede volver a realizar el delito a otras, sino es frenado en forma

efectiva por el Estado, de ahí que surge la causa y justificación de la regulación dentro del Derecho Penal.

En estos términos se ha desarrollado la interpretación judicial que constituye jurisprudencia¹⁷⁹ vigente en México, en la que se ha realizado la distinción entre el dolo civil y el dolo penal, dentro del marco de las lesiones patrimoniales entre particulares, llevadas a cabo mediante mecanismos contractuales.

En dicho precedente, se afirma que en el escenario civil, la persona que ha sufrido el detrimento económico, tiene una acción para reparar el perjuicio sufrido, mientras que en las conductas previstas como delito, se adiciona al infractor, la imposición de una pena pública porque el legislador considera que también se tiene el interés de proteger a la sociedad, de aquellas personas que intencionalmente transgreden el patrimonio de otras, sin importar que sean instrumentos civiles como los contratos, los que se utilicen para tal efecto.

Así entonces –indica la jurisprudencia–, la responsabilidad derivada de la voluntad de los particulares por virtud de convenios, tienen relación con las exigencias de orden público y por ende la tutela penal a cargo del Estado, toda vez que “la responsabilidad penal” se funda en el carácter perjudicial del acto desde el punto de vista social¹⁸⁰.

De ahí que se verifica una finalidad concreta, constitucional y que aporta al bienestar social. En otras palabras: el elemento idoneidad, inherente al principio de proporcionalidad penal, si se actualiza en las disposiciones jurídicas que regulan los delitos patrimoniales en el Estado de Nayarit.

¹⁷⁹ J/2o. J/146, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo VIII, Septiembre de 1998, Tomo VIII, septiembre 1998, p. 1075, registro 195576.

¹⁸⁰ Palabras textuales del precedente.

4. ANÁLISIS DE NECESIDAD: ¿ES LA PRISIÓN ES LA SANCIÓN DISPONIBLE MENOS LESIVA?

Una vez admitida la intervención penal por parte del Estado, a través del órgano legislativo se tiene que elegir la forma o medida, que limite lo menos posible los derechos fundamentales, sin menoscabar el objetivo establecido.

Ese aspecto, consiste en el elemento de la proporcionalidad llamado necesidad de la pena, que se relaciona con la figura de la mínima lesividad.

En el caso que aquí se analiza, el legislador ha optado por imponer en todas y cada una de las hipótesis delictivas, la prisión, que conforme al artículo 51 del Código Penal para el Estado de Nayarit, consiste en la privación de la libertad personal, que podrá ser en términos generales, desde tres meses hasta sesenta años y se extinguirá en los lugares o establecimientos que al efecto designe el órgano encargado de la ejecución de las sanciones.

Esa decisión parlamentaria, se aleja de múltiples disposiciones y acuerdos internacionales respecto de la *alternancia del uso de la pena de prisión*.

La Organización de las Naciones Unidas, a través de la resolución 45/110 de su asamblea general celebrada el 14 de diciembre de 1990, emitió las Reglas Mísimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), en las que se destaca la importancia de involucrar a la sociedad civil en las tareas tendentes a la reinserción de quienes han infringido la ley y a su vez fomentar el compromiso de actuar de acuerdo a la norma.

También, este instrumento internacional resalta la necesidad de impulsar en la normatividad aplicable, medidas alternativas a la pena de prisión para racionalizar las políticas de justicia penal.

El numeral 2.3 de dicho documento, precisa que la pena, debe ser compatible con el tipo, la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, así como la protección de la sociedad para evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, por tanto, el sistema de justicia penal debe establecer una amplia

serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia.

A su vez, que el número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal, que sea posible fijar de manera coherente las penas, bajo el criterio del uso de la prisión como último recurso.

El artículo 2.6 contempla que las penas deben ser previstas conforme al principio de mínima intervención.

De esta manera, dichas Reglas de Tokio consideran una serie de disposiciones y sanciones plausibles de ser aplicadas, sin que se recurra a la pena privativa de libertad. En el precepto 8.2 se indica, que las autoridades competentes podrán tomar las medidas siguientes:

- a) Sanciones verbales, como la amonestación, la repreensión y la advertencia;
- b) Libertad condicional;
- c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones;
- d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas;
- e) Incautación o confiscación;
- f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización;
- g) Suspensión de la sentencia o condena diferida;
- h) Régimen de prueba y vigilancia judicial;
- i) Imposición de servicios a la comunidad;
- j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado;
- k) Arresto domiciliario;
- l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión;
- m) Alguna combinación de las sanciones precedentes.

También establece en su artículo 9.2, planteamientos aplicables posteriormente a la sentencia, con el objetivo de evitar la reclusión y prestar asistencia a los sentenciados para su pronta reinserción social: a) Permisos y centros de transición; b) Liberación con fines laborales o educativos; c) Distintas formas de libertad condicional; d) La remisión; e) El indulto.

Otro instrumento internacional, es la Declaración de Kadoma sobre el Servicio a la Comunidad, celebrada en San José de Costa Rica en 1997, donde se emitieron propuestas para los Estados, a fin de aplicar sanciones más productivas, tanto para la sociedad, como para los sentenciados.

Esa declaración afirma, que tratándose de delitos no graves, la imposición de penas privativas de libertad, constituyen un desperdicio de recursos y potencial humano; la mayoría de los internos que las ocupan, no plantean ninguna amenaza real a la sociedad, por lo tanto este Organismo Nacional se pronuncia a favor de la implementación de sanciones menos afflictivas para los sentenciados, como es el servicio a la comunidad, dado que les permite ser útiles y reparar los daños causados por la delincuencia en el seno de la comunidad.

Notobstante a lo anterior, el "nuevo" Código Penal de Nayarit, emitido en el año 2014, para adecuarse al sistema de justicia penal acusatorio y los derechos humanos, sigue contemplando a la pena de prisión casi la totalidad del catálogo de delitos.

¿Existen medidas menos lesiva?

Enunciativamente en la ley si, puesto que el artículo 49 del Código Penal para el Estado de Nayarit, contempla catorce sanciones penales disponibles:

- 1) Prisión;
- 2) Libertad bajo tratamiento;
- 3) Semilibertad;
- 4) Multa;
- 5) Reparación del daño;
- 6) Suspensión, privación e inhabilitación de Derechos;
- 7) Decomiso o destrucción de los instrumentos del delito;
- 8) Destitución y suspensión de funciones o empleos;
- 9) Publicación especial de sentencias;
- 10) Disolución de personas jurídicas;

- 11) Internación;
- 12) Trabajo en beneficio de la víctima del delito o a favor de la comunidad;
- 13) Reclusión domiciliaria, y
- 14) Tratamiento de Deshabitación o de Desintoxicación.

Se duda, que para la comisión de delitos patrimoniales, pueden resultar menos lesivas para el sentenciado: la reclusión domiciliaria, el trabajo en beneficio de la víctima, la publicación de sentencias, decomiso de instrumentos de delito, reparación del daño, multa, semilibertad y libertad bajo tratamiento.

¿En qué consisten dichas alternativas de sanción penal?

El artículo 53 del Código Penal para el Estado de Nayarit, contempla la figura de *libertad bajo tratamiento*, que apareja la realización de labores por parte del sentenciado y las demás medidas conducentes a su readaptación social, bajo la orientación y el cuidado de la autoridad ejecutora.

En la sentencia se determina, la afectación del producto del trabajo del reo al resarcimiento del daño que causó el delito y al sustento de los dependientes económicos de aquél, sin perjuicio de las restantes obligaciones a cargo del sentenciado. El señalamiento de trabajo se hace en consideración de las necesidades de la defensa social, la vocación, aptitudes y posibilidades del sentenciado.

Esta medida aporta al sentenciado, la bondad de recibir atención en situaciones de vulnerabilidad personal que presente, a la par de la posibilidad de hacer labores de trabajo que permitan solventar la reparación del daño para acceder a un beneficio preliberacional de manera más pronta y a su vez, proporcionar ingresos a su patrimonio particular o familiar.

Por su parte, el artículo 54 del citado Código Penal, prevé la *semilibertad*, que implica la alternancia de periodos breves de reclusión y de libertad bajo tratamiento.

La excarcelación se aplica, según las circunstancias del caso, durante la jornada de trabajo, con reclusión nocturna; por toda la semana laborable, con reclusión de fin de semana; o en el bursó de ésta, con reclusión durante la semana laborable.

Esta medida también resulta más benéfica, pues por una parte implica una sanción importante el hecho de estar recluso por las noches, pero a la vez, permite que el sentenciado, en caso de tener un trabajo estable, continúe con el mismo y no lo pierda sino inclusive puede ascender en el mismo u obtener uno mejor.

Existen también, otras medidas que no involucran cárcel, como *la prohibición de ir a lugar determinado o residir en él*. El artículo 82 del Código Penal para el Estado de Nayarit, la define como una limitante de la libertad deambulatoria de la persona sujeta a proceso penal o sentenciada, a efecto de que no se acerque a un área geográfica o resida en ella.

Habría que valorar, si los ofendidos del delito pudieran aceptar esta forma de sentenciar a quienes violentan su patrimonio, es decir, sentirse satisfechos --por ejemplo-, con el hecho de no verlos en algún lugar determinado.

También en el artículo 89, se tiene a la *reclusión domiciliaria*, que consiste en la obligación de residir en un determinado domicilio y no salir de éste, mismo que será designado por el Juez competente, considerando las exigencias de la tranquilidad pública y la seguridad de la víctima u ofendido con las circunstancias de sentenciado.

A su vez, *el trabajo en beneficio de la víctima del delito*, se contempla en el artículo 55 del Código Penal para el Estado de Nayarit y consiste en la prestación de servicios remunerados en instituciones públicas, educativas, empresas públicas o privadas, en los términos de la legislación.

En todos los casos, deben cumplirse bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora. El trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad, se llevará a cabo en jornadas dentro de periodos distintos al horario

de las labores que represente la fuente de ingresos para la subsistencia del sentenciado y la de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determina la ley laboral. Nunca debe ser una labor que resulte degradante o humillante para el sentenciado.

Dicha sanción, permite que el sentenciado, además de no acudir a cárcel, continúe con su vida laboral o personal, y además, preste un servicio laboral ya sea al afectado del delito, si es que así lo decidiera, o bien ante una institución propia del Estado.

Finalmente, en el artículo 81 del mismo Código, se regula la *publicación especial de sentencias*, que consiste en la inserción total o parcial de ella, en uno o más periódicos que circulen en la Entidad, los cuales son escogidos por el Juez, quien resuelve la forma en que debe hacerse la publicación. Los gastos que se originen por tal motivo, se hacen por cuenta del sentenciado, del ofendido si éste lo solicita o del Estado, si el Juez lo estima necesario.

Si embargo, la publicación especial de sentencia solo procede en delitos que atentan contra el honor, la honra o dignidad de la víctima u ofendido; y no se trate de servidores o entes públicos, de manera que son inaplicables para los delitos en análisis.

Hasta este momento, es apreciable que la pena de prisión, no constituye la menos lesiva, de las que se tienen por lo menos disponibles en la normativa penal vigente.

No obstante, es importante recalcar que el subprincipio de necesidad, no sólo se refiere a la medida menos lesiva en lo meramente abstracto, sino que, al ser un mandato de optimización, se encuentra vinculado a lo fáctico, es decir, que sea materialmente posible el cumplimiento de los fines u objetivos establecidos.

4.31 La alternancia de prisión en la letra de la ley y en la aplicación práctica

En este aspecto, es donde la prisión rompe su tendencia negativa, puesto que jurídicamente, en la ley o en las recomendaciones, es sencillo imponer la mínima lesividad, la reinserción social entre otras figuras.

Si embargo, estas disposiciones deben confrontarse con la desafortunada y lamentable realidad.

Por lo menos en Nayarit, presupuestal¹⁶ y materialmente no existen las condiciones, ni las instalaciones públicas a cargo del Estado, que puedan ser capaces de ejecutar las sanciones penales distintas a la cárcel, como la libertad bajo tratamiento, semilibertad, publicación especial de sentencias, internación, trabajo a favor de la comunidad, reclusión domiciliaria o tratamiento y desintoxicación de personas.

Es decir, quizá en el plano legal o abstracto puedan confrontarse las sanciones penales y decirse que la prisión, sí es más lesiva que otras; pero al recordar que una de las características de un principio, como el de proporcionalidad, es la optimización de las circunstancias jurídicas a las reales, resulta imposible admitir esta ponderación a realizarse mediante el test de proporcionalidad, disposiciones normativas indisponibles.

En consecuencia, la prisión como sanción penal, se convierte en una medida que para efectos de la mínima lesividad o el subprincipio de necesidad, realmente no tiene con qué compararse, de ahí que por absurdo que parezca, aunque existe un catálogo donde se contemplan diversas opciones, los tipos penales persisten en considerarse como sanción penal a dicha medida.

Entonces, es necesario hacer una referencia a la situación fáctica-objetiva de la prisión y posterior a ello, conforme a los fines de la pena, establecer si esta sanción, es la medida menos lesiva.

¹⁶ Presupuesto de egresos para el ejercicio fiscal 2016, Periódico Oficial Órgano del Gobierno del Estado de Nayarit, publicado el 23 diciembre 2015, p. 1f.

Primeramente, el hacinamiento. Conforme a la página 3 del "Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional", de la Comisión Nacional de Seguridad actualizado a julio de 2016, en México se encuentran 233,469 personas privadas de su libertad. El 80% de ellas por delitos del fuero común y el resto por el fuero federal.

Formalmente, Nayarit tiene sólo un centro penitenciario estatal, el cual reside en la capital del estado y se encuentra a minutos del centro de la ciudad y prácticamente enfrente de la más importante Universidad de la entidad.

Acorde con el "Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública, y Sistema Penitenciario Estatales 2015" elaborado por el Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, su infraestructura y capacidad es para una población de 98 personas, empero, se encuentran 3,119 privadas de su libertad por delitos del fuero común.

Eso se traduce que Nayarit, es la segunda entidad federativa con mayor porcentaje de hacinamiento en todo el país¹⁸².

Además de esta cuestión de cantidad, se agrega otra de calidad: el espacio físico oculto, que se encuentra directamente vinculado con la finalidad de la pena que se impone.

En países como Suiza, Australia y Guatemala, las celdas individuales tienen 12.9 y 3 metros cuadrados; mientras que en México sus similares son de 4 metros cuadrados o celdas triples de 16 metros cuadrados¹⁸³.

Esta situación, contraviene lo dispuesto en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C

¹⁸² Comisión Nacional de Seguridad, *Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional*, México, 2015, p. 11.

¹⁸³ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *La sobrepoblación en los centros penitenciarios de la República Mexicana (Análisis y pronunciamiento oficial)*, México, 2015, p. 11.

(XIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977; mismo que señala en el numeral 9.1 del referido instrumento:

"Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso. Si por razones especiales, tales como el exceso temporal de población carcelaria, resultara indispensable que la administración penitenciaria central hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual."

Basadas en las premisas de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1984, el Relator Especial nombrado por este organismo internacional para examinar las cuestiones relativas a la tortura, señaló que el hacinamiento puede ser identificado como una pena cruel, inhumana y degradante, cuando sobrepasa el nivel crítico¹⁸⁴.

En el Informe sobre la visita a México, del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, presentado el mes de mayo de 2010, se planteó en el numeral 177, que el hacinamiento no sólo constituye un trato inhumano o degradante a las personas privadas de su libertad, sino que además genera al Estado Parte una responsabilidad, incluso de carácter internacional.

Esas condiciones, se alejan a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido que el sistema penitenciario está basado en el respeto a los derechos humanos, del trabajo, capacitación, educación, salud y deporte que suponen ser los medios para reinserir al sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir.

¹⁸⁴ Cfr. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, 29 de diciembre de 2014 (A/HRC/28/68/Add 3).

Por consecuencia, lejos de desarrollarse las disposiciones que hagan efectiva la aplicación de penas diversas a la prisión, se ha optado por involucrar en el nuevo sistema de justicia penal mexicano, mecanismos procesales que hacen alternativo el juicio en sí mismo, con la finalidad de evitar una sentencia condenatoria, que invariablemente impondría sanción privativa de libertad.

4.12 Sistema acusatorio y salidas alternas a juicio como mecanismos alternativos de prisión.

Estas figuras, tienden a evadir la culminación del proceso penal y aunque su nombre, hace referencia a evitar juicio, el ingrediente que impulsa a estas figuras, consiste en eludir una posible sanción privativa de libertad, es decir, la prisión.

Dicho de otra manera, como en términos presupuestales y legales, se ha resistido a variar la pena de prisión y prácticamente todo proceso judicial penal condenatorio terminaría con cárcel, se optó por crear sistemas normativos que eviten dicho proceso, ante la potencial amenaza a la persona de ser reclusa.

Aunque legalmente, se dice que los mecanismos alternativos de solución de controversias fueron diseñados como un derecho de las víctimas u ofendidos, conforme al artículo 109 del Código Nacional de Procedimientos Penales, y que por tanto, el defensor del imputado tiene la obligación jurídica de promoverlos acorde al artículo 117 del mismo ordenamiento. A su vez, el Ministerio Público, también se encuentra obligado a impulsar estas variantes de terminación del proceso penal.

En el contexto desarrollado, se tiene que el título primero del libro segundo del Código Nacional de Procedimientos Penales, -en específico, el artículo 184- regula las cuestiones relativas a las soluciones alternas, siendo sus formas: 1) el acuerdo reparatorio y; 2) la suspensión condicional del proceso.

Los acuerdos reparatorios, son aquellos celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Público (en la investigación

inicial) o el Juez de control (a partir de la etapa de investigación complementaria) y cumplidos plenamente en sus términos, tienen como efecto la extinción de la acción penal, mediante decreto que emite el órgano jurisdiccional, mismo que hace las veces de sentencia ejecutoriada.

Éstos pueden ser celebrados desde la presentación de la denuncia o querrela, hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio, ya sea con obligaciones de cumplimiento inmediato o diferido¹⁸⁵.

Conforme al artículo 187 del Código Nacional de Procedimientos Penales, los acuerdos reparatorios proceden con delitos que se persiguen por querrela de parte o equivalente y en delitos culposos o patrimoniales cometidos sin violencia.

En consecuencia, todos los delitos patrimoniales aquí analizados, son susceptibles de alternar juicio y por ende, se evitaría la penalidad prevista por el legislador ordinario, aun cuando se efectivamente se hubiere cometido el delito.

Por su parte, la suspensión condicional del proceso, consiste en el planteamiento que formula el agente del Ministerio Público o el imputado, que contiene un plan sobre el pago de la reparación del daño y la obligación a someterse a una o varias condiciones que garanticen la efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido, mismo que en caso de cumplirse, tendría como efecto extinguir la acción penal.¹⁸⁶

El Juez de control fija el plazo de suspensión condicional del proceso, con un mínimo de seis meses y un máximo de tres años; mientras que las condiciones a cumplir por parte del imputado, en forma enunciativa se incluyeron en el artículo 115 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Dentro de dicho catálogo, pueden ser aplicables: residir en lugar determinado, dejar de frecuentar personas o sitios, aprender una profesión o tener cursos de

¹⁸⁵ El plazo para el cumplimiento de las obligaciones suspenderá el trámite del proceso y la prescripción de la acción penal.

¹⁸⁶ Artículo 191 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

capacitación, prestar servicio social a favor del Estado, tener un trabajo o empleo, someterse a vigilancia de juez de control, entre otras.

Cabe hacer el señalamiento, que por disposición del artículo 196 del Código Nacional de Procedimientos Penales, "la sola falta de recursos del imputado no puede ser utilizada como razón suficiente para rechazar la suspensión condicional del proceso".

Finalmente, la legislación condiciona la procedencia de esta figura cuando: 1) *el acto de vinculación a proceso del imputado se haya dictado por un delito cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años*; 2) que no exista oposición fundada de la víctima y ofendido, y 3) que hayan transcurrido dos años desde el cumplimiento o cinco años desde el incumplimiento, de una suspensión condicional anterior, en su caso.

En consecuencia, conforme al primer requisito de los recién mencionados, la figura de la suspensión condicional del proceso, opera únicamente en los delitos patrimoniales cuyo objeto del delito sea menor a 500 salarios mínimos, tal y como se puede observar en la siguiente tabla.

Tabla 2

Cuantía Patrimonial	Penalidad	Media Aritmética	Tipos Penales	Suspensión Condicional
Hasta 100 salarios mínimos	3 meses a 2 años de prisión	1 año, 1 mes quince días	Robo, Abuso de confianza, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas.	Procedente
101 a 500 salarios mínimos	2 a 4 años de prisión	3 años	Robo, Abuso de confianza, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas.	Procedente
501 a 2000 salarios mínimos	4 a 10 años de prisión	7 años	Robo, Abuso de confianza, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas.	Improcedente
Más de 2001 salarios mínimos.	5 a 13 años de prisión	9 años	Robo, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas.	Improcedente
	6 a 12 años de prisión	9 años	Abuso de confianza	Improcedente

De esa manera, únicamente los delitos patrimoniales que cuyo objeto tenga un valor aproximado de \$36,000.00 o menos, podrán ser susceptibles de una suspensión condicional del proceso.

Por su parte, "el procedimiento abreviado" también es considerado por el artículo 15 del Código Nacional de Procedimientos Penales, como una forma de terminación anticipada del proceso.

Para ser autorizado, conforme al artículo 201 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el Juez de control tiene que verificar en audiencia: 1) la seriedad del Ministerio Público en la que acusa y expresa los datos de prueba, 2) que la víctima u ofendido no presente oposición y, 3) que el imputado reconozca y renuncie a su derecho al juicio oral, mediante la aplicación del procedimiento abreviado, en el que acepte su responsabilidad por el delito que se le atribuye y sea sentenciado conforme los medios de convicción de la Fiscalía.

Al igual que las salidas alternas, esta forma de terminación anticipada puede ser solicitada hasta antes de dictado el auto de apertura a juicio oral y procede la reducción de la penalidad en dos formas:

El principio puede reducirse hasta una mitad de la pena mínima en delitos dolosos y hasta dos terceras partes en delitos culposos (que en este caso no operan). Siempre que el acusado no haya sido condenado previamente por delito doloso y el antijurídico por el cual, se lleve a cabo el procedimiento abreviado sea sancionado con pena de prisión, cuya media aritmética no exceda de cinco años, incluidas sus calificativas atenuantes o agravantes.

Bajo esa fórmula, la reducción en delitos patrimoniales cuyo objeto sea menor a 500 salarios mínimos, queda como a continuación se plasma:

Tabla 3

Cuantía Patrimonial	Penalidad	Media Aritmética	Tipos Penales	Reducción Juicio abreviado
Hasta 100 salarios mínimos	3 meses a 2 años de prisión	1 año, 1 mes quince días	Robo, Abuso de confianza, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas.	1 mes quince días de prisión
101 a 500 salarios mínimos	2 a 4 años de prisión	3 años	Robo, Abuso de confianza, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas.	1 año de prisión

En el resto de los delitos, Ministerio Público puede solicitar la reducción de hasta un tercio de la mínima pena de prisión, y operaría de la siguiente manera:

Tabla 4

Cuantía patrimonial	Penalidad	Media Aritmética	Tipos Penales	Reducción Juicio abreviado
01 a 2000 salarios mínimos	4 a 10 años de prisión	7 años	Robo, Abuso de confianza, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas	1 año 4 meses
Más de 2001 salarios mínimos.	5 a 13 años de prisión	9 años	Robo, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas	1 año 8 meses
	6 a 12 años de prisión	9 años	Abuso de confianza	2 años de prisión

A nivel ministerial, también existen supuestos jurídicos para evitar juicio: 1) la abstención de investigar, 2) el archivo temporal, 3) el no ejercicio de la acción penal y 4) el criterio de oportunidad, que son figuras consideradas por la legislación, como "formas de culminar la investigación ministerial".

De conformidad a lo anterior, cuando los hechos relatados en la denuncia, querrela o acto equivalente, no constituyen delito, el Ministerio Público puede abstenerse de investigar, por ejemplo, cuando el conflicto compete a materia diversa.

También cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer, que se encuentra extinguida la acción penal, ya sea por la prescripción o la terminación de la responsabilidad penal del imputado en caso de fallecimiento.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

En la segunda figura ministerial, conforme al artículo 294 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se puede archivar temporalmente la investigación cuando en su fase inicial, no se encuentren líneas de investigación que permitan realizar diligencias para esclarecer los hechos.

En la tercera figura -el no ejercicio de la acción penal-, es necesario que de los antecedentes del caso, se permita concluir que se actualiza alguna de las causales de sobreseimiento¹⁸⁸.

Finalmente, a diferencia de las anteriores, el criterio de oportunidad constituye una manera pasiva de actuar el Estado ante la comisión de un antijurídico -no así en la demás-, en la que cancela o prefiere evitar la prosecución y sanción del delito, cuyo factor, inevitablemente influye en el análisis proporcional de una pena.

Para su procedencia, conforme al artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales, es imprescindible que sea reparado o garantizado el daño causado a la víctima, o bien que ésta manifieste su desinterés al respecto.

Debe tratarse de un delito cuya pena privativa de libertad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que no se haya cometido con violencia, como se puede apreciar en la siguiente tabla.

¹⁸⁸ I. El hecho no se cometió; II. El hecho cometido no constituye delito; III. Apareciere claramente establecida la inocencia del imputado; IV. El imputado esté exento de responsabilidad penal; V. Agotada la investigación, el Ministerio Público estime que no cuenta con los elementos suficientes para fundar una acusación; VI. Se hubiere extinguido la acción penal por alguno de los motivos establecidos en la ley; VII. Una ley o reforma posterior derogue el delito por el que se sigue el proceso; VIII. El hecho de que se trata haya sido materia de un proceso penal en el que se hubiera dictado sentencia firme respecto del imputado; IX. Muerte del imputado, o X. En los demás casos en que lo dispone la ley.

Tabla 5

Cuántia Patrimonial	Penalidad	Tipos Penales	Criterio de oportunidad
Hasta 100 salarios mínimos	3 meses a 2 años de prisión	Robo, Abuso de confianza, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas.	Procedente
101 a 500 salarios mínimos	2 a 4 años de prisión	Robo, Abuso de confianza, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas.	Procedente
501 a 2000 salarios mínimos	4 a 10 años de prisión	Robo, Abuso de confianza, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas.	Improcedente
Más de 2001 salarios mínimos.	5 a 13 años de prisión	Robo, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas.	Improcedente
	6 a 12 años de prisión	Abuso de confianza	Improcedente

La aplicación de los criterios de oportunidad, extingue la acción penal con respecto al autor o partícipe, en cuyo beneficio se dispuso la aplicación de dicho criterio.

De manera de síntesis, los beneficios alternativos operan en delitos patrimoniales cuya cuantía, no exceda a 500 salarios mínimos como a continuación se puede observar.

Tabla 6

Cuantía Patrimonial	Tipos Penales	Criterio de oportunidad	Penalidad juicio abreviado	Suspensión Condicional
Hasta 100 salarios mínimos	Robo, Abuso de confianza, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas	Procedente	1 mes quince días de prisión	Procedente
101 a 500 salarios mínimos	Robo, Abuso de confianza, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas.	Procedente	1 año de prisión	Procedente
501 a 2000 salarios mínimos	Robo, Abuso de confianza, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas.	Improcedente	1 año 4 meses	Improcedente
Más de 2001 salarios mínimos.	Robo, Fraude, Administración fraudulenta y Daño en las cosas.	Improcedente	1 año 8 meses	Improcedente
	Abuso de confianza	Improcedente	2 años de prisión	Improcedente

Todos son susceptibles de acuerdo reparatorio sin ser cometidos en forma violenta.

Si bien, las salidas alternas de juicio, son un mecanismo procesal que representa un elemento abstracto en la ecuación de la proporcionalidad penal en la comisión de un delito, también debe tomarse en cuenta la cuestión fáctica que representa el cambio en el paradigma social, mediante el cual las partes involucradas en un conflicto, aceptan llegar a un acuerdo de voluntades, y sobre todo, cumplan efectivamente los compromisos adquiridos.

En este punto particular, conforme al Anuario Estadístico Judicial del Poder Judicial del Estado de Nayarit 2014-2015, se ingresaron 33,841 denuncias/denuncias de justicia: el 25% de ellas (8,473) fueron en materia penal¹⁸⁹ y en el mismo año se emitieron 2,752 sentencias en la referida materia.

De ese cúmulo de asuntos en la materia, resalta la importancia que tiene analizar los medios alternos y la proporcionalidad de la pena en los delitos patrimoniales, toda vez, que desde el año 2007 a la fecha, las figuras con mayor incidencia delictiva son de carácter patrimonial, muestra de ello, es que en 2015, tres de los cinco antijurídicos más recurrentes fueron robo, fraude y daño¹⁹⁰.

Cabe destacar, que en 2015, el Poder Judicial del Estado de Nayarit, a través del Centro Estatal de Justicia Alternativa¹⁹¹, llevó a cabo más de 1,617 conciliaciones y por su parte, la Fiscalía General del Estado mediante la Unidad de Soluciones Alternativas Penales, brindó atención en 9 mil asuntos, de los cuales, se obtuvo una solución favorable respecto del 70% de los mismos¹⁹².

En la materia que aquí se analiza, estas acciones han tenido un significativo progreso, porque en los procesos llevados por el sistema acusatorio que inició en Nayarit con 5 delitos (Abandono de familiares, violencia familiar, tránsito ejecutado por conductores de vehículos, daño en las cosas y robo simple), la tendencia se

¹⁸⁹ Persiste el mismo índice en el Anuario Estadístico Judicial versión 2015-2016, p. 10.

¹⁹⁰ Poder Judicial del Estado de Nayarit, *Anuario Estadístico Judicial 2015-2016*, México, p.20.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 31.

¹⁹² Gobierno del Estado de Nayarit, *Tercer Informe de Gobierno*, "Rubro de Gobernabilidad", 2015, p. 102.

han revertido porque ahora, precisamente los antijurídicos patrimonialistas fueron los menos judicializados: robo simple 4% y daño en las cosas 9%¹⁹³.

Lo anterior pone de manifiesto, que para efectos de analizar la proporcionalidad de una pena prevista en un tipo penal, es imprescindible valorar integralmente el sistema normativo que regula a la materia.

Eso es así, porque sería limitado hacer un estudio, donde se piense que la penalidad prevista en la letra de la ley, únicamente establece la posible sanción a quien comete un delito, pues como se ha observado, el parámetro que establece el legislador penal, influye directamente en la procedencia de los medios alternos de solución de conflictos, cuya materialización evita una sentencia que invariablemente impone prisión, o en su defecto, una diversa que derive de un procedimiento abreviado, en donde la penalidad disminuye considerablemente.

Por ende, tanto el órgano legislativo como el judicial, no deben apartarse de tomar en consideración lo anterior.

Si bien es cierto, que se ha dado un importante paso en la política criminal mediante la implementación del sistema penal acusatorio "garantista" que tiene como uno de sus objetivos, priorizar la aplicación de los medios alternos de solución de controversias, buscándose que la minoría de casos inicien judicialmente y terminen con una sentencia condenatoria; también lo es, que todavía falta más por hacer en el tema de la alternancia de la sanción privativa de libertad y la ejecución de las diversas medidas que sólo existen en letra normativa vigente pero fácticamente no aplicable.

Entonces, persiste la constante amenaza de prisión, pero prácticamente condicionada o siendo eludible en el caso que sea satisfecha la reparación del daño.

¹⁹³ Poder Judicial Del Estado de Nayarit, *op. cit.*, p. 26.

4.3 ¿Cómo se repara el daño?

Es una disyuntiva en el tema, toda vez que para efectos de la penalidad, se toma en consideración el valor líquido del objeto del delito y en la reparación del daño —en el mejor de los casos— también, sino es que una cantidad menor.

Esa situación no compagina con lo dispuesto en la Ley General de Víctimas, cuyo artículo 26 dispone que: "las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera oportuna, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia del delito o hecho que las ha afectado o de las violaciones de derechos humanos que han sufrido, comprendiendo medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición."

¿Qué compone la reparación integral del daño?

La misma ley en su siguiente numeral, señala que consiste en: a) La restitución, b) La rehabilitación, c) La compensación, d) La satisfacción, e) La no repetición, y en su caso f) La reparación colectiva.

Todos los anteriores, son definidos en los siguientes términos:

"La restitución busca devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o a la violación de sus derechos humanos".

"La rehabilitación busca facilitar a la víctima hacer frente a los efectos sufridos por causa del hecho punible o de las violaciones de derechos humanos".

"La compensación ha de otorgarse a la víctima de forma apropiada y proporcional a la gravedad del hecho punible cometido o de la violación de derechos humanos sufrida y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Ésta se otorgará por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables que sean consecuencia del delito o de la violación de derechos humanos".

"La satisfacción busca reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas".

"Las medidas de no repetición buscan que el hecho punible o la violación de derechos sufrida por la víctima no vuelva a ocurrir".

"La reparación colectiva se entenderá como un derecho del que son titulares los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hayan sido afectadas por la violación de los derechos individuales de los miembros de los colectivos, o cuando el daño comporte un impacto colectivo".

"La restitución de los derechos afectados estará orientada a la reconstrucción del tejido social y cultural colectivo que reconozca la afectación en la capacidad institucional de garantizar el goce, la protección y la promoción de los derechos en las comunidades, grupos y pueblos afectados".

"Las medidas colectivas que deberán implementarse tenderán al reconocimiento y dignificación de los sujetos colectivos victimizados, la reconstrucción del proyecto de vida colectivo, y el tejido social y cultural; la recuperación psicosocial de las poblaciones y grupos afectados y la promoción de la reconciliación y la cultura de la protección y promoción de los derechos humanos en las comunidades y colectivos afectados".

Establecido lo anterior, se pone de manifiesto que la legislación nacional reconoce en las disposiciones anteriores, el catálogo de derechos que se encuentran incluidos en la reparación del daño derivada de la comisión de un delito.

Como ya se ha advertido en la legislación penal, para establecer la penalidad de un delito patrimonial, se remite a la valoración o cuantificación del bien mueble, sin embargo, esto no debe confundirse para efectos de la reparación del daño y la adopción de los medios alternos de solución de conflictos, porque en todo caso se estaría cumpliendo parcialmente y de forma limitada únicamente con la "restitución".

La importancia de lo anterior, estriba en que pudiera resultar un incentivo a quien comete un delito, para repetir más acciones de la misma naturaleza, porque evade

la sanción penal mediante acuerdos reparatorios, que cuando mucho, tendrán como fin restituir el valor del bien objeto del antijurídico y aunque se hubiere cometido una conducta que ley sanciona como delito, se deja de lado, la reparación integral del daño al particular y el Estado prescinde de aplicar la pena conforme a sus finalidades.

De todo lo anterior, se llega a la conjetura que si se satisface el escrutinio del principio de necesidad.

Lamentablemente, las razones garantistas, protectoras de derechos humanos o eficientes, han sido relegadas en el plano discursivo, abstracto y teórico.

En lo fáctico, prácticamente las únicas medidas aplicables como sanción penal, son la multa y la prisión.

Si alternancia o la aplicación de alguna medida menos lesiva, si existe en el ordenamiento jurídico a través del catálogo de sanciones, sin embargo, la redacción y contenido de los tipos penales las vuelve inaplicables.

A esta condición a la que se suma, la inoperancia real de otras medidas sancionatorias y la decisión de política criminal para tampoco desarrollarlas, al modificarse el sistema penal ahora en acusatorio, donde se privilegia el pago parcial de la reparación cometida por el delito, u otras figuras jurídicas que bajo la amenaza de la prisión, eluden propiamente el juicio y la sanción penal en sí misma.

Debe recordar, que una de las características de un principio, es la optimización ficticia del mandamiento normativo supremo, por tanto, sino existen las condiciones reales para comparar a la prisión con diversas sanciones, las conclusiones a las que se llegasen, por más obvias que pudieran parecer, tendrían un sesgo y matiz subjetivo impropio y ajeno de una investigación científica.

Lo anterior, en la inteligencia que esta investigación no trate de elaborar un discurso meramente persuasivo, sino de precisar conclusiones objetivas y sustentables.

4. SUBPRINCIPIO DE PROPORCIÓN ESTRICTA: CONFRONTACIÓN, BALANCE Y COSTO-BENEFICIO

Una vez valorado el aspecto teleológico de la regulación penal (idoneidad), así como la elección de la medida menos lesiva (necesidad); sigue ponderar, si el parámetro de sanción penal que el legislativo eligió en el tipo penal es proporcional o no.

Para tal efecto, debe reiterarse que al objeto de escrutinio son técnicamente las penalidades.

De ahí entonces, que será excluido de las líneas procedentes, lo relativo al ejercicio de proporción penal concreta, que realiza un juez al emitir una sentencia penal condenatoria.

Indicado lo anterior, aunque doctrinistas apuntan que en este aspecto se puede ponderar abstractamente, la proporción en estricto sentido de la penalidad se analizará en plano fáctico y objetivo, primero, conforme a un balance o equilibrio que deba guardarse respecto tipos penales de similar condición, lo cual puede realizarse dentro del mismo o en otros Códigos Penales¹⁹⁴.

Posteriormente, se ejercerá un escrutinio de costo-beneficio, es decir, que se realizará mediante una valoración económica en la potencial aplicación de las sanciones penales incluidas en los tipos penales patrimoniales que previó el legislador.

4.1 Confrontación de los años de prisión previstos para similares conductas respecto de otros códigos: en México

En el artículo 191 del Código Penal del Estado de Guanajuato, se establece la penalidad para delitos patrimoniales, que comienza de 2 a 6 meses y un

¹⁹⁴ En México existe un Código Penal por cada entidad federativa (31) y un Código Penal federal, sin perjuicio de diversas legislaciones federales que contemplan delitos.

con un máximo de 4 a 10 años de prisión, conforme a la referencia del valor del objeto del delito.

En dicha entidad federativa, resalta la inclusión de 5 niveles de sanción, desde 2 meses y hasta 10 años de prisión; también existe una graduación del objeto del delito hasta 800 unidades de actualización (similar al salario mínimo) como se aprecia en la siguiente tabla.

Código Penal Guanajuato	
Penalidad	Objeto del delito
2 a 6 meses	20 unidades¹⁰⁵.
6 meses a 2 años	Entre 20 y 200 u.
2 a 4 años	Entre 200 y 400 u.
3 a 7 años	Entre 400 y 800 u.
4 a 10 años	Más de 800 u.

En Puebla, el artículo 374 del Código Penal del Estado, contempla también una mínima de 2 meses pero la máxima es mucho menor (7 años) y la condicionante del valor del delito se cifra a 300 salarios, como se observa en la tabla 8.

Código Penal Puebla	
Penalidad	Objeto del delito
2 a 6 meses	Hasta 30 salarios
6 meses a 2 años	30 a 100 s.
2 a 4 años	100 a 300 s.
3 a 7 años	Más de 300 s.

¹⁰⁵ Referencia simi al salario mínimo

En el artículo 235 del Código Penal del Estado de Jalisco, resalta que la penalidad máxima tiene un parámetro muy amplio de 3 a 10 años, mientras que la mínima es de 6 meses a 3 años.

Código Penal Jalisco	
Penalidad	Objeto del delito
6 meses a 3 años	Hasta 360 unidades.
2 a 6 años	Entre 360 y 1000 u.
3 a 10 años	Más de 1000 u.

Por su parte, Sinaloa prevé en el artículo 203 del Código Penal del Estado, una penalidad que mínima de 3 meses y una máxima de 8 años.

Código Penal Sinaloa	
Penalidad	Objeto del delito
3 meses a 2 años	Hasta 50 salarios
6 meses a 3 años	Entre 50 y 200 s.
1 a 6 años	Entre 250 y 750 s.
2 a 8 años	Más de 750 s.

En el Código Penal del Estado de Durango, artículo 196-, la penalidad más leve de 6 meses a 4 años puede alternarse con el pago de multa y la prisión invariable comienza de 2 a 6 años hasta 6 a 12 años, llegando la condicionante del objeto del delito hasta más de 3,500 salarios mínimos.

Tabla 11	
Código Penal Durango	
Penalidad	Objeto del delito
6 meses a 2 años o multa	Hasta 25 salarios
1 a 4 años o multa	Entre 25 y 90 s.
2 a 6 años	Entre 90 y 600 s.
4 a 8 años	Entre 600 y 3500 salarios.
6 a 12 años	Más de 3500 s.

Por su parte, el Código Penal del Estado de Zacatecas en su artículo 320, contempla la penalidad conforme a cuotas que constituyen un día de salario mínimo, comienza con 6 meses de prisión y llega hasta 12 años de prisión.

Tabla 12	
Código Penal Zacatecas	
Penalidad	Objeto del delito
6 meses a 2 años	Hasta 100 cuotas
2 a 4 años	Entre 100 y 300 c.
3 a 6 años	Entre 300 y 500 c.
4 a 12 años	Más de 600 c.

A manera de síntesis, en la siguiente tabla puede cotejarse, conforme a la cuantía patrimonial del objeto del delito, cómo se sancionaría en Nayarit y cómo se sancionaría en las demás entidades federativas de la región occidente de México

Las penalidades resaltadas no encuentran un balance respecto de las demás (salario mínimo actualizado a 2016).

Cuente Patrimonial	Nayarit	Guerrero	Puebla	Jalisco	Sinaloa	Durango	Zacatecas
Hasta 7,300.00	3 meses a 2 años de prisión	2 meses a 2 años de prisión	2 meses a 2 años de prisión	6 meses a 3 años	3 meses a 3 años	6 meses a 8 años	6 meses a 2 años
De \$7,301.00 a \$38,500.00	2 a 4 años de prisión	6 meses a 7 años	2 a 4 años de prisión	2 a 6 años de prisión	6 meses a 8 años	2 a 6 años	2 a 6 años
De \$38,501.00 a \$46,000.00	4 a 10 años de prisión	3 a 10 años	3 a 7 años	3 a 10 años	1 a 8 años	2 a 12 años	3 a 12 años
Más de \$46,000.00	5 a 13 años de prisión 6 a 12 años de prisión*Abuso de confianza	4 a 10 años	3 a 7 años	3 a 10 años	2 a 8 años	5 a 12 años	4 a 12 años

De esta tabla, pueden resaltarse las siguientes conjeturas.

Nayarit tiene de las penalidades mínimas más bajas porque comienza con 3 meses, mientras que en la mayoría es el doble, es decir 6 meses.

En el segundo nivel sobre la cuantía del objeto del delito, Nayarit tiene la penalidad mínima prácticamente al igual que todos los Estados y la máxima es de la más bajas.

En el tercer nivel, Nayarit tiene la pena mínima más alta pero al igual que Jalisco se encuentra en la intermedia respecto de la máxima.

En el cuarto nivel, Nayarit comparte con Durango la penalidad más alta, sin embargo, este debe entenderse en el contexto que la mayoría del resto de las entidades no contempla ese cuarto nivel.

En consecuencia, no resulta evidente una desproporción estricta, pues el legislador en Nayarit, ha disminuido las penalidades respecto de las conductas

que atentan el patrimonio de particulares en cuantía baja, mientras que en aquellos de más valor monetario, ha implementado también un aumento en el parámetro de sanción.

Y en capítulos precedentes se abordaron las adversidades que genera realizar un escrutinio de proporcionalidad penal, con base únicamente a la confrontación de penas similares (esquema argumentativo utilizado por la Suprema Corte de la Nación en México), que pudiere traducirse en incrementar o disminuir sin mesura todas las sanciones y prevalecería la supuesta proporción.

Sin embargo, cuando se traslada el análisis a un plano cualitativo, las condiciones pueden variar y por ende los efectos también sufren modificaciones.

Aunque también es cierto, que un examen cualitativo puede generar posiciones subjetivas donde se conciban premisas equívocas, a partir de escalas de valor cuestionables.

Ocho de otra manera, resulta atrevido y cuestionable afirmar categóricamente, que el bien jurídico de la vida (en el delito de homicidio), es más valioso que la libertad (en el delito de secuestro) o que la libertad sexual de un menor (en el delito de violación).

De ahí que sea prácticamente imposible, elaborar una escala infalible, de bienes jurídicos conforme a su importancia, porque si bien existen algunos que evidentemente son más importantes que otros, también hay existen algunos, cuyos matices y particularidades pueden propiciar una intermitible discusión.

Por esto, no debe implicar que se deje de lado un estudio comparativo de penalidades de forma cualitativa, sino por el contrario, el reto consiste en localizar —e ser posible— una premisa bastante sólida, que permita llevar a cabo dicha comparación.

En palabras del Tribunal Constitucional Español, debe encontrarse “una pauta valorativa constitucionalmente indiscutible”.

En ese sentido, puede ser utilizado para cotejar la proporción en análisis, la penalidad de los delitos patrimoniales en perjuicio del Estado que cometen los servidores públicos.

4.4.2 Análisis estricto-cualitativo de la penalidad en delitos patrimoniales particulares confrontado a delitos en detrimento del erario público.

Si se toma en consideración, que las personas que cometen estos delitos, desempeñan un cargo que les confiere el Estado, ya sea por confianza del titular de alguno de los poderes, por concurso de oposición, por carrera, por votación o por sistema (como los legisladores de representación proporcional); invariablemente se está considerando al perfil de una persona -en teoría apta-, para desempeñar un cargo en beneficio de la sociedad.

Entonces, su correcto quehacer laboral, ayuda al crecimiento y desarrollo óptimo del Estado y por el contrario, su inadecuada función -distinto a los delitos patrimoniales particulares-, genera daño no exclusivo a un particular, sino a toda la comunidad.

Por tanto, es ineludible afirmar que cuando un servidor comete un delito de naturaleza patrimonial en perjuicio del erario público, el impacto o el daño ocasionado, no se limita a una persona, sino que afecta a todos y por tanto su importancia es mayúscula.

En esta lectura, es viable utilizar como premisa cualitativa, que los delitos en perjuicio del patrimonio del Estado, cometidos por servidores públicos merecen una penalidad mayor a aquellos cometidos entre particulares.

Ahora bien, dentro del Código Penal para el Estado de Nayarit, existen dos delitos viables para tal efecto: ejercicio indebido o abandono de funciones y peculado, porque éstos directamente ocasionan una afectación patrimonial pública y no particular.

Se deja fuera por su propia naturaleza, el delito de abuso de autoridad, intimidación y tortura. Misma suerte con el diverso de coalición de servidores públicos, porque tiene que ver con la suspensión de la administración pública, así como el cohecho, puesto que la entrega de dinero se hace voluntariamente para que se haga o deje de hacer una actividad pública.

Finalmente, la concusión tampoco encuadra, porque consiste en un detrimento patrimonial pero hacia un particular, mediante el cobro excesivo de alguna contribución pública; así como el tráfico de influencia que consiste en beneficiar con alguna resolución a otro, pero que no necesariamente implica un deterioro a la tesorería pública.

Establecido lo anterior, conforme al artículo 242 fracción VI del Código Penal para el Estado de Nayarit¹⁹⁶, en el delito de ejercicio indebido o abandono de funciones, cuando el valor patrimonial del objeto del antijurídico, no exceda a 700 salarios mínimos, merece una penalidad de 3 meses a 3 años de prisión; mientras que, en los delitos patrimoniales, la máxima puede llegar a ser, de más del triple, es decir, 10 años de prisión tal y como se expone en la tabla 14.

Asimismo, la media aritmética de la penalidad más severa para este delito, corresponde a 7 años, mientras que para los delitos patrimoniales corresponde a 9 años.

¹⁹⁶ Comete el delito de ejercicio indebido o abandono de funciones, el Servidor Público que: (...) VI. Teniendo conocimiento por razón de su empleo, cargo o comisión de que pueden resultar gravemente afectados el patrimonio o los intereses de alguna dependencia o entidad de la administración pública centralizada, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, asociaciones y sociedades asimiladas a éstas y fideicomisos públicos, del Congreso del Estado o del Poder Judicial Estatal, por cualquier acto u omisión no informe por escrito a su superior jerárquico o lo evite si está dentro de sus facultades.

Tabla 14

Cuantía Patrimonial	Penalidad Delitos patrimoniales entre particulares	Ejercicio indebido o abandono de funciones
Hasta 100 salarios mínimos	3 meses a 2 años de prisión	3 meses a 3 años de prisión
101 a 500 salarios mínimos	2 a 4 años de prisión	
501 a 2000 salarios mínimos	4 a 10 años de prisión	3 meses a 12 años de prisión
Más de 2001 salarios mínimos.	5 a 13 años de prisión 6 a 12 años de prisión	2 a 12 años de prisión

Por su parte, en los artículos 248 a 250 del mismo Código Penal, se regula al delito de peculado¹⁹⁷, que consiste en distraer de su objeto; dinero, valores, o cualquier otra cosa perteneciente al Estado.

En este antijurídico, no existe un tabulador respecto al valor del objeto del delito, sino que en forma general se sanciona de 1 a 9 años, es decir, su media aritmética es de 5 años y por tanto, un delito como éste, es considerado menos grave por el Código Penal, que un delito patrimonial.

Por tanto, como se aprecia en la Tabla 15, es más penado defraudar a un particular por cuarenta mil pesos que realizar un contrato ilegal de obra pública y desviar de su finalidad por una cantidad de cientos de millones de pesos.

¹⁹⁷ Comete el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público del estado, municipal o descentralizado, aun cuando sea en comisión por tiempo limitado y no tenga el carácter de funcionario, quien, para usos propios o ajenos, distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado o al Municipio, al organismo descentralizado a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa.

Tabla 15

Cuantía Patrimonial	Penalidad Delitos patrimoniales entre particulares	Peculado
Hasta \$7,300.00	3 meses a 2 años de prisión	1 a 9 años de prisión.
De \$7,301.00 a \$36,500.00	2 a 4 años de prisión	
De \$36,501.00 a \$146,000.00	4 a 10 años de prisión	
Más de \$146,000.00	5 a 13 años de prisión 6 a 12 años de prisión	

Conforme a todo lo anterior, resulta evidente una desproporción estricta, en cuanto al número de años de prisión que son utilizados como prisión para sancionar a las conductas antijurídicas aludidas.

En este punto cabe cuestionar ¿Los años de prisión para delitos patrimoniales son muy altos o los previstos para aquellos cometidos por servidores públicos son muy bajos?

Para dar respuesta, es imprescindible analizar la estructura de penalidad que en la actualidad se contempla para los delitos patrimoniales.

Como ya se ha expuesto, existen 4 niveles de sanción para aquellas conductas antijurídicas cuyo objeto el patrimonio de un particular: hasta 100 salarios mínimos, una penalidad de 3 meses a dos años de prisión; de 101 a 500 salarios, corresponde una penalidad de 2 a 4 años.

De 501 hasta 2000 salarios, penalidad de 4 a 10 años y finalmente más de 2000 salarios, penalidad de 5 a 13 o de 6 a 12 años de prisión.

Dicha escala o esquema de sanción penal, en apariencia sugiere que entre más costoso es el objeto del delito, mayor es la penalidad.

Pero, si la estricta justificación para elevar gradualmente el parámetro de la sanción penal, es atender el valor del objeto del delito patrimonial, es notable una incongruencia en la determinación del número de años de prisión, ya sea de exceso para las conductas criminales de menor cuantía o de mínima sanción para bienes monetariamente mayor valuados. ¿Cómo es eso posible?

Si se toma en consideración, que se comete un delito que merece la pena máxima posible respecto de cada uno de los niveles actuales, y esa sanción de días de prisión, se divide o promedia por cada salario mínimo objeto del delito, se obtiene el siguiente factor:

Tabla 16

Cuantía Patrimonial	Penalidad Máxima	Resultado de dividir los días de prisión entre los días de salario mínimo
Hasta 100 salarios mínimos	2 años de prisión	7.3 días de prisión por cada salario mínimo objeto de delito
Hasta 500 salarios mínimos	4 años de prisión	2.9 días de prisión por cada salario mínimo objeto de delito
Hasta 2000 salarios mínimos	10 años de prisión	1.8 días de prisión por cada salario mínimo objeto de delito
\$500,000.00 pesos equiparables a 6,849 salarios mínimos	13 años de prisión	0.6 días de prisión por cada salario mínimo objeto de delito

De la confronta arriba plasmada, se pone en evidencia que cometer un delito patrimonial de baja cuantía, es más penado que cometer uno de cuantía mayor, conforme al día de prisión que se castiga por cada salario mínimo objeto del antijurídico.

Lo anterior es así, porque en el primer nivel de penalidad, por cada salario mínimo objeto del delito, se imponen 7.3 días de prisión.

En el segundo nivel desciende a 2.9 días de prisión por cada salario mínimo.

En el tercer nivel, sigue la tendencia a la baja, con 1.8 días de prisión por salario mínimo y finalmente se toma como ejemplo, la cantidad de quinientos mil pesos para evidenciar, que de imponerse la máxima de 13 años de prisión, estaría cubriéndose 0.6 días de prisión por cada día de salario valuado el objeto del delito.

Por ejemplo, si se sancionara al primer nivel cuyo tope es de hasta 100 salarios, con el parámetro que actualmente sanciona, el cometer un delito por hasta 2000 salarios (1.8); en lugar de ser la máxima 2 años de prisión, *debería ser 180 días*.

En sentido contrario, si se sancionara al delito de quinientos mil pesos, conforme la proporción del tope de 100 salarios mínimos (7.3); la pena máxima en lugar de 13, *sería de 136 años*.

Sin lugar a duda que esto contraviene la última parte del primer párrafo del artículo 22 Constitucional, cuyo imperativo indica que "toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado", empero, aquí se muestra como entre "más se lesiona el bien" o entre "mayor cuantía", aunque sube su penalidad, no es proporcional.

4.4.3 El análisis de costo-beneficio de los años de prisión como sanción penal

Finalmente, aunque ya no es imprescindible para sostener la desproporcionalidad, cabe hacer una breve referencia al aspecto económico de los recursos públicos en la sanción penal de estos delitos.

De acuerdo con un artículo publicado por Forbes, donde se hace referencia a datos proporcionados por la investigadora del CIDE Dra. Catalina Pérez Correa, el

costo promedio de **mantenimiento** de cada interno en el sistema penitenciario nacional es de 213 pesos diarios¹⁹⁸.

Con base a ello, y comparado con los tipos penales patrimoniales que **conforme la cuantía del objeto del delito aumentan la penalidad**, resulta la siguiente tabla.

Cuantía Patrimonial del Delito	Gasto por prisión
Hasta \$7,304 pesos	Desde \$19,170 a \$153,360 pesos
Hasta \$36,520 pesos	Desde \$153,360 a \$306,720 pesos
Hasta \$146,080 pesos	De \$306,720 a \$766,800 pesos
Más de \$146,080 pesos	De \$383,400 a \$996,840 pesos
	De \$460,080 a \$920,160 pesos (abuso de confianza)

En el primer nivel de cuantía, se invierte sólo en prisión desde poco más del doble del valor del objeto del delito hasta 20 veces más.

Es el segundo nivel, se invierte desde 4 veces lo valorado el objeto del delito hasta 8 veces. El siguiente, desde más del doble hasta más de cinco veces. El último se invierte hasta más de 6 veces el valor del objeto del delito.

¹⁹⁸ De la Rosa, Carlos y Moreno Rodas, Mireya, *Encarcelar nos cuesta muy caro*, Forbes México página web oficial, Economía y Finanzas, 9 noviembre de 2015, consultado por última vez el día 16 de marzo de 2017, disponible en formato digital en: http://www.forbes.com.mx/encarcelar-nos-cuesta-muy-carof/gs_Z_ranHg

Además, cabe precisar que, en este cálculo, no se encuentran los gastos de integración de averiguaciones previas o carpetas de investigación, así como la erogación de recursos para llevar a cabo el proceso judicial.

Con esta inversión que hace el Estado para cumplir con los fines de la pena que en teoría y a la letra de la ley, son "la reinserción del sentenciado y evitar la reincidencia delictiva". ¿Se cumple dicho fin? ¿Se eroga en exceso o se necesita más inversión para tal efecto? ¿Debe cambiarse el fin o cambiarse el medio?

CONCLUSIONES

Primera. Se verificó la hipótesis de investigación, al comprobarse que la penalidad prevista en los delitos patrimoniales del Código Penal para el Estado de Nayarit, contraviene el principio de proporcionalidad previsto en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque el parámetro de años de prisión conforme la importancia del bien jurídico (patrimonio particular) resultó excesivamente elevado; y la estructura de 4 niveles de penalidad condicionado al valor que en salarios mínimos tiene el objeto del delito también es incongruente y desproporcionado en sentido estricto.

Segunda. Se ha determinado que en los Estados Unidos Mexicanos el objetivo de las penas que constitucionalmente se encuentra previsto en los artículos 18 y 22, corresponde a lo que doctrinalmente se denomina prevención especial positiva, es decir, lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, a través de una sanción que sea proporcional conforme al bien jurídico afectado.

Tercera. Fue comprobado, que el principio de proporcionalidad con sus elementos de idoneidad, necesidad y proporción estricta; representa el esquema argumentativo más integral y protector de los derechos humanos para efecto de analizar las penalidades, porque en él se estudia desde la subsidiariedad y la intervención mínima del derecho penal, la teleología constitucional de la pena, la elección de la sanción menos lesiva y hasta la intensidad de la misma.

Cuarta. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de su Primera Sala, ha interpretado de manera restrictiva el principio de proporcionalidad penal previsto en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puesto que se ha limitado a establecer que sólo puede y debe analizarse, lo que teóricamente se conoce como proporción estricta, que se traduce a un ejercicio comparativo de balance en el número de años de prisión contemplados en delitos similares. Esto contrasta con jurisprudencia de otras naciones como Alemania, España y Colombia; que a pesar de prescindir

textualmente dicho principio en su máximo ordenamiento, si ponderan la constitucionalidad de las penas de manera de forma más amplia e integral, al incluir en sus sentencias los elementos de idoneidad, necesidad y estricta proporción de penas.

Quinta. No obstante que en Tepic, Nayarit, se tiene a la segunda cárcel con mayor hacinamiento a nivel nacional y que los delitos con mayor incidencia delictiva son los de carácter patrimonial; las recomendaciones y compromisos internacionales sobre la alternancia del uso de la prisión como pena, no se ha traducido en el Código Penal para el Estado de Nayarit, ya que de las catorce opciones previstas en el artículo 49 (reclusión domiciliaria, trabajo a favor de la comunidad, entre otras) prevalece la privación de la libertad en el 100% de los delitos patrimoniales. Situación que también se debe a la falta de estructura gubernamental que pudiera hacer materialmente posible la aplicación de sanciones diferentes, de manera que resulta imprescindible adecuar el sistema de penas a efecto de que sean más accesibles a los medios alternos de solución de conflictos, y que a su vez, en caso de ocurrir una sentencia judicial, se imponga una sanción penal proporcional, porque actualmente, se sanciona con más años de cárcel a un particular que comete el delito de robo o fraude por \$200,000.00 (doscientos mil pesos 00/100 m.n.) que un servidor público que actualiza el delito de peculado por 500,000,000.00 (quinientos millones de pesos 00/100 m.n.)

PROPUESTAS

Primera. Debe reformarse el artículo 380 del Código Penal para el Estado de Nayarit con el objetivo de reestructurar el sistema que regula las penalidades de los delitos patrimoniales, con el objetivo de establecer de manera uniforme dos días de prisión por cada salario mínimo en que se hubiere valorado el objeto del delito, y quedar de la siguiente forma:

Cuantía Patrimonial	Penalidad
Hasta 100 salarios mínimos	3 meses a 6 meses de prisión
101 a 500 salarios mínimos	6 meses a 3 años de prisión
501 a 1000 salarios mínimos	3 a 5 años de prisión
Más de 1000 salarios mínimos	5 a 10 años de prisión

De esta manera, en los tres primeros niveles, podrá evitarse la judicialización mediante el criterio de oportunidad ministerial y los acuerdos reparatorios; a su vez, es viable la suspensión condicional del proceso y en caso de sentencia, podrá conmutarse en fase de ejecución; todo esto a fin de privilegiar la reparación del daño y disminuir el uso de las prisiones. También, de forma exclusiva se deja un cuarto nivel para sancionar aquellos delitos patrimoniales de cuantía superior a mil salarios mínimos (mayor afectación al bien jurídico patrimonial), en los que no serían aplicables los medios alternos, a excepción de los acuerdos reparatorios, razón por la cual se cifra de cinco a diez años de prisión, que en fase de ejecución no serían susceptibles de conmutar.

Segunda. Es imprescindible que se abandone el criterio utilizado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde se sostiene que la orden constitucional de proporcionalidad de la pena, se limita a lo que doctrinalmente se denomina estricta proporción y que por ello, sólo es realizable un escrutinio respecto de niveles ordinales de la pena, donde únicamente se confronte el número de años de prisión de un delito respecto de figuras similares. En su lugar, acorde con lo establecido en la intención del constituyente y como se aplica en diversas partes del mundo, es imperante generar nuevos precedentes y en su caso jurisprudencia, que incluya el análisis de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporción estricta de la pena, a efecto garantizar una impartición de justicia integral y efectiva.

FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, España, Edersa, 1999.
- ALEXY, Robert, "La fórmula del peso", trad. de Carlos Bernal Pulido en Carbonell Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 3ª reimp., trad. de Ernesto Garzón Valdéz, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, colección El derecho y la Justicia.
- AMUCHATEGUI REQUENA, Griselda, *Derecho Penal*, 3a. ed., México, Oxford, 2010.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, "El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad (Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces)", en Carbonell Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, IJ-UNAM, 2008.
- BERCHERLMAN ARIZPE, Antonio, *Derecho Penal Mexicano*, México, Porrúa, 2004.
- BERNAL CASTRO, Carlos Andrés, *Bienes jurídicos o protección de la vigencia de normas: una lectura desde la historia social del derecho penal*, Colombia, Universidad Católica de Colombia, 2013.
- BONESANA, CESARE, *Tratado de los delitos y las penas*, 18ª ed., México, Porrúa, 2010.
- CARBONELL, MIGUEL, 2a. reimp., *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2014.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVÉS ANTÓN, Tomás S., *Derecho Penal Parte General*, 5a. ed., España, Tirant Lo Blanch, 1984.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, "¿Empieza el tribunal constitucional el test de proporcionalidad? 128 sentencias del Tribunal Constitucional en la perspectiva de

- la jurisprudencia constitucional alemana, de la Cámara de los Lores y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 12, número 1, 2014.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *El principio de proporcionalidad penal*, España, Tirant lo Blanch, 2007.
- DÍAZ ARANDA, Enrique, *Derecho penal parte general*, 1a. reimp., 3ª ed. México, Porrúa, 2012.
- DÍEZ GARGARI, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la suprema corte”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 23, enero-junio 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, 10a. ed., Madrid, Trotta, 2011.
- FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Derecho penal parte general*, trad. de Luis Fernando Niño, Colombia, Temis, 2006.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal parte general*, Chile, Jurídica, 1997.
- GUASTINI Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001.
- HARTWIG, Matthias, “La proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional federal de Alemania”, en von Bogdandy Armin *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM- Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Max Planck, 2010, t. I.
- HEGEL, Friedrich, *Filosofía del derecho*, 5a. ed., trad. de Angélica Mendoza de Montero, Argentina, Claridad, 1968.
- HUBER, Rudolf (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, trad. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo, México, Angel, 2014.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *La estructura normativa del delito*, México, Flores, 2014.
- KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, 4a. ed., trad. de Adela Cortina

- Orts y Jesús Conill Sancho, España, Tecnos, 2008.
- LESCH H., Heiko, *La función de la pena*, trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, España, Dykinson, 1999.
- LONDOÑO AYALA, César Augusto, *Principio de proporcionalidad en el derecho procesal penal*, Colombia, Nueva Jurídica, 2012.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia y ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*, Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, 2010.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia, "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales", en Carbonell Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 269 y 270.
- MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 7a. ed., México, Porrúa, 2010.
- MIR PUIG, Santiago, "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal" en *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, México, Tirant lo Blanch, 2012.
- MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2a. ed., España, Bosch, 1982.
- MORENO MELO, Manuel, *Principios constitucionales de derecho penal*, México, Ubjus, 2015.
- POLAINO NAVARRATE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, 2a. ed., México, Porrúa, 2010.
- ROXIN, Claus, "Cambios en la teoría de los fines de la pena", *Lineamientos prácticos de teoría del delito y proceso penal acusatorio*, México, 2014.
- ROXIN, Claus, "Sentido y límites de la pena estatal", trad. de Diego Manuel Luzón Peña, *Problemas básicos del derecho penal*, España, Reus, 1976, pp. 11-36.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, 2007.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad como principios limitadores del poder punitivo*, México, Ubjus, 2011.
- VILLASEÑOR, GOYZUETA, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites de los*

derechos fundamentales: Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana, México, Porrúa, 2011.

VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*, 2a. ed., España, Tirant lo Blanch, 2011.

WELZEL, Hanz, *Derecho penal parte general*, trad. de Carlos Fontán Balestra, Argentina, Roque Depalma, 1986.

WOLF, Paul, "Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena", en Bustos Ramírez, Juan (dir.), *Prevención y teoría de la pena*, Chile, Conosur Ltda., 1995.

CONSULTAS EN INTERNET

DE LA ROSA, Carlos y MORENO RODAS, Mireya. *Encarcelar nos cuesta muy caro*. Forbes México página web oficial, Economía y Finanzas, 9 noviembre de 2015, consultado por última vez el día 16 de marzo de 2017, disponible en formato digital en: http://www.forbes.com.mx/encarcelar-nos-cuesta-muy-carol#gs.Z_ronHg

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, consultado por última vez el día 16 de marzo de 2017, disponible en formato digital en: <http://dle.rae.es>

INCIDENCIA DELICTIVA NAYARIT, Organización "Causa en común", incidencia años 2012, 2013, 2014 y 2015, consultada por última vez el día 16 de marzo de 2017, disponible en formato digital en: <http://causaencomun.org.mx/programas/policia/incidencia-delictiva-nayarit/>

REVISTAS

BARBERO SANTOS, Marino, "Estado constitucional de derecho y sistema penal", *Direito e Cidadania*, Praia, año IV, núm. 10-11, 2000-2001.

DE LA BARREDA, Luis "Punibilidad, punición y pena de los sustitutivos penales", en Piña y Palacios, Manuel (coord.), *Memoria del primer congreso mexicano de derecho penal (1981)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie G, núm 68, 1982, pp. 63-91.

JAKOBS, Günther, "Sobre la teoría de la pena", trad. de Manuel Cancio Meliá, *Cuadernos de Conferencias y Artículos Universidad Externado*, Colombia, núm. 16, agosto 1998.

LA TORRE, Massimo, "Constitucionalismo de los Antiguos y de los Modernos.

Constitución y «estado de excepción». *Revista Res Pública Universidad de Murcia*, España, núm. 23, 2010, pp. 17-35, consultada por última vez el día 16 de marzo de 2017, disponible en formato digital en: <http://revistas.um.es/respublica/article/viewFile/136051/123931>.

DOCUMENTOS OFICIALES

- CONGRESO DE LA UNIÓN, *Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (proceso legislativo)*, Cuaderno de apoyo del Centro de documentación, información y análisis de la Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información de la Secretaría de Servicios Parlamentarios México, 2008.
- COMISIÓN NACIONAL DE SEGURIDAD, *Cuaderno mensual (julio) de información estadística penitenciaria nacional*, México, 2015.
- COMISIÓN NACIONAL DE SEGURIDAD, *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública, y Sistema Penitenciario Estatales*, México, 2015
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *La sobrepoblación en los centros penitenciarios de la República Mexicana (Análisis y pronunciamiento oficial)*, México, 2015.
- GOBIERNO DEL ESTADO DE NAYARIT, *Tercer Informe de Gobierno*, "Rubro de Gobernabilidad", 2015.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Juan E. Méndez, 29 de diciembre de 2014 (A/HRC/28/68/Add.3).
- PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE NAYARIT, *Anuario Estadístico Judicial 2015-2016*, México.

JURISPRUDENCIA MEXICANA

- 1a. CCXII/2011 (9a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 1, Libro II, noviembre de 2011, p. 194, registro 160710.
- 1a. CCCIX/2014 (10a.), 1a. CCCX/2014 (10a.) y 1a. CCCXI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, Libro 10, septiembre de 2014, pp. 589-591.
- 1a./J. 3/2012 (9a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 1, Libro V, febrero de 2012, p. 503, registro 160280.

- 1a. LII/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo II, Libro 15, febrero 2015, p. 1407, registro 2008415.
- 1a. LII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo II, Libro 15, febrero 2015, p. 1407, registro 2008415.
- 1a. XCIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, Libro 4, marzo de 2014, p. 537, registro 2005806.
- Tesis (V Región) 5o.13 P., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo III, Libro 6, mayo de 2014, p. 2035, registro 2006572.
- Tesis 1a./J. 134/2012. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, Libro XIX, abril de 2013, p. 587, registro 2003430.
- Tesis 1a. XCVII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, Junio de 2011, p. 175, registro 161761.
- Tesis 1a. CCCXI/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, Libro 10, septiembre de 2014, p. 591, registro 2007343.
- Tesis II.3o.P.40 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo IV, Libro 12, noviembre de 2014, p. 3028, registro 2007963.
- Tesis VI.1o.P.19 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo II, Libro 4, Marzo de 2014, p. 1939, registro 2005914.
- Tesis VII.2o.P.46 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIV, diciembre de 2006, p. 1321, registro 173790.
- Tesis XXVII.3o. J/5, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo IV, Libro 12, noviembre de 2014, p. 2711, registro 2007869.
- II.2o.1 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo III, Libro 15, febrero 2015, p. 2525, registro 2008527.
- VI.2o. J/146, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo VIII, Septiembre de 1998, Tomo VIII, septiembre 1998, p. 1075, registro 195576.