

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NAYARIT
UNIDAD ACADÉMICA DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PENAL



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT



SISTEMA DE BIBLIOTECAS

TÍTULO:

**"ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL
CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE NAYARIT"**

Que presenta:

ADRIAN SAID BAÑUELOS RODRIGUEZ

Para optar el grado de maestro en Derecho

DIRECTORA: IRINA GRACIELA CERVANTES BRAVO.

Tepic, Nayarit.

INTRODUCCIÓN

El Derecho penal es parte fundamental en la vida del hombre prácticamente en todos sus ámbitos (tanto personal como social), ya que es el tutor de sus bienes jurídicos más importantes, además de ser ese instrumento invaluable dentro de un Estado democrático de Derecho, al garantizar la seguridad social frente a los actos de delincuencia más violentos y peligrosos, pero ponderando siempre y teniendo como límite los principios fundamentales de Derecho penal y los Derechos humanos. De esta manera, el Derecho penal es diferente a otras ramas del Derecho, ya que en él se deposita la respuesta más violenta de todo nuestro ordenamiento legal a través de "las penas"; y precisamente estas son el objeto principal del presente trabajo, especialmente en el análisis y responsabilidad que conlleva su fijación, toda vez que su imposición puede ser benéfica, pero de igual forma puede ser igual o más nociva para el hombre como para la sociedad, ya que solamente pueden ser justificadas como un mal necesario, cuando se solucionan otros males más nocivos que el ocasionado por las propias penas.

En nuestros días, existe poca información sobre la determinación legislativa que conlleva al congresista a establecer una pena a determinado delito o en su caso elevarla, no obstante, que nuestra Constitución Política en su artículo 18º, como en múltiples Tratados e Instrumentos internacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, Reglas de Tokio, etc.), determinan que nuestro sistema penal se basara principalmente en la 'Reinserción Social'; por ello toma relevancia su estudio, fundado en la realidad social y penitenciaria que atraviesa nuestro Estado, regido por disposiciones totalmente contradictorias a los fines de las penas, los cual abordaremos en el presente estudio.

La delincuencia como razón previa, es la que nos conlleva a querer descubrir este fenómeno social que ha existido en todo el mundo y todas las

épocas y por lo mismo ha hecho indispensable la reacción humana para combatir estos actos que alteran el orden social, como lo expresa Castillo Soberanes "el hombre ha aprendido a vivir y convivir, construyendo aparatos y estructuras acordes a sus necesidades, clanes, tribus, congregaciones, estamentos, imperios, monarquías, Estados"¹. Por ello, es con la aparición de las estructuras estatales que a través del poder político se enfrenta a aquellos que alteran la paz y al mismo tiempo se pretende evitar la justicia de propia mano, lo cual es solamente posible por medio de las penas estatales, es decir, la facultad del *ius puniendi* del Estado. Sin embargo, el *ius puniendi* del Estado debe ser contrarrestado para evitar cualquier abuso de poder, por ello, el concepto de "pena" desde la época de la ilustración está sujeto al principio de legalidad penal, el más grande avance hecho para limitar el poder estatal, definido por el axioma de "Nullum Crimen, Nulla poena, sine lege".

Un Estado Democrático de Derecho se construye desde la configuración de la ley penal a cargo del legislador, ya que si bien las penas no dejan de ser medidas para contrarrestar el mal de la delincuencia, tampoco deben ser usadas de manera indiscriminada o para beneficios que no sean los de toda la comunidad. En este sentido, la proporcionalidad que debe de existir entre el hecho delictivo y la severidad de la pena debe de ser lo más necesaria posible, acatando los principios constitucionales y convencionales de reinserción y rehabilitación social, objetivo principal de la norma penal y del Estado. Estos fines de la norma penal han sido estudiados desde clásicos como *Beccaria* en su obra denominada 'De los delitos y las penas' en donde ya refería que "la pena proporcional a la culpabilidad es la única pena útil"²; así como *Lardizabal* y *Uribe* quien apreciaba que "triumfa la libertad, cuando las leyes criminales sacan las penas que impone de la naturaleza particular de cada delito, porque entonces cesa todo arbitrio, y la pena no se deriva de la voluntad, o del capricho del legislador, sino de la naturaleza de la misma cosa, y así no es el hombre el que

¹ CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel; *El mundo Penal y el poder del Estado. Breve ensayo sobre criminología, política y dogmática jurídica penal*, tomo II. Ed. UNAM, México, 1998, pág. 891.

² BECCARIA, Cesare; *De los Delitos y las Penas*. Estudio Introductorio de Sergio García Ramírez. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pág. 58.

hace violencia al hombre, cuando se le castiga, sino sus mismas actuaciones"³. No obstante de dichas precisiones y a pesar de los siglos de diferencia entre los primeros postulados sobre la proporcionalidad de la pena, aun en nuestros días seguimos clamando penas justas y proporcionales, así como el respeto a principios fundamentales de Derecho penal, garantizando con ello el respeto a los Derechos humanos y la Dignidad humana.

La situación criminal de nuestro Estado, nos conlleva a analizar hasta que nivel son responsables las decisiones legislativas en política criminal, donde la tendencia genera se encuentra encaminada al aumento de la represión social, mediante el incremento de penas y creación de nuevos tipos penales, ello bajo una técnica legislativa populista y errónea, derivada de una presión social causada por el incremento delincencial, pero no justificable dentro de una técnica legislativa eficiente, ya que esta tendencia contrae un sinfín de contradicciones, incertidumbre e inconvenientes dentro de nuestro ordenamiento penal. La represión social a causa de estas políticas penales y su continuo fracaso en su objetivo de seguridad social, conlleva a muchos más perjuicios que beneficios para la colectividad, tal y como lo explicaremos en el desarrollo del presente trabajo.

La aplicación del Derecho penal por su importancia es visto por los tres poderes del Estado: Legislativo, Judicial y Ejecutivo, a quienes corresponde en el mismo orden: la punibilidad, punición y pena respectivamente. Cada uno de ellos plantea principios y fines particulares. Sin embargo, la fase legislativa detenta una importancia infinita sobre el futuro de las otras dos, pues en esta instancia es donde surgen las bases y directrices que regirán las dos posteriores. Pero a pesar de esta marcada responsabilidad, la determinación legislativa y su dirección particularmente en lo respectivo a la proporcionalidad de las penas, ha sido abordada de manera muy superficial y en atención a intereses políticos, olvidando incluso la esencia del Derecho penal como lo es su función de brindar

³ LARDIZABAL Y URIBE, Manuel de; *Discurso de las Penas*. Ed. Porrúa, México, 1982, pág. 35.

seguridad social y de los fines de la pena como la reinserción social del inculpaado y la prevención del delito.

La punibilidad al ser la advertencia de la pena, se encuentra a un nivel puramente normativo, pero posteriormente contrae varios contratiempos, comenzando por la proporción entre la pena y el daño causado al bien jurídico protegido, así como la poca claridad en qué tipo de prevención se busca lograr con la pena impuesta (prevención general positiva o negativa), lo anterior fundado en el uso indiscriminado de la pena de prisión, convirtiendo la pena en simple venganza, violando consecuentemente principios constitucionales y convencionales de Derecho penal. La protección indiscriminada de bienes jurídicos intrascendentes para el Derecho penal, crea una reacción desproporcionada del Estado, ocasionado figuras penales más violentas como un derecho penal de excepción o "*Derecho Penal del Enemigo*", como lo abordaremos en el presente estudio.

Para el desarrollo sistemático del presente trabajo, en el primer capítulo analizaremos la conceptualización y principios rectores del Derecho penal. En la noción objetiva de Derecho penal analizaremos el delito y la pena como elementos fundamentales de la Norma penal, y a partir de ahí comenzaremos a desglosar particularmente a las penas, como objeto de estudio del presente trabajo. Asimismo, en la noción subjetiva de Derecho penal atenderemos los límites del *ius puniendi* del Estado, formales y materiales, de los cuales se desprende una serie de principios garantistas dentro de los cuales se encuentra el *principio de proporcionalidad de la pena*, punto medular para lograr comprender la función de las penas dentro del Derecho penal y su impacto dentro de la sociedad.

En el segundo capítulo estudiaremos el sistema de justicia penal en México, en donde describiremos desde su función como control social institucionalizado, su régimen y realidad actual. Asimismo, se analizarán las decisiones legislativas de política criminal y su impacto social, tratando de cerrar

esa brecha que distancia entre la falsa proclamación de que la "praxis" judicial es una cosa y la "teoría" es otra, ya que estas determinaciones deben basarse en una fuente científica y confiable del Derecho penal. Del mismo modo abordaremos los tratados internacionales de los que México forma parte en el tema de la "Pena", concluyéndolo con el estudio del Derecho Penal del Enemigo como consecuencia de las violaciones constantes a los derechos humanos y a los principios rectores del Derecho penal, establecidos por la propia Constitución y en dichos tratados internacionales.

En el tercer capítulo, nos abordaremos concretamente al estudio particular del *principio de proporcionalidad de la pena*, definiendo cada uno de los elementos que lo conforman y la serie de principios insertos en él. Así como, los exámenes de Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad en Estricto Sentido, como filtro de evaluación para aplicar y garantizar la debida proporcionalidad entre la pena y el mal causado al bien jurídico protegido.

Por último, en el cuarto capítulo analizaremos puntualmente el Código Penal para el Estado de Nayarit, sus delitos en particular y su punibilidad, para determinar si cumple con los elementos básicos impuestos por el principio de proporcionalidad de la pena, y si su contenido transgrede este principio de Derecho penal. Aplicaremos los estudios doctrinales y normativos analizados en los tres capítulos precedentes, lo cual nos ayudara a concluir la afirmación o refutación de la hipótesis planteada en el presente trabajo y las propuestas afines a este resultado.

Nuestra hipótesis consiste en que la determinación cuantitativa y cualitativa de la punibilidad de los delitos en el Código Penal para el Estado de Nayarit, requiere un enfoque jurídico penal y pblítico criminal eficiente y garante, que atienda al principio de proporcionalidad de la pena, en específico en los delitos de: Portación de arma prohibida, Asociación Delictuosa, Delito de

Pandilla, Delito de Tránsito por conductores en Estado de Ebriedad, Desobediencia y Resistencia de Particulares, Ultrajes a Insignias Públicas, Ultrajes a la Moral Pública o a las Buenas Costumbres e Incitación a la Prostitución, Provocación de un Delito y Apología de este o de Algún Vicio, Revelación de Secretos, Delitos cometidos en la custodia de documentos, Delitos de Abogados, Patronos y Litigantes, Uso indebido de Condecoraciones, Insignias, Distintivo o Uniformes, Bigamia, Incesto, Abandono de familiares, Golpes simples, Injurias, Difamación, Calumnia, Lesiones leves, Disparo de arma de fuego y ataque peligroso, Aborto, Abuso de confianza, Fraude, Administración Fraudulenta, Usura y Daño en Propiedad Ajena.

Consideramos que el aumento de las penas privativas de libertad no funciona para prevenir el delito, ni responde en su función social de defenderla contra los ataques criminales más frecuentes, por consiguiente, es necesario que se atienda la desproporcionalidad de las penas en nuestro código penal, toda vez que la función legislativa en nuestro Estado y la línea de la política criminal que utiliza, no atiende al principio de proporcionalidad de la pena, ni a otros principios constitucionales y convencionales de Derecho penal.

En la presente investigación se empleo el método histórico, el cual permitió estudiar a través del tiempo la evolución del Derecho penal y consecuentemente de la pena, para comprender y explicar de mejor manera su finalidad y función dentro de la sociedad. Otro de los métodos utilizados en el presente fue el fenomenológico, que fue necesario en la investigación para dar cuenta cabal de lo que es el Derecho penal por una parte, y por otra lo que en realidad pasa con el Derecho penal, ya que actualmente es una ciencia positiva en crisis por el vago conocimiento y la utilización que le emplea el legislador en su ejecución.

Fue necesario acudir al método inductivo, para a través de la norma penal, buscar el objeto real del Derecho Penal, es decir, revelar los principios generales de Derecho penal inmersos en la norma, y comprender en la esfera del Derecho

positivo las garantías y Derechos que conlleva cada principio. De igual forma fue necesario acudir al método deductivo, el cual fue empleado para el estudio del caso particular de Derecho penal, estudiarlo de manera compleja y llegar al particular análisis de la pena y en esa misma línea al estudio del principio de proporcionalidad de pena y su implementación en el Código Penal para el Estado de Nayarit y su impacto en nuestra sociedad.

Por último, utilizamos el método sistemático para clasificar la formación y agrupar los tipos de delitos objeto de nuestro estudio y comprobar la desproporcionalidad de las penas en el Código Penal del Estado.

INDICE

CAPITULO PRIMERO

ELEMENTOS GENERALES DEL DERECHO PENAL

1.1. Introducción.....	15
1.2. Conceptualización del derecho penal.....	17
1.2.1. Noción objetiva del derecho penal.....	20
1.2.1.1. Delito y pena como elementos de la norma penal.....	21
1.2.1.2. Teorías acerca de la pena.....	24
1.2.1.3. Fin de la pena en nuestro sistema de justicia penal.....	29
1.2.2. Noción subjetiva del derecho penal.....	31
1.2.2.1. Límites al ejercicio del <i>ius puniendi</i>	33
1.2.2.2. Límites formales del <i>ius puniendi</i>	34
1.2.2.3. Límites materiales del <i>ius puniendi</i>	35

CAPITULO SEGUNDO

EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO

2.1. El derecho penal como sistema de control social.....	41
2.2. Sistema de justicia penal como control social institucionalizado.....	44
2.3. Sistema de justicia penal en México.....	45
2.4. Política criminal en México.....	46
2.4.1. Dogmática jurídica penal y política criminal.....	49
2.5. Los derechos humanos como límite al sistema penal en México.....	52
2.6. Principio de proporcionalidad de la pena en los tratados Internacionales.....	54
2.7. Política Criminal y Derecho Penal del Enemigo.....	59

CAPITULO TERCERO

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL PRINCIPIO PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

3.1. Concepto de Principio.....	65
3.2. Concepto de proporcionalidad.....	66
3.3. Antecedentes del principio de proporcionalidad de la pena.....	66
3.4. Principio de proporcionalidad de la pena.....	69
3.5. Fundamento constitucional del principio de proporcionalidad.....	72
3.6. Elementos del principio de proporcionalidad.....	73
3.6.1. Juicio de idoneidad.....	74
3.6.2. Juicio de necesidad.....	78
3.6.3. Juicio de proporcionalidad en estricto sentido.....	82

CAPITULO CUARTO

INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE NAYARIT

4.1. Las penas que contiene el código penal de Nayarit y su análisis bajo el principio de proporcionalidad de la pena.....	87
4.1.1. Prisión.....	88
4.1.2. Sustitutivos de prisión.....	90
4.1.3. Penas pecuniarias.....	91
4.1.4. Suspensión, privación e inhabilitación de derechos.....	93
4.1.5. La amonestación.....	95
4.1.6. Publicación especial de sentencia.....	96
4.2. Individualización de la pena.....	97
4.3. Análisis de los delitos en particular bajo el principio de Proporcionalidad de la pena en el Código Penal para el Estado de Nayarit.....	100

4.3.1. Crítica al código penal de Nayarit en cuanto al test de necesidad del principio de proporcionalidad de la pena.....	108
4.3.2. Crítica al código penal de Nayarit en cuanto al test de idoneidad del principio de proporcionalidad de la pena	139
4.3.2.1. La prisión preventiva como regla y no como excepción en el Código Penal para el Estado de Nayarit.....	140
4.3.3. Crítica al código penal de Nayarit en cuanto al test de proporcionalidad en estricto sentido del principio de proporcionalidad de la pena.....	144
CONCLUSIONES.....	155
PROPUESTAS.....	157
FUENTES DE CONSULTA.....	159

CAPITULO PRIMERO

ELEMENTOS GENERALES DEL DERECHO PENAL

1.1. Introducción

Hablar de Derecho penal necesariamente es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el derecho penal (robo, asesinato, violación); violenta es también la forma en que el derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamiento psiquiátrico, suspensiones e inhabilitaciones de derechos, etc.). El mundo está preñado de violencia y no es, por tanto, exagerado decir que esta violencia constituye un ingrediente básico de todas las instituciones que rigen este mundo. También el derecho penal⁴.

La violencia está ahí, a la vista de todos y practicada por todos, por los que delinquen y por los que sancionan la delincuencia, por el individuo y por el Estado, por los pobres y por los ricos; pero no toda la violencia es siempre juzgada o valorada por igual. Ciertamente no es lo mismo matar para comer que matar para que otros no coman, pero la violencia no siempre aparece en las relaciones humanas de una manera tan simple, sino que adopta modos y formas de expresión mucho más complejas y sutiles.

El Derecho penal, tanto en los casos que sanciona, como en la forma de sancionarlos, es pues, violencia, pero no toda violencia es Derecho penal. La violencia es una característica de todas las instituciones sociales creadas para la defensa o protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimos. La violencia es por lo tanto, consustancial a todo sistema de control social. Pero debe aclararse que el Derecho penal no es todo el control social, ni siquiera su parte más importante, sino solo la superficie visible de un iceberg, en donde lo que no se ve, es quizás lo que realmente importa. En base a esto podemos deducir, que si bien la violencia existe en todo el mundo, la respuesta de cada

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes; *Derecho Penal -Parte General- Quinta Edición*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia España, 2004, pág. 29.

Estado lo es a través de Derecho penal; sin embargo, no en todos los países se utiliza de la misma manera, lo que quizás explique porque en algunos lugares funcione y sea un mecanismo de control social eficiente y porque en otros el Derecho penal no sea la respuesta eficaz contra la violencia, ni cumpla con su función constitucional.

El recurso que emplea el Estado para advertir y sancionar el Delito son las penas, pero también es el recurso más nocivo para la Libertad humana y Derechos del ciudadano, sobre todo la pena de prisión. Al lado de las penas se encuentran las medias de seguridad, que se aplican al inimputable que delinque, y estas son reacciones restrictivas de algunos derechos que se aplican como consecuencia de la peligrosidad del criminal. Con esto, el Derecho penal logra que los ciudadanos ajusten su comportamiento a ciertas reglas de conducta, protegiendo los intereses fundamentales para la convivencia en comunidad, estos son, los bienes jurídicos⁵.

El Derecho penal es el dispositivo de control social más severo que dispone el Estado, pues las sanciones penales son las más drásticas para lograr el orden social y sus mecanismos son los más intolerables para la convivencia humana en sociedad⁶. Por ello, es necesario establecer límites en la utilización del Derecho penal, en armonía con sus principios rectores, los cuales han sido establecidos a lo largo de la historia, precisamente para limitar su uso indiscriminado y a su vez garantizar su función de proteger a la sociedad. Si bien la violencia social debe ser contrarrestada por los mecanismos más fuertes del Estado, también el uso indiscriminado de estos mecanismos puede ocasionar un mayor caos por la represión social que esto conlleva, quedando de lado la seguridad social que se dese alcanzar. Por ello, a continuación estudiaremos el

⁵ POSADA ARBOLÉDA, Néstor Raúl, *Derecho Penal -Parte General- Fundamentos*. Ed. De Medellín, Colombia, 2010, pág. 14.

⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal -Parte General- Cuarta Edición*. Edt. De Medellín, Colombia, 2009, pág. 9.

Derecho Penal en conjunto con sus principios rectores, para de esta manera comprender de manera más clara cuál es su función social.

1.2. Conceptualización del Derecho Penal

Para llegar a una conceptualización más atinada de lo hoy en día es el Derecho penal, es importante analizarla desde una plataforma histórica para puntualizar su evolución doctrinal y como se han incorporando mayores garantías doctrinales y procesales, como nuevas perspectivas para la protección de los Derechos humanos, ya que como bien lo plasmaba Roxin: *"un Estado de Derecho, debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal"*⁷; es decir, el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer métodos y medios adecuados para sancionar y prevenir delitos, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado.

El Derecho penal como conjunto de normas, está íntimamente ligado con la pena, por lo que ha sido denominado entre otras formas como Derecho sancionador, Derecho represivo o Derecho de penas, hasta en el siglo XVIII toma el nombre de Derecho Penal y así es adoptado en México. La pena como consecuencia *sine que non* se hace latente en la doctrinal internacional en las definiciones que sobre Derecho penal hace Liszt en 1881, el cual lo define como *"el conjunto de reglas establecidas, que asocian al crimen como hecho, a la pena, como su consecuencia legítima"*⁸.

En México Carranca y Trujillo definen al Derecho penal como *"el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas*

⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General, Fundamentos*. Edit. Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pág. 125.

Von; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I. Edit. Bosch, Barcelona; 1940, pág. 7. Cit. por SALAS CHAVEZ, Gustavo, *El Sistema Penal Mexicano*. Edit. Porrúa, México; 2002, pag. 27.

⁸ LISZT, Fran Von; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I. Edit. Bosch, Barcelona; 1940, pág. 7. Cit. por SALAS CHAVEZ, Gustavo, *El Sistema Penal Mexicano*. Edit. Porrúa, México; 2002, pág. 27.

*imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación*⁹. En este tiempo se veía al Derecho penal como represor de las conductas delictivas.

A mediados del siglo XX Pavón Vasconcelos define al Derecho penal como *"el conjunto de normas jurídicas del Derecho Público interno, relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad aplicables, para lograr la permanencia del orden social"*¹⁰, y a su vez Fernando Castellanos Tena, lo definía como *"la rama del Derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto inmediato la creación y la conservación del orden social"*¹¹; en esta época se adiciono el concepto de 'orden social' como parte del Derecho penal, lo cual indica que para el Derecho penal ya comenzaba a ser visto como un interés primordial la búsqueda de la armonía social como uno de sus fines principales, sirviendo como puente para penalizar las conductas que perturbaran ese orden social, siempre en respuesta y no como incitador o provocador de esta perturbación.

En la etapa de la Dogmática Jurídica Moderna, encontramos definiciones más garantistas, encaminadas a los bienes jurídicos de mayor relevancia, como la de Zaffaroni quien lo define, como *"el conjunto de leyes que traducen normas que pretenden tutelar bienes jurídicos y que precisan el alcance de su tutela, cuya violación se llama delito, y aspira a que tenga como consecuencia una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor"*¹²; así como la de Moisés Moreno quien afirma que el Derecho Penal como instrumento del Estado *"le compete proteger los bienes*

⁹ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I. Edit. Bosch, Barcelona, 1940, pág. 7.

¹⁰ PAVON VASCONCELOS, Francisco; *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. Edit. Porrúa, 1940, México; 1999, pág. 37.

¹¹ CASTELLANOS TENA, Fernando; *Lincomientos Elementales de Derecho Penal*. Edit. Porrúa, México; 1999, pág. 19.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho Penal*. Edit. Cárdenas, México, 1986, pág. 42.

jurídicos de fundamental importancia para la vida ordenada en comunidad"¹³. Por su parte autores europeos como Jescheck, definen al Derecho Penal como *"aquél que determina que contravenciones del orden social constituyen delito, y señala la pena que ha de aplicarse como consecuencia jurídica del mismo"*¹⁴.

Con esto, podemos dar cuenta que los principios dogmáticos del Derecho penal como el *de lesividad, intervención mínima, proporcionalidad de la pena y de alternatividad*, ya eran considerados desde sus primeras definiciones, si bien no literalmente pero ya implícitas en ellas, lo que los ha ido convirtiendo en principios básicos y fundamentales para que el Derecho penal cumpla con su función protectora contra las formas de violencia mas lesivas y peligrosas.

La existencia de estos principios, se vuelve tan invaluable para el Derecho penal, ya que ello constituye la base previa para su aplicación, enseñanza y reforma, ya que sin estos principios el Derecho penal se vuelve en simples palabras plasmadas en un código al antojo y capricho de personas incompetentes para su dimensionar la responsabilidad que le merece. Por ello, el legislador al momento de crear una norma y establecer penas, debe contar con conocimientos necesarios para lograr reformas encaminadas al beneficio de todas las personas, ya que la función del Derecho penal en un Estado de Derecho está condicionada al respeto de los Derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encause dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites¹⁵. Estos límites y/o principios deben de ser una exigencia para el legislador de respetarlos desde la creación, aplicación y ejecución de la norma, y no seguir con la idea que se tiene del Derecho Penal, como lo expresa Zaffaroni: "El Derecho penal dejara de vender ilusiones de convertirse en el sencillo expediente de los

¹³ MORENO HERNANDEZ, Moisés. *Política Criminal y Reforma Penal*, 1ª Ed.": Edit. Jus Poenale, Cepolcrim. México; 1999, pág. 458.

¹⁴ JESCHECK, Hans Heinrich; *Tratado de Derecho Penal: Parte General, segundo volumen*. Edit. Bosch. Barcelona; 1981, pág. 15.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes; *Derecho Penal y Control Social*. Ed. Temis. Bogotá; 2004, Pág. 200.

organismos políticos para que estos aumenten su clientela demagógicamente creando la apariencia de soluciones, cuando solo crean papeles que tienen el doble efecto de ocultar los problemas y despreocuparse por la búsqueda de soluciones reales, haciendo recaer el poder que a partir de ellos aumenta su arbitrariedad sobre los más desprotegidos y carentes del planeta: en nuestro caso, los más pobres de las sociedades pobres. Los penalistas deben aprender a enseñar a las sociedades que ningún problema demasiado grave pueda dejarse en sus manos.¹⁶

1.2.1. Noción Objetiva del Derecho Penal

El Derecho Penal, desde el punto de vista objetivo, puede ser definido como el conjunto de normas de Derecho positivo referidas al delito, al sujeto responsable de su realización y a las consecuencias del delito, esto es, a las penas y medidas de seguridad. Es "aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo (lo que comprende la teoría del delito) e individualiza al sujeto que lo realizó (a lo que se refiere la teoría del sujeto responsable), imponiéndole por su hecho una pena o medida de seguridad (lo que abarca la teoría de la determinación de la pena)"¹⁷. Expresar que el Derecho penal objetivo es un conjunto de normas jurídicas significa afirmar su positividad, lo que significa su carácter de obligatorio, las normas penales se imponen a todos los ciudadanos, incluso a quienes no las comparten. En otras palabras el Derecho penal objetivo es pues, el conjunto de normas previamente establecidas, las cuales contemplan los delitos y sus penas, como consecuencia de la práctica legislativa, y los cuales se encuentran en nuestros códigos y leyes penales.

La norma es toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia. La norma tiene por base la conducta humana que pretende regular y

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tendencias fiscoloculares del derecho penal*. Edt. Fondo de cultura económica, México, 1994, pág. 17. Cit. por CARBONELL, Miguel. *Democracia y derecho penal en México: una nota en derecho penal y estado democrático*. Edt. INACIPE, México, 1999, pág. 27

¹⁷ BUSTOS Y RAMÍREZ y HORMAZABAL Malarte. *Lecciones de derecho penal*. Edt. Trotta, Madrid, 1997, pág. 15.

su misión es la de posibilitar la convivencia entre las distintas personas que componen la sociedad. "La norma tiene su origen en la realidad social, del mismo modo que tienen ese origen también los bienes jurídicos. La norma está al servicio de la protección de bienes jurídicos que son, a su vez, fuente de validez material. Por eso, aparecen indisolublemente ligados normas y bienes jurídicos como la libertad, la vida, la salud, el medio ambiente, etc"¹⁸. Lo que nos conlleva a decir que es esencial para la exigencia de responsabilidad penal la lesión del bien jurídico (principio de *lesividad*), lo cual precisaremos detalladamente más adelante.

Para regular la convivencia entre las personas se establecen normas vinculantes que deben ser respetadas por esas personas en tanto son miembros de la comunidad. Como destaco *Freud*, frente al principio del placer, que impulsa a la persona a satisfacer por encima de todo sus instintos, existe el principio de la realidad, representado por las normas que los demás imponen, que obliga al individuo a sacrificar o limitar esos instintos y tener en cuenta a los demás.

1.2.1.1. Delito y Pena como elementos de la Norma Penal.

Anteriormente definimos lo que es una norma penal, la cual en su estructura siempre llevara aparejado sus elementos de delito y pena o medida de seguridad, y precisamente uno de estos elementos es parte esencial del presente trabajo, como es la pena, por ello estudiaremos a fondo estos elementos, para comprender la norma penal y la importancia de los elementos que la conforman, como se muestra a continuación:

a) Delito

Muchos autores han definido al delito o *delinquere* (apartarse del buen camino), de diversas maneras y en diferentes materias, las cuales analizaremos para obtener una idea más precisa de lo que es un delito.

¹⁸ POSADA ARBOLEDA, Raúl. Ob. Cit. pág. 26

Carrara, en 1850, señaló que era la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. Garófalo, en 1870, lo definió como la violación de los sentimientos altruistas de posibilidad y de piedad en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. Mezger refirió que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable; quiso globalizar en la acción la omisión. Gustav Radbruch dijo entonces que acción y omisión no pueden ser lo mismo, no es A y B, sino A y no B; no pueden subsumirse un hacer positivo y un no hacer. Eugenio Zaffaroni, señala que existe un comportamiento penalmente relevante y tres rasgos que los distinguen; existe un carácter genérico "conducta", que cruza los otros tres "tipicidad, Antijuricidad y culpabilidad"; esto es el delito. Muñoz Conde refiere que la acción u omisión típicamente antijurídica y culpable. Habla del injusto y la culpabilidad; injusto es lo mismo que ilícito penal (acción u omisión típica y antijurídica); el delito se presenta como un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano "injusto", y como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor del hecho¹⁹.

Así pues, el delito es la conducta negativa o positiva de un ciudadano, que se encuentra descrita en una norma penal, que tiene como resultado la imposición de una pena, siempre y cuando su actuar no se encuentre autorizado, y que de lo contrario el Estado procederá con un juicio de reproche por no haberse apegado a la norma. El delito al igual que la pena, es una decisión del legislador, al sancionar una conducta como tal. Pero desde un punto de vista político criminal el objeto protegido, es decir, el bien jurídico, es lo único que puede determinar que el Estado defina como delito determinada situación social, por ello, para el legislador debe ser de suma importancia estudiar y valorar si el bien jurídico que trata proteger, es socialmente importante para la convivencia y

¹⁹ MORALES BRAND, José Luis Eloy, *Nuevo Curso de la Parte General del Derecho Penal*, Cuarta Edición. Eds. Del Poder Judicial de Aguascalientes, México, 2009, pág. 116.

si no existen otros métodos menos dañosos, como para ser tutelado por el Derecho Penal.

El Derecho penal, debe ser la última medida de entre todas las medidas protectoras existentes, ya que solo debe intervenir cuando fallen otros medios de control social, por ello, antes de definir una conducta típica, jurídica y culpable, el legislador debe tener presente dos principios fundamentales, principio de *intervención mínima* y el principio de *lesividad*. Ambos repercuten directamente con el tema del presente trabajo, ya que el primero se refieren a la imposición de las penas mínimas necesarias y el segundo como la máxima economía en la configuración de los delitos, es decir, elevar la categoría de hecho punible sólo aquel que en realidad sea grave, provoque mayor inseguridad pública y que reconozca como incontrolable. Las prohibiciones penales deben dirigirse sólo a conductas reprobables por sus efectos lesivos contra terceros, y lo debido sería incriminar sólo las conductas que afecten gravemente la vida social y enfrentar los ilícitos menores con otro género de remedios jurídicos como sanciones administrativas, civiles, entre otras, impuestas mediante otros medios alternos de solución de conflictos como la mediación y la justicia restaurativa.

b) Pena

Los delitos originan relaciones jurídicas entre los culpables y determinadas personas revestidas de derechos, y en virtud de tales relaciones se imponen las penas, y por regla general también otras desventajas aparejadas a la pena como exigencia jurídica para que dicha obligación se cumpla.

Bajo el principio *nulla poena sine crimine*, la pena es una consecuencia del delito, establecida en nuestra Constitución Política en sus artículos 14, 18, 20 apartado A, fracción X y 22, lo que implica que a consecuencia de un hecho típico y antijurídico reprochable, procede la imposición de una pena.

Ahora bien, una pena es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo, y es quien brinda al juez los parámetros necesarios sobre los cuales puede variar una pena, según la gravedad del delito; es por ello, que desde la imposición de una pena a determinado delito, debe ser constituida de manera proporcional al bien jurídico dañado, ya que de no ser así, la pena sería desproporcional y por lo tanto inconstitucional en base al artículo 22 Constitucional, violando con ello derechos fundamentales del delincuente y abriendo la puerta a la incertidumbre jurídica. Lo que magnifica el esfuerzo del legislador, es respetar los principios fundamentales del Derecho Penal y de la pena, ya que sus efectos impactan directamente en la sociedad, y estriba en gran parte del resultado positivo o negativo del Derecho penal en la sociedad y su finalidad.

1.2.1.2. Teorías acerca de la Pena

En la doctrina existen diferentes posiciones respecto a los fines y utilidad de la pena, ya que a lo largo de la historia fue utilizada como retribución principalmente y en una figura más garantista en el utilitarismo. Para la retribución con la pena no se pretende alcanzar fines, sino sancionar al delincuente, y por el contrario, para el utilitarismo la aplicación de la pena pretende lograr una utilidad social en el hombre; que tradicionalmente se distinguen entre teorías absolutas, teorías relativas y teorías eclécticas o de la unión²⁰, tal y como lo analizaremos a continuación:

a) Teorías Absolutas.

En las teorías absolutas se encuentra la retribución, la cual por sí sola significa "pago"; es la causación de un mal institucionalizado y no muy dañoso, por el mal causado por el delito, o en otras palabras, el que la hace la paga. La retribución como pena no tiene otra finalidad que la realización de la justicia, que se traduce en devolver al culpable un castigo por un mal que causo; pero la pena

²⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes; *Derecho Penal y Control Social*. Ed. Temis. Bogotá. 2004, Pág. 47.

no es un mal, ya que es justa. Esta teoría va encaminada como castigo, pero también como una venganza, y es utilizada principalmente para defender la pena de muerte. Kant quien era partidario de esta teoría, la entendía como la describe en su conocido ejemplo de "la isla" que describía: "si los miembros de una sociedad decidieran disolverse; si, por ejemplo, el pueblo, que habita una isla, decide abandonarla y dispersarse por todo el mundo; antes de llevar a cabo esta decisión, debería ser ejecutado el último asesino que quedaría en prisión, para que todo el mundo supiera el valor que merecen sus hechos y para que el crimen de homicidio no recaiga colectivamente sobre todo el pueblo por descuidar su castigo; porque de lo contrario podría ser considerado participe de esa injusticia"²¹.

b) Teorías Relativas.

Para este tipo de teorías el castigo no es atormentar o afligir a un ser humano, ni satisfacer un sentimiento de venganza, sino infundir temor a todo delincuente para que en el futuro no vuelva a cometer delitos. Su fin es el de impedir que el reo cometa nuevos daños, y provocar que los demás no actúen como lo hizo aquel. Esta se divide en tres teorías denominadas de la prevención general, de la prevención especial y ecléctica o de la unión:

1. Prevención General.

Ven el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos, y que surjan nuevos delincuentes. También es positiva y negativa; en el primer caso refuerza en la comunidad la confianza en el orden jurídico y la observancia del derecho por la actuación de las autoridades; y en el segundo supuesto, se le intimida o amenaza para inhibir a los probables delincuentes, al mostrarle el mal que pueden resentir si se comete el delito²². Su principal representante fue el penalista alemán Feurerbach a principios del siglo XIX, que consideraba la pena

²¹ KANT, Immanuel. *Introducción a la Metafísica de las Costumbres*. Cit. Por MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Ed. Temis, Bogotá: 2004, Pág. 48.

²² MORALES BRAND, José Luis Eloy. Ob. Cit. pág. 185.

como una coacción psicológica que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos. En nuestro país esta teoría ha sido utilizada como argumento principal en el aumento de penas.

En nuestro Estado y en general en el país, este tipo de prevención aunque en una forma negativa, quien realiza directamente esta intimidación, y con ello cierta prevención de delitos, es la policía. A lo largo de los años ha sido señalada como una de las instituciones que con mayor frecuencia realiza violaciones a Derechos Humanos, no solo a delinquentes, sino a ciudadanos y a propias víctimas de delitos, actualmente es más intimidante el método de investigación utilizado por parte la policía para imputar un delito, que la misma pena sancionadora, ya que la forma que utilizaran para integrar la comisión de un delito, conseguir pruebas o una confesión, generalmente los es a través de métodos de tortura, sufrimiento, o incluso a veces llegar a atentar contra la propia vida del presunto delincuente por la utilización indiscriminada de estas prácticas. Este miedo fundado hacia la sociedad, hace que las personas sientan miedo hacia las instituciones públicas encargadas del orden, sobre todo a ser detenido independientemente si se es culpable un delito o no, o por alguna comisión de delitos irrisorios y ficticios como el de "portación de cara". Este tipo de intimidación, que en teoría pueda sonar cómica, es realmente seria y atenta severamente en contra de los Derechos humanos. Con lo anterior, no decimos que estemos a favor de este tipo de prácticas aberrantes llevadas a cabo por las policías, donde el hostigamiento y la represión social son muy frecuentes, y que lamentablemente muy pocos de estos casos son denunciados ante la Comisión de Derechos Humanos, aunado a la complicidad que existe entre las autoridades para permitir este tipo de prácticas.

Podemos aclarar que para nosotros la prevención general no es el camino indicado para nuestra legislación penal, ya que es inútil aplicar penas represivas y el abaratamiento de distintos bienes jurídicos, por parte de los políticos y/o partidos políticos, ya que con ello no se garantizan la solución a los problemas

sociales mas frecuentes, ni a la prevención de delitos, esto solo se lograra atacando el problema de raiz mediante politicas sociales bien estructuradas y no haciéndoles frente mediante una violencia institucionalizada, que no deja de ser violencia al fin.

2. Prevención Especial.

La prevención especial es dirigida al delincuente para que no vuelva a delinquir. De igual manera se puede dividir en positiva y negativa; la primera pretende resocializarlo e integrarlo a la comunidad, lo que se hará sobre la base de trabajo, capacitación y educación; y la segunda pretende neutralizarlo para que mientras se readapte, no vuelva a delinquir en sociedad. Su principal representante también fue un penalista alemán, Fran Von Liszt, quien considero al delincuente como el objeto central del Derecho Penal, y a la pena como una institución que se dirige a su corrección, intimidación o aseguramiento.

Prevención especial significa intervención específica en la persona del delincuente. Para ello es necesario distinguir entre los diferentes tipos criminales para someterlos a las medidas que sean adecuadas y necesarias para, si es posible corregirlos, enmendarlos o rehabilitarlos y si no lo es, para inocularlos²³.

De acuerdo con el artículo 18º Constitucional, nuestro sistema penitenciario se organizara sobre *"el respeto a los Derechos humanos, del trabajo, la capacitación, la educación, la salud y el deporte, como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir"*. De la interpretación literal de dicho artículo, se desprende un modelo preventivo especial; sin embargo, se pueden realizar distintas criticas a este modelo constitucional adoptado. Por ejemplo, que pasaria si el infractor está perfectamente socializado y, por tanto, no necesita ser reinsertado, como sucede

²³ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Derecho Penal. Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito y el Sujeto Responsable*. 2da. Edición. Ed. Leyer, Bogotá, Colombia, 2008, pág. 404.

con algunos delincuentes. En esta misma línea también cabe preguntarse ¿para qué y a qué sociedad se va a reinsertar al individuo?, toda vez que es posible observar que la sociedad no es uniforme y que hay diversidades culturales con diferentes imágenes del mundo. Por ello, uno de los problemas a los que se enfrenta la prevención especial, es que hay delincuentes que no necesitan ser tratados y otros que no serían susceptibles de tratamiento, pues no se conoce uno para ellos. Además, en cuanto a los que sí es posible corregirlos, las estadísticas de reincidencia permiten dudar si realmente se consigue esta corrección.

3. Teoría ecléctica o de la unión.

Si tuviéramos que resumir en una frase crítica a las teorías absolutas diríamos que no son útiles pero conducen a penas justas. Si al contrario tuviéramos que hacerlo en relación con las teorías preventivas diríamos que quieren ser útiles pero conducen a penas injustas. Las llamadas teorías de la unión tratan de conciliar utilidad y justicia²⁴.

Esta teoría dialéctica de la unión formulada por *Roxin*, incorpora los elementos de las teorías retributivas con las de prevención, en donde se busca que la pena sea justa y al mismo tiempo útil. Para el autor alemán, al primer momento de la amenaza, el fin de la pena es la *protección de los bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles*, protección que solo puede buscarse a través de la *prevención general* de los hechos que atenten contra tales bienes o prestaciones. Al segundo momento de la aplicación de la pena, la prevención general no sirve, sino para confirmar la seriedad de la amenaza legal expresada por la ley, pero la pena *no puede sobrepasar la culpabilidad del autor*, por lo que la imposición judicial de la pena servirá también la *prevención especial*. En la última fase de la ejecución, servirá a la confirmación de los fines de los

²⁴ Ídem. Pág. 406.

momentos anteriores, pero de forma que atienda la resocialización del delincuente, como forma de *prevención especial*²⁵.

Del estudio de las anteriores teorías, podemos resumir que es muy difícil concretar la pena válida para la protección de bienes jurídicos, encauzada en una teoría en específico, ya que lo prudente debe ser una práctica de constante revisión democrática del sistema penal y sus penas, para evitar en la medida de lo posible, mayores violaciones a Derechos humanos. Sin embargo, nuestra posición es compatible a los movimientos encaminados hacia la abolición de la pena privativa de libertad y su reemplazo por otras alternativas a la cárcel, que buscan la abolición del derecho penal mismo y la búsqueda de otras soluciones jurídicas a los conflictos sociales etiquetados como delitos.

1.2.1.3. Fin de la Pena en nuestro Sistema de Justicia Penal

Los fines de la pena en nuestro sistema de justicia penal, se encuentran plasmados en los artículos 14, 16, 18, 20 apartado A fracción X y 22 de nuestra Constitución política, así como en el artículo 27 segundo párrafo, del Código Penal para el Estado de Nayarit; donde la prisión es la base de las sanciones penales, ya que desde un principio se autoriza privar de libertad a cualquier persona presuntamente culpable de un delito, como manera preventiva mientras se realiza el procedimiento respectivo, y definitiva cuando sea penado mediante sentencia ejecutoriada, en la que se le condene.

En este sentido, de acuerdo con los artículos antes citados, la pena en nuestro orden jurídico contiene una mezcla de retribución y utilitarismo, ya que la prisión por sí misma es un castigo que parte de un principio de teorías absolutas, pero también busca la reinserción social del delincuente en base a las teorías relativas. Por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 18º Constitucional precisa que el sistema de ejecución penal debe sustentarse en el trabajo, la capacitación

²⁵ MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal, Parte General - Séptima Edición*. Edit. B de F. Buenos Aires, Argentina; 2005, págs. 97-101.

para el mismo, la educación, la salud, y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad; este fin tiende claramente a la prevención y utilización del delincuente, lo que retoma las teorías relativas o utilitaristas. Esta mixtura es contradictoria, pues es imposible que primero se castigue a una persona, y luego se quiera readaptarla.

La resocialización como fin de la pena privativa de libertad es un argumento que no se puede sostener dentro de un Estado que no implementa los elementos necesarios para lograrlo, ya que las condiciones carcelarias actuales hacen imposible que un delincuente logre una adecuada resocialización. Simplemente la sobrepoblación en nuestras cárceles alejan al individuo de la realidad social a la que supuestamente se le debe reinsertar, y si se desea verdaderamente cambiar este paradigma actual se requerirá de una gran cantidad de recursos económicos, políticos, humanos, materiales, etc.; es decir, es una cuestión difícil para nuestro país y para nuestro Estado, ya que se le da muy poca importancia a nuestro sistema penitenciario, el cual ha quedado en el olvido al paso de varios Gobiernos. La resocialización del delincuente debe buscar que tome conciencia y acepte las normas básicas que rigen a la sociedad, el objetivo es lograr el respeto y aceptación de las reglas de conducta para que no cometa delitos futuros y logre una vida apegada a derecho. Pero este objetivo resulta imposible en nuestro sistema carcelario, en virtud de que el delincuente acumula un mayor rencor y desconfianza hacia la autoridad por los malos tratos y condiciones aberrantes que existen dentro de estos centros de readaptación y reinserción social, convirtiéndolos en un mayor peligro para la sociedad.

El Estado y el legislador deben entender que las penas exageradas no funcionan para prevenir delitos e igualmente no ayudan a la resocialización del delincuente. Por ello, nuestro sistema penal no puede seguir trabajando con esta mixtura de corrientes en cuanto a los fines de la pena, ya que esta mixtura insegura solo provoca confusión y arbitrariedad en nuestro sistema penal.

Nuestras penas deben basarse en datos científicos y comprobables, en beneficio del infractor e igualmente de la sociedad. El legislador no puede seguir apostando por el aumento de penas siguiendo una teoría absolutista, y a su vez firmar tratados y reformar nuestra Constitución y demás leyes para maximizar los Derechos humanos de las personas; esto sería como jalar una cuerda de un lado a otro, mientras que la sociedad se encuentra en medio del fango. Lo anterior, Beccaria lo ejemplificó con la figura del Temis con una venda que le cubre los ojos, la cual no puede seguir el movimiento de la balanza ni gobernar la balanza²⁶, es decir, las penas deben ir encaminadas a una realidad social y no solo pretender hacer justicia. Es tan indemostrable, y por tanto también a científico, el carácter inhibitorio de la pena como la racionalidad homogénea tanto del Estado como de los individuos.

En conclusión, nos inclinamos por la implementación exclusiva de la prevención especial como directora de nuestro sistema penal, ya que en comparación con la retribución, no se trata de aislar al delincuente, sino por el contrario de actuar positivamente para facilitarle su reinserción social mediante estímulos que se traducen en progresivos beneficios penitenciarios, con el objeto de facilitarle *"una futura vida en libertad con la reintegración del autor en la comunidad jurídica"*²⁷. Asimismo, debe considerarse que la pena de prisión no es el medio adecuado para lograr esas bienintencionadas pretensiones por parte de nuestra constitución.

1.2.2. Noción Subjetiva del Derecho Penal

La noción subjetiva del Derecho penal está encaminada a la legitimación del poder punitivo o *ius puniendi* del Estado, es decir el derecho a castigar. Inherente al poder estatal, el poder punitivo se justifica por su propia existencia, es decir, porque guste o no, es una realidad, una amarga necesidad con la que

²⁶ BECCARIA, Cesar. *Ob. Cit.* pág. 32.

²⁷ BUSTOS RAMIREZ, Juan J., y HERNAN HORMAZABAL, *Malarec, Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Ed. Tronca; Madrid, 2004, pág. 56.

hay que contar para el mantenimiento de una convivencia minimamente pacífica y organizada.

Este Derecho a castigar parte de la premisa de que el Estado tiene el derecho de defensa contra el delito por ser un peligro para la existencia de la vida comunitaria. El *Ius Puniendi* es Derecho de Estado, pues le corresponde crear y aplicar este conjunto de normas de carácter imperativo atributivas, consideradas como obligatorias²⁸. Su justificación tiene su fundamento en el orden jurídico establecido en el Estado a través del derecho legislado en toda la comunidad jurídica; en nuestro país, su sustento se encuentra en los numerales 17, 21, 40 y 102-A de nuestra Constitución Federal.

El *Ius Puniendi* se justifica solo si es menos aflictivo y arbitrario respecto a otras reacciones no aflictivas que se producen en su ausencia; es decir, solo se legitima si al ejercitarse se afecta al individuo de manera menor a la afectación que pudiera causar la venganza privada. Como lo señala Roxin: "*Un Estado de Derecho, debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penaf*"; en este sentido, es innegable la doble finalidad del derecho penal; por un lado la prevención general de los delitos, al marcar el límite mínimo de las penas y reflejar el interés de la mayoría no desviada; y por otro, la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas, que fija el límite máximo de penas y refleja el interés del reo, sospechoso o acusado. El Derecho penal en la actualidad pretende atenuar la violencia social mediante la prevención de delitos (la violencia social), y prevención de penas excesivas (violencia del Estado). Si este Derecho es duro, existe para atenuar violencia, pero tampoco el Estado debe hacerlo en forma desproporcionada y cruel para reprimir la violencia social, no debe desplazar esa violencia social que se da entre los sujetos por deterioro en la vida cotidiana, para llevarla a la estructural, mediante penas desproporcionadas y excesivas o usos como la tortura, sino que debe respetar

²⁸ MORALES BRAND, José Luis Eloy. Ob. cit. pág. 109.

los Derechos humanos y buscar medios menos aflictivos para la solución de estos problemas.

1.2.2.1. Límites al ejercicio del *ius puniendi*

Los límites al *Ius Puniendi* del Estado en los últimos años se han ido fortaleciendo, sobre todo con el auge mediático que se ha dado a los Derechos humanos y al intenso debate de una serie de principios políticos criminales limitadores del *ius puniendi*²⁹. La historia del Derecho Penal ha sido de avances y retrocesos, y muchos principios con los cuales opera actualmente han sido logros conseguidos por enfrentamientos, incluso guerras para lograr disminuir la represión de los Estados totalitarios y opresores, buscando mayores garantías para la sociedad. Desde Beccaria, la lucha ha sido imparable, desde su lejana época ya se utilizaban postulados como: *"La finalidad del castigo es asegurarse de que el culpable no reincidirá en el delito. Los delitos deben ser calificados según el daño infligido a la sociedad. Cuando las leyes son claras y precisas, la función del juez no consiste más que en comprobar un hecho. Todo acto de autoridad de hombre á hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico; etc."*

Es innegable no castigar la violación a un derecho ajeno (como la vida, la libertad, la propiedad, etc.) inherente a todo ciudadano, mediante penas considerables, pero como lo señaló Beccaria "es absurdo que nuestras leyes, expresión de la voluntad pública, las cuales detestan y castigan el homicidio, cometan ellas mismas también uno, ordenando un homicidio público para alejar a los ciudadanos del asesinato, entre otros"³⁰. En nuestros tiempos las penas excesivamente altas se equiparan a cadenas perpetuas, indicándonos que aun en nuestros tiempos es necesario volver a Beccaria, un clásico que en momentos parece contemporáneo. Aunque se han logrado avances significativos en la implementación de un derecho penal garantista y lograr una sociedad más segura, aún falta mucho aun para poder hablar de ello, sin embargo, eso solo

²⁹ BUSTOS Y RAMIREZ y HORMAZABAL. *Maldad*. Ob. Cit. pág. 26.

³⁰ BECCARIA, *Cesar*. Ob. Cit. pág. 27.

será posible hasta que se valore puntualmente la aplicación exacta de los principios constitucionales limitantes del *ius puniendi* del Estado, al momento de la manipulación de la norma penal.

Así pues, en un Estado social y democrático de derecho, una norma penal requiere tanto de una legitimación formal como material; no basta que una norma penal haya cumplido con todos los requisitos burocráticos para su entrada en vigor y quedar formalmente legitimada, sino que es necesario que se mantenga dentro de ciertos límites que la legitimen materialmente, como lo explicaremos a continuación.

1.2.2.2. Límites formales del *ius puniendi*

El derecho moderno nace con el principio garantista formal que la ciencia del derecho penal conoce con el nombre de principio de legalidad, (no hay delito sin ley, no hay pena sin ley, no hay pena sin crimen y a todo hecho criminal le corresponde una pena legal). Como puede apreciarse, las garantías que conlleva el principio de legalidad atraviesan todo el sistema penal, la incriminación primaria y secundaria³¹.

En la incriminación primaria implica la garantía criminal y penal, la exigencia de los siguientes brácardos:

- No hay delito ni pena sin ley escrita.
- No hay delito ni pena sin ley estricta.
- No hay delito ni pena sin ley previa.

En la incriminación secundaria las garantías se expresan en los principios del debido proceso, que no son más que garantías y derechos en el proceso penal proyectados a la persona y su condición de imputado. El contenido de estas garantías puede sintetizarse bajo los siguientes principios:

³¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J., y HERNÁN HORMAZABAL, Milarce. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Ed Yrona; Madrid, 2004, pág. 28.

- No hay culpa sin juicio
- No hay juicio sin acusación
- No hay acusación sin prueba
- No hay prueba sin defensa

1.2.2.3. Límites Materiales del *ius puniendi*

Estos límites normativos materiales, como la dignidad de la persona humana, bien jurídico y necesidad de la pena, deben regir tanto el proceso de creación de la norma como en la aplicación de la norma, de esta forma, obligan tanto al legislador como al juez. Ambos deben de observar en su respectivo ámbito estos principios, los cuales describiremos a continuación:

- Dignidad de la Persona humana

Deontológicamente, la dignidad humana es el fundamento de Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho. A efectos de la proporcionalidad en abstracto, el principio de respeto a la dignidad humana entra en consideración, ya que la amenaza penal ha de meterse dentro de los límites de racionalidad, que no suponga un instrumento de manipulación a través del amedrentamiento de la persona³².

De esta forma la dignidad humana, representa orden, razón y límite y en su contenido esencial aparece la justicia como valor orientador de las relaciones recíprocas entre los individuos y entre estos y la institucionalidad concretada en la figura jurídica del Estado, relaciones que deben atender puntos medios *equidistantes* racionales y razonables para hacer posible el desarrollo de la forma social³³. De la dignidad humana hace alusión Rodríguez, en los siguientes términos:

³² BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito y el Sujeto Responsable* 2da. Edición. Ed. Leyer; Bogotá, Colombia; 2008, pág. 417.

³³ GUERRERO PERALTA, Oscar Julián; *Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal*. Ed. Nueva Jurídica; Bogotá, Colombia; 2012. Pág. 102.

La dignidad humana es una condición inherente a todo ser humano, que esta amas allá de cualquier organización social, con o sin formas de Estado, fundante de cualquier sistema político y jurídico positivo, que lo legitima y justifica. En la dignidad humana se encuentra la fuente que origina e inspira el catálogo de derechos y libertades fundamentales individuales, que ese estado está en el deber de proteger y promocionar, que la torna en principio.³⁴

Por ende, el Estado no concede la dignidad humana, sino que la reconoce e incorpora dentro de sus cometidos esenciales para todos los habitantes, única forma de ganar y conservar la legitimidad y autoridad.

Desde una perspectiva política criminal han de destacarse dos aspectos de este principio, el de autonomía ética de la persona y el de indemnidad personal³⁵, como se muestra a continuación:

- La autonomía ética de la persona significa que la persona es el único ente autónomo y en ese sentido que el Estado jamás puede convertirse en su tutor ni considerarlo como incapaz, sino de estar al servicio de su desarrollo y de las condiciones para ello; ahora bien, al mismo tiempo, y por esa condición, significa que como ente autónomo es responsable, tiene capacidad de responder.
- La indemnidad personal implica que la persona y sus derechos son una sola entidad y es por eso, entonces, por lo que el afectar un derecho en su esencia o la anulación absoluta de su ejercicio, así como afecciones que signifiquen desmerecer intrínsecamente el carácter de persona, no pueden constituir el contenido de una o sanción. En otras palabras, también es establecer un límite al Estado: sus sanciones no pueden afectar a la persona en su esencia de tal, ella ha de permanecer indemne. Por eso le

³⁴ RODRÍGUEZ, Orlando Alfonso; *Prueba Ilícita Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004, Págs. 87-88.

³⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J., y HERNÁN HORMAZABAL, Malarec. Ob. Cit. pág. 30.

exclusión de las sanciones degradantes (torturas, tormentos, cadenas, etc.), pero también, y con mayor razón, la abolición de la pena de muerte y del presidio perpetuo.

Sobre las penas degradantes y de larga duración Reyes Cuartas³⁶ señala: En el concreto caso del derecho penal, obliga recordar que toda conducta o pena que se consagre como típica, ha de conservar márgenes de racionalidad, razonabilidad, proporcionalidad; es decir, recuerda que el principio de libre configuración, poseído por el legislador, no es absoluto; al contrario, existe un mandato de interdicción de exceso. En tal sentido, las penas jamás pueden ir en contra del ideal de resocialización.

Esto quiere decir que la pena nunca puede pretender un nudo o exclusivo prevenciónismo general, que se materializa en penas de larga duración, aflicciones por sí mismas incoizadoras, intimidantes, inhumanas y, por ende, que contradictorias a cualquier fin resocializador. La ejecución de una pena de larga duración, constituye una negación a los propios fines perseguidos en ellas, convirtiéndose en llana y simple retribución.

• El bien jurídico (principio de lesividad)

La definición de un conflicto como delito indica por parte del Estado una opción político-criminal entre las diferentes opciones que tenía para enfrentarse al proceso interactivo ya definido socialmente como conflicto desviado³⁷. Ahora bien, lo único que político-criminalmente puede dar fundamento racional a esa decisión es que lo concretamente protegido en el tipo penal sea precisado, si ello no fuera así, nuevamente se estaría en el campo de la arbitrariedad estatal. Convencionalmente se designa en el Derecho penal este objeto de protección con el nombre de *bien jurídico*. Ello implica la exigencia de que el objeto protegido tenga la condición del bien jurídico y de que quede fuera del ámbito de

³⁶ REYES CUARTAS, José Fernando, *Garantismo y Derecho Penal* Ed. Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2006, pág. 186.

³⁷ BUSTOS Y RAMÍREZ y HORMAZABAL Maturín. *Ob. Cit.* pág. 31.

protección penal todo objeto protegido que no lo sea. De ahí que, en consecuencia, resulta que esa definición permita establecer si el objeto jurídico protegido por la norma es o no un bien jurídico.

Cuando en un Estado social y democrático de Derecho, la instancia política decide proteger determinado bien jurídico, ya que por su importancia lo considera merecedor de una protección penal, tal situación solo puede otorgarse bajo los condicionamientos que imponen las reglas y principios que definen esa estructura social, como por ejemplo los principios de igualdad y dignidad de la persona, por señalar algunos. La sola valoración de estos principios, permite separar y distinguir un bien jurídico con simples valores sociales como la moral, la tradición o ideas políticas, religiosas o culturales. Estos valores no pueden definirse como bienes jurídicos, dado que criminalizar determinada ideología religiosa, por ejemplo, significaría la vulneración del principio de igualdad, privilegiando determinada ideología religiosa respecto a otras. Diferente es, si el Estado decide proteger la libertad religiosa, pues en ese caso no se estaría privilegiando a ninguna religión en particular, sino que garantizaría el libre ejercicio de todas, siempre y cuando no afecten otros derechos.

Para una mayor explicación, Mir Puig³⁸, nos expone que el bien jurídico posee tres grandes funciones dogmáticas, las cuales deben tener presente el legislador a efecto de limitar y garantizar la efectividad del Derecho penal, como a continuación se explica:

1. **Función Sistemática.** El Código penal parte de los distintos bienes jurídicos protegidos en cada delito o falta (vida, integridad física, libertad sexual, propiedad, etc).

³⁸ MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal, Parte General - Séptima Edición*. L.D. B de F. Buenos Aires, Argentina, 2005, pág. 169.

2. **Función de guía de interpretación.** Una vez determinado el bien jurídico protegido en un delito, la interpretación (teleológica) podrá excluir del tipo de respectivo las conductas que no le lesionen ni pongan en peligro dicho bien jurídico. Ejemplo: si los delitos de lesiones atacan el bien jurídico de la salud o la integridad física de una persona, en cuanto sirve de base a sus posibilidades de participación social, la intervención quirúrgica curativa realizada con éxito no puede dar lugar al tipo de lesiones, porque no agradece en aquel sentido a la salud ni a la integridad física, sino todo lo contrario.
3. **Función de criterio de medición de la pena.** La mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico, o a la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la gravedad del hecho. Dentro del margen de arbitrio judicial que la ley concede ello debe servir de base a la concreta determinación de la pena (especialmente cuando no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes o de ambas a la vez).

- Necesidad de la Pena

Podríamos decir que con este principio se inicia el Derecho penal moderno, pues implica de modo general poner en cuestionamiento y establecer límites al poder estatal. La pena ha de imponerse solo cuando es necesaria; en caso contrario será pura arbitrariedad. En el desarrollo histórico de este principio han aparecido una serie de subprincipios que son expresiones más concretas del mismo. Se trata de los subprincipios de *extrema ratio*, de subsidiariedad, de fragmentariedad, de *non bis in idem*, de orientación por las hipotéticas consecuencias, de alternatividad y de proporcionalidad³⁹. Este último subprincipio de proporcionalidad, lo consideramos como una pieza fundamental para la correcta aplicación del Derecho penal en nuestro sistema jurídico, ya que contiene una serie de mandatos tanto para el legislador como para el Juez, que

³⁹ BUSTOS Y RAMÍREZ y HORMAZABAL Mañarés. Ob. Cit. pág. 33.

se traducen en garantías para la víctima e inculpado en la práctica penal, por ello la importancia de su estudio.

CAPITULO SEGUNDO

EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO

2.1. El Derecho penal como sistema de control social

Es importante definir el origen y fundamento del Derecho penal, para comprender de mejor manera la función de nuestro sistema de justicia penal y sus objetivos. Por ello, comenzaremos con el análisis del Derecho penal como control social, para obtener las condiciones teóricas necesarias y de ser el caso, desarrollar críticas puntuales y pertinentes a las acciones legislativas y a sus resultados, y que son reflejadas en el funcionamiento actual de todo nuestro sistema penal.

El control social hace referencia a la organización jerárquica de las fuerzas reales de poder en un tiempo determinado, y en función a este orden, los grupos mejor posesionados tiene la oportunidad de que sus prioridades sean las que sobresalgan entre las demás, de este modo son estos quienes ostentan el poder político, y determinan las conductas a seguir, controlando socialmente a la población, "control que no solo se ejerce sobre los grupos más alejados del centro del poder, sino también sobre los grupos más cercanos al mismo, a los que se les impone controlar su propia conducta para no debilitarse"⁴⁰.

Podemos decir que el fin específico del control social es la salvaguarda de los interés de los grupos poderosos, su función general va mas allá, siendo muy importante brindar orden y seguridad social, ya que de no hacerlo, la misma sociedad reorganizara la estructura de poder, mediante movi mientos revolucionarios pacíficos o armados, situación que en los últimos años ha venido a flote, donde la inconformidad a una seguridad social casi nula, así como falta de oportunidades laborales, nos hace pensar si verdaderamente existe

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Manual del Derecho Penal*. Ed. Cárdenas; México, 1988, pág. 22.

actualmente un control social, y sobre todo si la legislación en materia penal es realmente eficiente en dicha función, y si se ha apegado a sus parámetros y fundamentos teóricos obtenidos a lo largo de la historia, necesarios para que el Derecho penal funcione como tal. Como lo describe Muñoz Conde *"el control social determina, pues, los límites de la libertad humana en la sociedad, constituyendo al mismo tiempo, un instrumento de socialización de sus miembros. No alternativas al control social, Es inimaginable una sociedad sin control social"*.⁴¹

El control social por lo tanto debe observarse que tiene un objeto muy vasto, ya que comprende a toda la sociedad, en todos los ámbitos, sean públicos o privados, manifestándose de formas inimaginables, sin que necesariamente se perciba como una orden o prohibición, lo que ha hecho que los métodos usados para su difusión se clasifican en informales y formales, llamando a los primeros difusos e institucionalizados, a los siguientes.

a) Control social difuso

El control social difuso o también llamado informal, es aquel que no está integrado directamente a la estructura gubernamental y que de forma encubierta, es decir, sin ser percibido como tal, llega a la población en forma de valores, principios, tendencias, noticias, etc., difundidos por la familia, la iglesia, los medios masivos de comunicación (radio, televisión, periódico), y la participación comunitaria⁴².

Actualmente, este control social ha tomado mucha relevancia política, en razón del poder de propagación de televisoras y su facilidad de manipular decisiones sociales y personales; es decir, es tal su influencia que pueden crear a su antojo opiniones falsas de una persona, institución o de la misma sociedad. Al respecto, mucho se ha comentado sobre la aparente imposición mediática de

⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho Penal y Control Social*. Ed. Temis; Bogotá, 2004, Pág. 25

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Ob. Cit.* pág. 32.

nuestro actual Presidente de la Republica, en complicidad de grandes monopolios, como lo son las televisoras, quienes independientemente de la certeza en estos pensamientos sociales, es una realidad que cuentan con un poder de manipulación social controlado a su libre capricho y en atención a determinados intereses. Es por ello, que el control social difuso, puede llegar a tener más impacto incluso, que las propias normas jurídicas. Sin embargo, consideramos que este control difuso, es bastante peligroso y por tanto, debería de legislarse sobre su contenido y difusión, ya que manipulan los sentimientos de la colectividad, convirtiéndolo en un tema bastante delicado por sus posibles alcances.

b) Control social Institucionalizado.

El control social institucionalizado o formal, es aquel que se encuentra incorporado a la estructura de gobierno, a través de las instituciones legalmente constituidas, se expresa en la diversidad de dependencias públicas de todos los niveles y áreas encargadas de plantear, estructurar y ejecutar las políticas públicas en materia de salud, educación, agricultura, desarrollo social, así como las culturales, económicas y también las de seguridad pública entre otras. A su vez se puede dividir este en dos partes muy importantes para su estudio, de acuerdo a su discurso no punitivo o punitivo, ya que no todas las instituciones públicas van a utilizar medios penales para alcanzar sus objetivos y hay otras que están diseñadas especialmente para usarlo, siendo el caso del Derecho Penal. El Derecho Penal es parte de un sistema de control social muy amplio, al que, de un modo u otro es inherente el ejercicio de la violencia para la protección de unos intereses, y que en base a nuestro objeto de investigación, podemos realizar algunas críticas respecto si a dichos intereses y la forma de protegerlos, será la correcta mediante el instrumento institucionalizado más violento, teniendo siempre en cuenta que el Derecho Penal no es todo el control social, ni siquiera

su parte más importante, si no solo la superficie visible de un *iceberg*, en el que lo que no se ve es, quizás, lo que realmente importa⁴³.

2.2. Sistema de Justicia Penal como control social institucionalizado

El sistema de control social institucionalizado puede aparecer expresado a través de un discurso formalmente punitivo. Es decir, directamente vinculado y de manera abierta con el control social, siendo este el caso del Sistema Penal. El sistema penal mexicano, señala García Ramírez "como cualquier otro, gira alrededor de dos nociones básicas: Delito y Pena. A ellas se agregaran otros conceptos, novedades en la evolución de las ideas y de las prácticas penales. Empero, subsistirá el binomio delito-pena como eje del sistema pena"⁴⁴.

El sistema penal escribe Moisés Moreno, comprende "el conjunto de medidas de control social de carácter penal. Estas a su vez, son parte del conjunto de medidas de carácter político-criminal que el estado adopta para lograr sus objetivos en materia criminal"⁴⁵. Norma, sanción y proceso, son los conceptos fundamentales de todas las formas de control social. También el control social que se lleva a cabo a través del Derecho Penal están presentes, pero como es lógico, dadas las peculiaridades de esta forma de control social, revisten unas características propias que dan lugar a disciplinas jurídicas separadas, de las cuales consiste el presente estudio relacionado directamente con la pena o sanción, por la importancia que le reviste actualmente en la sociedad.

Lo gran diferencia entre el sistema penal y las otras instancias de control social, es el uso y disposición de las sanciones más rigurosas para mantener el

⁴³ MUÑOZ CIDNDE Francisca, GARCIA ARAN Mercedes: *Delito Penal, Parte General*. Ed. Tirant Lo Blanch: Valencia; 2004, 6ta. Edición, pág.31.

⁴⁴ GARCIA RAMIREZ, Sergio; *El sistema Penal Mexicano*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pág. 7.

⁴⁵ MORENO HERNANDEZ, Moisés; *Política Criminal y Reforma Penal*. Ed. CEPOLCRIM, México, 1999, pág. 47.

orden social, y por lo mismo se hace indispensable la formalización y legislación para regular la toma de decisiones encaminadas a brindar seguridad.

Esta estructura si bien necesariamente desarrollada dentro de los límites legales correspondientes, para autores como Baratta y Muñoz conde entre otros, el sistema penal es fuente de desintegración, marginación y represión; ya que como se ha comentado, una de sus funciones es la salvaguarda de ciertos valores prominentes, manteniendo las posiciones sociales existentes. El sistema penal, precisamente como sistema de justificación y control, crea riesgos. No es posible confiarle el porvenir de la sociedad. Hay peligro en salvar el cerco que impusieron los siglos y permitir que la penalización camine por su cuenta. Los contrapesos sociales, sobre todo en épocas de crisis, son débiles y llegan tarde. Para arribar a Beccaria debieron transcurrir milenios, y para derrumbar al Tercer Reich fue necesario que millones de hombres murieran”,⁴⁶

2.3. Sistema de justicia penal en México

El sistema penal mexicano, tiene su fundamento en el artículo 17 constitucional que a la letra dice: “ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”, por lo que el Estado tiene el monopolio, tanto de la seguridad pública como de la jurídica, lo que implica la formación de organismos especiales para realizar esta delicada función, es decir un sistema de coerción del Estado.

Han sido varias las Reformas a nuestro Sistema de Justicia Penal, hasta llegar actualmente a la implementación del Sistema Acusatorio, ya vigente en nuestro Estado, derivada del Decreto Ejecutivo Federal del 18 de Junio del 2008, y que enfrentan al Estado Mexicano y a 32 entidades federativas al Sistema Acusatorio en materia penal, como un “mandato” garantista, en cumplimiento con

⁴⁶ GARCIA RAMIREZ, Sergio; “Reflexiones de Política Criminal”. Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Criminalia. Año LXIII, número dos, México, 1997; pág. 227.

el artículo 20 constitucional, que en su parte contundente indica: "el proceso será acusatorio y oral".

En los últimos tiempos, y sobre todo a partir del 18 de Junio del 2008 con la Reforma a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73 y 123 de nuestra Constitución Política, observamos un pensamiento distinto y progresista en relación al Proceso Penal, para Menores de edad, el Derecho y acceso a la información, al Derecho de propiedad, entre otras cosas. Demostrando que el Derecho ofrece a los juristas nuevos panoramas; sin embargo, México se deshace en proyectos de reforma. La existencia de quinientos diputados en el Congreso de la Republica supone el trafico de ideas garantistas y de trabajo continuo en pro de la sociedad, sin embargo, el actuar de los mismos hace creer que carecen de asesores parlamentarios y/o técnicos legistas, toda vez que esos puestos han sido ocupados por amigos y familiares que impiden la madurez del proyecto legislativo⁴⁷.

2.4. Política Criminal en México

La constitución es la norma suprema de nuestro país, y esta determina el modelo del Estado Mexicano, el cual vincula el tipo de política que regirá en general todas las dependencias estatales y en particular las pertenecientes al sistema penal, ya que *la política que un Estado adopta en materia criminal solo es un sector de toda la política social de dicho Estado, y con lo que debe mantener una fuerte unidad*.⁴⁸

A esta política en materia delictiva se denomina "*política criminal*", y se refiere a todos los procedimientos por los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal⁴⁹, sin embargo, no implica que la vía penal sea

⁴⁷ HIDALGO MURILLO, José Daniel; *Sistema Acusatorio Mexicano y Garantías del Proceso penal*. Ed. Porrúa; México, 2010, pág. 7.

⁴⁸ MORENO HERNANDEZ, Moisés. Ob. Cit. Pág. 77

⁴⁹ DELLA CUNHA, Djacon B., *Política Criminal y Seguridad Pública*, Ed. INACIPE; México, 2003, pág. 106.

el único medio para abordar dicha problemática, no obstante que en nuestro País sea la más utilizada.

Al respecto, podemos ejemplificar que frente a un determinado conflicto social el Estado puede optar entre diferentes políticas sociales, procurando elegir siempre la más la más adecuada según su naturaleza del conflicto. Cuando estas políticas sociales no funcionan, se opta por definir el conflicto como delito. En ese caso, se estaría desarrollando una política criminal. En consecuencia, la Política criminal es, un poder de definición de un conflicto como delito que ejerce en exclusiva el Estado. De aquí se desprende que la criminalización primaria o definición del delito corresponde al Poder Legislativo, y la criminalización secundaria o de definición del delincuente, al Poder Judicial, ejerciendo la facultad que tiene el estado a definir delitos (*ius puniendi*) y de perseguir al infractor (*ius persecuendi*).⁵⁰

En consecuencia, la facultad de crear delitos corresponde de manera privativa al poder legislativo, nadie puede sustituir su voluntad. En teoría constitucional hacerlo es parte de la representación axiológica que les ha sido confiada, si bien los tribunales federales pueden declarar la inconstitucionalidad de un delito o una pena, no pueden crear tipos penales ni prever castigos, es por ello que la política criminal depende exclusivamente de lo que haga el poder legislativo como productores de normas pero al mismo tiempo lo son de sus consecuencias.

El sistema penal, como su definición lo concreta, es el encargado de ejercer las decisiones de política criminal, en este sentido, el sistema penal está enmarcado por las decisiones políticas, pero limitado por la norma suprema. La norma surge en principio de una decisión política, pero es también cierto que la tiene como margen.

⁵⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J., *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Ed Trotta; Madrid, 2004, pág. 26.

El Derecho penal, conforme sus implicaciones criminales, debe orientar todos los sistemas que crean, ejecutan y administran la política criminal, pero sobre todo la actividad legislativa, brindándole el conocimiento jurídico necesario para la toma de decisiones, asistidos de una realidad empírica, la valoración de las exigencias sociales y el análisis de los medios disponibles. Por lo tanto, la política criminal es la base de nuestro sistema jurídico penal, pieza clave para lograr un estado democrático de Derecho. Los encargados de realizar esta actividad deben ser personas comprometidas con el interés social, y no con intereses políticos y/o particulares, asimismo, deben comprender de las consecuencias jurídicas y sociales que se han ocasionado por el uso indiscriminado del Derecho penal. En los últimos años, el legislador ha encontrado en la sencilla práctica de aumentar penas, una herramienta útil y eficaz para ganar votos, con el argumento firme de una mayor seguridad social, sin pensar que las consecuencias son totalmente contradictorias, violando con ello principios básicos de Derecho Penal alcanzados a lo largo de la historia, tal y como lo puntualizamos en líneas anteriores.

Más allá de incrementar la severidad de las penas, lo importante es asegurar su efectividad, garantizando su cumplimiento eficaz, inhibiendo el delito; tal y como lo señala el Magistrado Indalfer Infante González, Consejero de la Judicatura Federal, *"la probabilidad de la sanción es más importante que la sanción misma"*⁵¹. Esto conlleva a una política pública más compleja y de más largo alcance, pues requiere no solo de modificar la norma penal para tener penas más severas, sino que también implica que los ciudadanos tengan la confianza de denunciar los delitos, confianza que se logra cuando la autoridad captura a verdaderos delincuentes, los juzga mediante procesos legales y los sentencia con castigos justos y, como lo pregona la propia constitución, los reinserta a la sociedad como individuos que la dejan de destruir, para empezar a construir junto con ella.

⁵¹ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Prevención de Inocencia. Principios Fundamentales en el Sistema Acusatorio*. Ed. Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México, 2008, pág. 18.

2.4.1. Dogmática Jurídica Penal y Política Criminal

Como lo señala Fernández Carrasquilla: "la dogmática jurídica tiene por objeto, la identificación de las normas, su interpretación, su integración en un sistema coherente y no contradictorio de proposiciones verificables y crítica "externa" o político criminal, a fin de que con ellas se tome practicable una administración de justicia razonable e igualitaria y, por lo mismo, controlable y predecible. De esta manera, la ciencia dogmática del derecho penal no solo ha de demostrar como es el derecho vigente, sino también como debería ser y, por consiguiente, como no debe ser"⁵². En este sentido para crear, aplicar, enseñar o reformar una norma penal, es necesario tener conocimientos mínimos necesarios de lo que es la dogmática jurídica penal, por ello, el derecho penal juega un papel importante en la toma de decisiones del legislador, ya que debe considerar principios fundamentales de Derecho como el de intervención mínima, proporcionalidad, lesividad, legalidad, presunción de inocencia, entre otros; los cuales deben observarse y respetarse a cabalidad, ya que son base fundamental para garantizar la eficacia de la norma penal. Lamentablemente, como lo hemos venido analizando la Dogmática jurídica Penal para muchos legisladores, o mejor dicho políticos, ha quedado de lado, ya que lo único que necesitan para crear delitos y/o aumentar penas, así como cualquier otra cuestión de carácter represiva, basta que con ello se obtengan votos para el partido político patrocinador, dando una ilusión falsa a problemas sociales, sin importar las consecuencias futuras, probablemente más perjudiciales que el mismo problema.

Al respecto Beccaria señala que *"la creación arbitraria de los tipos penales y la elevación desmesurada de las penas pueden tener dos arribos dramáticos: o culminan en tragedia o desembarcan en comedia"*⁵³. Esto efectivamente es la descripción actual de nuestro sistema penal, descrito por un clásico de la

⁵² FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan; *Derecho Penal Fundamental 1*, 3ª Edición. Edit. Itáñez, Bogotá, 2007, pág. 61.

⁵³ BECCARIA, Cesar; *De los Delitos y las Penas. Estudio Introductorio de Sergio García Ramírez*. Ed. Fondo de Cultura Económica; México, 2000, pág. 46.

Dogmática Jurídica Penal. El aumento de criminalidad, la corrupción dentro y fuera de las instituciones, la violencia generalizada, se traduce en una tragedia y demuestra el fracaso de la política criminal creada por nuestros legisladores, al no comprender que las penas por mas represivas, no alcanzan por si solas en su lucha contra la criminalidad, convirtiendo la impunidad en una comedia que impera actualmente en nuestro sistema de justicia penal.

Muñoz Conde nos expone que: La dogmática juridico-penal, por tanto, trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, de delimitar los hechos punibles de los impunes, de conocer en definitiva, que es lo que la voluntad general expresada en la ley quiere castigar y como quiere hacerlo. En este sentido la dogmatica jurídico penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general de un Estado. La de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encause dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites. La dogmatica jurídico penal se presenta así como una consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal e, igualmente, como una conquista irreversible del pensamiento dogmatico⁵⁴.

Es por ello que, el legislador aparte de conocer la materia penal y/o dogmática jurídica penal, debe analizar y ponderar los beneficios y aflicciones previsibles por la misma aplicación penal, y con ello garantizar que sus decisiones no sean más nociva que el conflicto mismo o bien inadecuada para los fines que se persiguen, concluyendo que la norma penal será innecesaria. Las decisiones penales tomadas por el legislador, no pueden basarse en meras conjeturas sino en datos científicos. Para su obtención el Derecho Penal, ofrece principios fundamentales, que en aporte con otras ciencias sociales, como la historia, la estadística, la sociología, la antropología o la económica, por ejemplo,

⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General. Quinta Edición*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 200.

la garantía de efectividad a resultados positivos aumenta. El uso responsable del Derecho Penal, ofrece grandes beneficios a la sociedad para contrarrestar la violencia, no así, las reformas absurdas sin estudios previos y dogmáticos, que solo dan respuestas fáciles a problemas complicados.

Combatir la criminalidad con violencia (derecho penal), genera violencia como respuesta, en ese sentido, el legislador debe ser consciente que la disminución de la criminalidad no se encuentra en la represión, ni en el aumento de penas, ni siquiera en el derecho penal, ya que éste como control social solo debe responder para los casos más extremos y extraordinarios de violencia, donde previamente se han agotado otros medios de control social para la solución de estos conflictos, y no utilizándolo como el primer recurso para combatir estos problemas sociales. La finalidad primordial de la ciencia del derecho penal es el conocimiento de éste, como un objeto más de esa realidad que representa el mundo del delito, su lucha y su prevención. Esta labor de conocimiento constituye la base previa para la aplicación, enseñanza y reforma de derecho penal; sin saber qué es lo que dice el derecho penal, que es lo que está prohibido o permitido por él, no pueden aplicarse, enseñarse o criticarse sus normas⁵⁵.

En nuestros días, al detenerse judicialmente a un delincuente, la pregunta social obligada es que tiempo durara en la cárcel, mientras más alta sea la pena, existe un mayor sentimiento de justicia y tranquilidad, sin importar a veces, que el hecho delictivo a veces trate solo de un delito menor. La corrupción y falta de eficacia y preparación en los cuerpos policíacos y de las mismas instituciones, hace que las detenciones a delincuentes peligrosos sea escasa, por lo tanto, cuando se logra la captura de un delincuente medianamente peligroso, se publicita como un logro extraordinario, cuando realmente es el trabajo obligado del Estado. Esta situación, solo ocasiona que el legislador como medida

⁵⁵ POSADA ARBOLEDA, Raúl; *Derecho Penal, Parte General-Fundamentos*, Ed. Universidad de Medellín, Medellín-Colombia, 2010, pág. 31.

inmediata y hasta cierto punto cómoda, reforme la norma penal aumentando penas, esperando con ello que los delitos dejen de cometerse y a su vez brindar tranquilidad social que su encargo encomienda. Sin embargo la realidad es totalmente diferente, se imponen penas desmesuradas a delitos que ni siquiera protegen bienes jurídicos fundamentales, aumentando la represión policial a conductas antisociales leves, ayudando a la sobrepoblación de las cárceles, violaciones a derechos fundamentales de la víctima y del delincuente, detenciones arbitrarias, etc., actividades fuera de lo establecido por el Derecho penal; ya que se combaten las consecuencias y no las causas de estos problemas sociales, provocando solo mayor violencia.

2.5. Los Derechos Humanos como límite al sistema penal en México

Indudablemente en los últimos años los derechos humanos y sus garantías de defensa, han obtenido mayor difusión y reconocimiento en nuestro país, sobre todo con la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el diario oficial de la federación el 10 de Junio de 2011, en donde su artículo primero en lugar de otorgar los derechos, ahora los reconoce, con lo cual toda persona goza de los derechos y de los mecanismos de garantía reconocidos tanto por la constitución como por tratados internacionales firmados por nuestro país. Asimismo con la reforma al artículo 18º Constitucional, se establece que el respeto a los derechos humanos, es una de las bases sobre las que se debe organizar el sistema penitenciario, en base al trabajo, la capacitación, la educación, la salud y el deporte; es decir, nuestras cárceles deben respetar los derechos humanos y prohibir cualquier régimen penitenciario compatible con la constitución, que permita la violación de estos derechos humanos; tal como lo señala Carbonell *"la privación de la libertad de la que son objeto las personas que delinquen, no justifica en modo alguno que se violen sus derechos humanos, ni por acción ni por omisión de las autoridades"*.

Esta reforma constitucional penal no es una coyuntura pasajera, es un esfuerzo de las instituciones del Estado para garantizar el acceso a la justicia,

otorgando seguridad frente a los flagelos perversos de la delincuencia, pero preservando al mismo tiempo los principios fundamentales que permitan proteger la dignidad de la persona humana, su libertad y sus derechos fundamentales.

Toda persona condenada por un delito, tiene el derecho humano a ser sentenciada con una pena justa y proporcional al daño causado, bajos principios de debido proceso, presunción de inocencia y legalidad, obligatorios tanto para el legislador como para el juez. El legislador debe ser objetivo en la penalidad que se le impone a cada delito en particular, ya que de no hacerlo violaría los derechos humanos de cualquier personas procesada, además de los principios expresados en los artículos 18º y 22º Constitucional, como lo señala Arteaga Nava *"en la interpretación de la ley penal obliga a quienes intervienen en ellos a observar ciertos principios"*⁵⁶.

Las prohibiciones al arbitrio judicial, contenidas en el párr. 3 del artículo 14 Constitucional son específicas, están referidas a la acción interpretativa de la ley que un juez realiza, con vista a un proceso, para los efectos de determinar la pena aplicable al reo en la sentencia que le pone fin. De todos los elementos que la ciencia jurídica pone a disposición de los jueces para interpretar una norma, al momento de aplicar una pena, tiene prohibido recurrir a la analogía, la mayoría de razón y el recurrir a normas que establezcan castigos para situaciones similares, esto también debe de ser observado por el legislador, ya que no puede aplicar penas similares a delitos similares, de igual manera que el juzgador, debe de legislar otorgándole un margen prudente, pero sobretodo proporcional al delito del que se trate y al bien jurídico protegido, ya que en materia penal los juzgadores tienen prohibido auxiliarse de esos elementos, por lo tanto, debe de ser exigible igualmente para el legislador. El derecho contenido en el precepto se reduce a lo siguiente: "los jueces penales, al juzgar, deben hacerlo con base en una ley exactamenté aplicable al delito. En caso de duda, debe estarse a favor

⁵⁶ ARTEAGA NAVA, Elisse, *Garantías Individuales*. Edit. Oxford; México, 2009, pág. 153.

del reo⁵⁷. Así como la ley debe de aplicarse exactamente al delito, la pena debe ser justa y proporcionalmente al delito, siempre a vistas del debido proceso y al principio de legalidad, ya que así como el juzgador debe aplicar exactamente la pena para un delito determinado, solo puede basarse en el margen impuesto por el legislador, es por ello la importancia de la acción legislativa, ya que si el juzgador impone una pena menor a la exactamente aplicable al delito de que se trata, violaría el principio de la exacta aplicación de la ley penal, aunque el juzgador considere que no sea necesaria una pena tan alta.

2.6. Principio de proporcionalidad de la pena en los Tratados Internacionales

En México los juzgadores tienen el reto de proteger los Derechos humanos reconocidos en la gran variedad de tratados internacionales de los que es parte. De acuerdo con la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México ha firmado 181 tratados de derechos humanos. De ellos 21 son regionales y 160 mundiales; 73 vinculantes y 108 no vinculantes.

Al efecto, Guillermo Teutli, Catedrático de la facultad de Derecho UNAM señala: "México tiene una capacidad de firma muy rápida los convencen muy fácil, firman todo... Yo quiero saber cómo le van a hacer los juzgadores cuando tengan que aplicar los tratados internacionales para resolver una controversia"⁵⁸. Efectivamente, 181 tratados internacionales en materia de derechos humanos, aparentan un sistema jurídico garantista, sin embargo, la sistematización, estudio e interpretación de estos tratados, no es tarea fácil, mucho menos cuando la misma legislación local no se avoca en ellos, ni los considera en sus determinaciones, dejando a los Juzgadores en una incertidumbre jurídica por la extensa tarea de aplicarlos dentro de una norma muy delimitada, cuestión que

⁵⁷ *Idem*, pág. 154.

⁵⁸ Guillermo Teutli, entrevista ofrecida al Canal Judicial, con motivo de la publicación de su libro *Derechos Humanos y Tratados en México, jerarquía y controles constitucionales*; visible en la página: <http://canaljudicial.wordpress.com>, consultada el día 18 de noviembre de dos mil trece.

sería más fácil si desde la creación o modificación de la norma penal se respetara el contenido de estos tratados, facilitando con ello la administración de Justicia.

El artículo 1º constitucional tras la reforma de 2011, establece que en el país todas las personas gozarán los Derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. Sin embargo, trataremos de analizar aquellos tratados encaminados a la proporcionalidad de la pena, sobre todo la prisión preventiva, pieza clave en el estudio del presente trabajo. Algunos de estos tratados internacionales, son los siguientes:

a) Reglas de Tokio.

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de libertad, buscando una mayor protección a los derechos humanos y a la Dignidad Humana. Estas reglas se encuentran adoptadas desde el 14 de diciembre de 1990, en el marco del 8º Congreso de las Naciones Unidas, y señalan las medidas que la autoridad judicial tendrá a su disposición, la cual debe considerar además las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda. En el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y la víctima.

La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que se necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla y debe ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano.

En el punto 8.2 indica 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 y multas sobre los ingresos calculados por días;
- 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.

A pesar que estas medidas fueron adoptadas hace más de veinte años, nuestra legislación no ha tomado en consideración este tipo de instrumentos internacionales, lo cual nos indica la pobreza con la que se maneja nuestra política criminal, y el poco interés de conseguir un sistema penal más flexible y menos gravoso para la sociedad. Las Reglas de Tokio no solo buscan la reintegración del delincuente, si no una participación activa de la sociedad para lograr este objetivo, con el ánimo de fortalecer y subsanar ese vínculo deteriorado entre el delincuente y la sociedad.

Asimismo, que se debe poner a disposición de la autoridad competente una amplia serie de medidas substitutivas posteriores a la sentencia a fin de evitar la reclusión y prestar asistencia a los delincuentes para su pronta reinserción social. Igualmente, pueden aplicarse medidas posteriores a la sentencia, señaladas en el artículo 9.1, como las siguientes:

- 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.

Con lo anterior se trata pues, de considerar cuanto antes la posibilidad de poner en libertad al recluso de un establecimiento y asignarlo a un programa no privativo de libertad, ya que con ello se avanzaría significativamente en el tema de política criminal, y de un amplio respeto a los derechos humanos y dignidad de la persona humana, sin embargo, aun en nuestros tiempos parece que se opta por un sistema penal cada vez mas represivo a uno preventivo.

b) Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue adoptada en San José de Costa Rica y abierta a firma desde el 22 de Noviembre de 1969, la cual señala en su artículo 5º el Derecho a la Integridad Personal:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

La prisión actualmente es una pena o trato cruel como lo señala la convención, ya que en muchos casos no es necesaria, y la criminalización de la persona hace que se viole completamente el principio de Dignidad humana y presunción de inocencia entre otros. Es conocido que en nuestros centros penitenciarios no son separados los procesados de los condenados, y nunca se les brinda un trato adecuado por su condición de personas no condenadas.

Esta Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual nuestro país forma parte, trata de limitar el poder del estado en la aplicación excesiva de la pena de prisión, y tratar de prevenir el sinnúmero de violaciones a derechos humanos que la prisión preventiva ocasiona, sobre todo cuando no cumple con su función.

c) Pacto Internacional de Derecho Civiles y Politicos.

Este Pacto publicado en la Primera Sección del Diario Oficial de la Federación, el miércoles 20 de mayo de 1981, y en cuanto a la prisión preventiva señala en su artículo 9.3, lo siguiente:

9.3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Este artículo señala uno de los principios fundamentales sobre la prisión preventiva, el cual señala que la prisión preventiva debe ser una excepción y no regla general, siempre y cuando se garantice la comparecencia del acusado.



SISTEMA DE BIBLIOTECA

2.7. Política criminal y derecho penal del enemigo.

Ante la ausencia de principios jurídicos penales, fundamentales para un Estado constitucional y democrático de Derecho, como proporcionalidad, legalidad, última ratio, presunción de inocencia, etc.⁹⁹. Como lo señala Silva Sánchez, se ha provocado la llamada "expansión del derecho penal", en donde se instrumenta un sistema penal que reconoce y propone un sistema de justicia garantista, democrático, predominantemente acusatorio para los ciudadanos de primera, digamos que es uno para los ciudadanos comunes, y otro, menos garantista, menos democrático y parcialmente acusatorio, para otros, es decir combatir al nuevo enemigo común, como por ejemplo: la delincuencia organizada, también ciudadanos comunes, pero de segunda.

Para juicio de Silva Sánchez, el derecho penal debe tener "dos velocidades". Una primera velocidad, representada por el Derecho penal "de la cárcel", en el que habrían de mantenerse rigidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse de cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción⁹⁰. Esta expansión de Derecho penal, ha dado lugar a nuevos paradigmas, en donde se globaliza al derecho penal, mutando a un sistema penal de doble cara, dando lugar a nuevas teorías como la anterior, en donde no solo se deja de lado muchos principios democráticos de Derecho penal, sino muchos Derechos fundamentales, olvidándose de la inviolabilidad de la persona humana,

⁹⁹ GONZALEZ GOMEZ, Alejandro; "Estado de Derecho: ¿con un sistema penal de dos velocidades?". *Revista de Ciencias Penales, Edición Especial*. Edit. Ubuja; México, 2007, pág. 84.

⁹⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús María; *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*. Segunda Edición, Edit. IB de F., Montevideo - Buenos Aires, 2006, pág. 183.

e institucionalizando sistemas penales opresores y degradantes, completamente violatorios de Derechos humanos.

No obstante a lo anterior Silva Sánchez, propone una "tercera velocidad", en la que el "derecho penal de la cárcel concurre con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales"⁶¹. Lo anterior, como respuesta a fenómenos como la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada, o fenómenos como la criminalidad organizada y el terrorismo. Es decir, hace referencia al denominado "*Derecho Penal del Enemigo*"⁶², terminología difundida por Jakobs, en donde plantea la existencia de los *enemigos* de la sociedad, a quienes no hay que regular con el Derecho, sino combatirlos con la coacción. Algunos autores a los cuales cita, para dar mayor fundamento a su teoría son: Rousseau quien afirma: "al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano"; asimismo a Fichte que señala: "quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos (...); y finalmente a Kant: "como un enemigo (...) a quien amenaza constantemente"⁶³. Así pues, se trata de una teoría a fin de que, quien no cumple con el contrato social, no debería ser tratado como un ciudadano, sino como un *enemigo*.

Para el profesor alemán, Jakobs, el fenómeno de la creciente criminalidad tiene sus puntos agudos en cierta clase de delitos como son la criminalidad económica, el terrorismo, la criminalidad organizada y los delitos sexuales (es decir los mismos señalados por Silva Sánchez). En donde, es tal la afectación a la sociedad por estos delitos, que Jakobs propone suprimir la condición de personas en dichos delincuentes y, no solo denominarlos, sino tratarlos como verdaderos enemigos de la sociedad a quienes hay que eliminar, en tanto

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² JAKOBS, Guntter. CANCIO MELLIA, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 62.

⁶³ *Ibidem*. Págs. 25-31.

representan un peligro, mediante la coacción y no regularlos mediante Derecho, como se haría con cualquier persona.

Visto lo anterior, dicha teoría, se basa en un aumento indiscriminado de penas, limitación de garantías sustantivas y procesales, y múltiples violaciones a derechos fundamentales. Con esto, nos podemos dar cuenta que el incremento de penas, ha ocasionado que ante la aparición de nuevas figuras delictivas, como la delincuencia organizada y el terrorismo, las penas ya no parezcan suficientes para hacerles frentes a estos nuevos delitos, en virtud del abaratamiento de las mismas; es por ello que, teorías como está no parezcan tan descabelladas y alejadas (incluso aplicadas) a la realidad.

El imponer un *derecho penal del enemigo* implicaría vivir en un Estado de Excepción permanente, lo cual es muy peligroso para la sociedad y el Estado de derecho, ya que el abarcar con el Derecho Penal sea cual sea su velocidad, tendría como respuesta mucha mayor violencia, tal como lo señala el propio Silva Sánchez, el propio Derecho penal es un mal, por lo cual, el Estado solo debe de utilizar el mal necesario para combatir otro mal de mayor magnitud, en ese sentido la mínima intervención del Derecho Penal debe ser la única vía correcta para combatir a la criminalidad, de forma proporcionada y garantizando el respeto de los derechos fundamentales de cada persona, independientemente de su calidad penal.

Con la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, responde a una necesidad de posicionamiento político frente la exigencia social de mayor seguridad, sin embargo contempla figuras dignas de un Estado autoritario y policiaco y, por tanto, peligrosamente arbitrario e intolerante. Se ha preferido transitar por el camino fácil, sin destino a la vista, de combatir tan solo los efectos y no las causas del delito, esto es: perseguir, encarcelar delincuentes, y para ello se arma un armazón judicial compuesto de los elementos más negativos que en esta materia se puedan emplear: espionaje policiaco, penas más altas, mano dura, restricción de derechos, etc.; la sociedad busca mayor seguridad, pero esa

seguridad no significa dar marcha atrás a principios fundamentales alcanzados con sacrificios ahora olvidados del pueblo indignado ante las dictaduras y el despotismo. El precio de dar mayor seguridad a la sociedad, o mejor dicho la apariencia de dar más seguridad sea la limitación de libertades.

Así pues, estas consecuencias no tienen otro argumento más, que de la lucha contra la delincuencia organizada, ya que, si se analiza bien, la mayor parte de la delincuencia se organiza. Los delitos más violentos y dañinos a la integridad y libertad de las personas son de delincuencia organizada, pero también muchos otros, los que atentan en contra del patrimonio y se llevan a efecto por varios individuos con una deliberación previa y alguna división de trabajo. Ciertamente, hay que combatir con energía a la delincuencia que se organiza para el tráfico de drogas, robo de vehículos, secuestro, tráfico de armas, entre otros; pero también deben combatirse delitos iguales o más dañinos como la administración fraudulenta, peculado, ejercicio indebido del servicio público, la coalición de servidores públicos que son delitos que se cometen en grupo y con previo acuerdo⁶⁴.

Por ello no es posible sustentar cambios hacia atrás en nuestra legislación constitucional, cada vez es más común escenas de cateos con armas de alto poder, uniformes de combate en las calles, detenciones arbitrarias a simples ciudadanos, confesiones obtenidas a golpes, tirones de cabellos, patadas, entre muchos otros atropellos, todo justificado por la necesidad de contrarrestar el miedo provocado por las mismas instituciones, con el afán de regresar al paraíso perdido de la seguridad. Lamentablemente, como nos hemos dado cuenta, nos encontramos ya, ante la aplicación de un *Derecho Penal del Enemigo* que Jakobs predecía, en donde el *enemigo* principal es la delincuencia organizada, pero mañana ¿Qué sigue?. Si se sigue en la misma posición de aumentar penas, crear nuevos delitos, abandonar la prevención y las causas de los delitos, implementando aparatos represivos en contra de la sociedad, el Estado terminara

⁶⁴ BATIZ VAZQUEZ, Bernardo, "Responde la reforma constitucional a los principios rectores de un Estado de Derecho?". Revista de Ciencias Penales. Edición Especial. Edn. Ubiqun, México, 2007, pág. 34.

por destruirse así mismo. Hasta ahora, la doctrina penal solo habla de tres velocidades, pero si seguimos en la misma línea probablemente en un futuro no muy lejano se pueda hablar de una cuarta quinta, sexta, y así sucesivamente, hasta que el Estado se dé cuenta que la violencia la genera con sus propias decisiones, y que el Derecho Penal no es la panacea a los problemas sociales. Así pues, podemos concluir en que actualmente, el Derecho Penal no tiene otra función más que la represión, así de tajo, incluso más allá que el propio funcionalismo radical extremo, el Derecho Penal no solo no tiene por cometido principal la protección de los bienes jurídicos, tampoco persigue el restablecimiento de la confianza de los ciudadanos en la norma vulnerada por el delito, sino simple y sencillamente, la represión⁶⁵.

⁶⁵ GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro. *Ob. Cit.* pág. 87.

CAPITULO TERCERO

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL PRINCIPIO PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

3.1. Concepto de Principio.

Principio significa base, fundamento, origen, causa, inicio, comienzo, razón sobre la que se soporta un análisis en cualquier materia. La sustancia de los principios se constituye a través de normas básicas debeladoras de las convicciones de la ciencia, del Derecho y la sociedad, respecto a los problemas fundamentales de su organización (científica, jurídica o social)⁶⁶.

En el contexto jurídico, Principio, se define como una norma relativamente general que es aceptada por el sujeto normativo, contemplándola como pauta general de comportamiento a la que es deseable adherirse y que tiene de este modo fuerza explicativa y justificadora en relación con determinadas reglas para la decisión jurídica⁶⁷. Asimismo Alexy señala que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de los posible según exista posibilidades jurídicas y fácticas⁶⁸.

Con estas definiciones podemos decir brevemente, que un principio jurídico es una norma preestablecida para el funcionamiento y entendimiento de alguna materia específica, necesaria para su explicación y justificación en decisiones políticas jurídicas, que en Derecho penal deben tener carácter vinculante en las prácticas legislativas.

Es necesario establecer la diferencia entre principio y regla, la cual consiste principalmente en el "tratamiento" que la ciencia del derecho otorga a reglas y principios. Sólo a las reglas se aplican los variados métodos de la

⁶⁶ FLÓREZ VALDES ARCE, Joaquín; *Los principios generales de derecho y su formulación constitucional*. Ed. Civitas; Madrid España, 1990, pág. 63.

⁶⁷ MACCORMICK, Neil. *Razonamiento Legal y Teoría Legal*. Ed. Oxford University Press. 1978, pág. 260.

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción Ernesto Garzón Valdés; Madrid, España; 2002; pág. 87.

interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras.

3.2. Concepto de Proporcionalidad.

Proporcionalidad significa equilibrio, balanceo, equivalencia, ecuanimidad, medida, equidad, justo medio, igualdad, imparcialidad, armónico, ponderado, nivelado, contraste, simétrico, ajustado, adecuado, compartido.

En este sentido la proporcionalidad tiene el carácter de principio en tanto hace parte del inicio que conforma el orden normativo, es decir, es uno de sus orígenes. Y lo es en la medida en que contiene unas de las pretensiones de corrección del sistema: evitación de excesos, defectos e indefensiones dentro de la concreción material del orden jurídico⁴⁹. El principio de proporcionalidad es una base imprescindible del orden de normas porque contiene la concepción de un modelo de justicia desde el plano del equilibrio de intereses jurídicos. En esta medida proporcionalidad es justicia, porque transmite su esencia en las relaciones de interés jurídico convertido en equidad. El cimiento conceptual de la proporcionalidad es la equidad y esta significa distribución ecuánime de los intereses jurídicos.

3.3. Antecedentes del Principio de Proporcionalidad de la Pena

Bernal Pulido, aproxima el inicio histórico del principio de proporcionalidad de la pena en Grecia, dentro de la producción científica del momento: "La proporcionalidad es una noción general, utilizada desde épocas remotas en las matemáticas y en otras diversas áreas del conocimiento. La relación entre el medio y el fin, que constituye la base epistemológica de la proporcionalidad, se

⁴⁹ LONDOÑO AYALA, César Augusto; *Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal*. Ed. Nueva Jurídica; Bogotá, Colombia. 2012; pág. 50.

rebeló ya como forma de pensamiento en la filosofía práctica de la Grecia clásica del conocimiento⁷⁰.

En el libro V de la *Ética a Nicomaco*, Aristóteles desarrolla la idea de justicia como proporcionalidad, como igualdad proporcional, es decir, como proporción en términos de igualdad de razones. Lo proporcional es un término medio (justo medio) entre extremos desproporcionados, porque lo proporcional es el medio, y lo justo es lo proporcional. Lo justo es el medio entre lo mucho y lo poco. Por tanto, esta idea de justicia envuelve una prohibición de exceso y se vincula a los criterios de adecuación, necesidad y razonabilidad⁷¹.

En el sector jurídico penal, la concreción jurídica del principio de proporcionalidad se realizó por medio del derecho penal sustancial: Se sabe que su formulación inicial, se encuentra en el ámbito del Derecho Penal sustantivo, en el que adquirió relevancia particular debido a la necesidad de que las penas (privativas de libertad), fuesen proporcionadas a la gravedad del delito cometido, esto es, que la sanción a imponer no resultara más gravosa que la lesión al bien jurídico protegido penalmente⁷².

Como concepto propio de la fundamentación de la sanción penal, el principio de proporcionalidad tuvo su máximo, tal y como lo describe Bedoya Bedoya y Delgado Bules:

"La idea de proporcionalidad de la pena tiene un antecedente en el siglo XVIII y (...) en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que en su artículo 8vo. Señala que *la Ley no debe establecer otras penas que las estrictamente evidentemente necesarias*, de donde se colige la existencia del principio de

⁷⁰ BERNAL PULIDO, Carlos; *El Principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Madrid, España, 2003; Pág. 37.

⁷¹ BEDOYA BEDOYA, Cesar Augusto. DELGADO BULLES, Francisco Antonio; *Control de Garantías y Principio de Proporcionalidad en el Proceso Penal Acusatorio. Ley 906 de 2004*. Ed. Dike, Bogotá; 2007. pág. 15.

⁷² PERELLO DOMENECH, Isabel; "El Principio de Proporcionalidad y la Jurisprudencia Constitucional". *Revista Jueces para la Democracia* No. 28, Marzo de 1997, Madrid, España. Pág. 69.

proporcionalidad. Y en encontramos igualmente con Beccaria su concepción del principio de proporcionalidad y la teoría sobre la finalidad de la pena que establecía que la prevención general solo podía basarse en el daño social producido, independientemente de la culpabilidad del autor, que, por un lado, consideraba imposible de conocer y, por otro, reputaba contradictoria como objeto de indagación respecto al daño social como fin de la pena, otorgándole el principio de proporcionalidad penal un componente teleológico⁷³.

Asimismo Cabos y Vives nos dicen que fue en el Derecho penal alemán donde surgió el principio de proporcionalidad en el derecho de policía, llevando luego al derecho administrativo y aplicado luego al derecho penal⁷⁴.

La primera alusión que se realizó en Alemania al principio de proporcionalidad, en relación al proceso penal, tuvo lugar en una resolución del *deutscher Journalistenag*, tomada en Bremen el 22 de Agosto de 1875, en el que se solicitaba que las medidas coactivas dirigidas contra periodistas que se negaran a declarar como testigos fueran proporcionales a las penas previstas para los delitos perseguidos. Aquella resolución supuso un primer aviso sobre la necesidad de trasladar al proceso penal el principio de proporcionalidad conocido ya en el Derecho Administrativo de policía.

Bernal Pulido asevera que el principio de proporcionalidad se ha prolongado espacio-temporalmente por los diversos órdenes jurídicos como criterio orientador de justicia material que apunta a la observancia de los derechos fundamentales en vista de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial.

El principal factor desencadenante de esta notable difusión del principio de proporcionalidad fue la preponderancia que durante esta época adquirió la reivindicación de los derechos individuales frente al Estado. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días, la utilización del principio de proporcionalidad, como criterio para fundamentar las decisiones de control sobre

⁷³ BEDOYA BEDOYA, Cesar Augusto. DELGADO BUILLES, Francisco Antonio. Ob. Cit. Pág. 39.

⁷⁴ COBOS y VIVES; *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Valencia; España, 1987, pág. 63.

los actos de la Administración, se ha generalizado en las jurisdicciones administrativas europeas. Su aplicación ha proliferado de país en país y se ha difundido a lo largo de los diversos campos del Derecho Administrativos (...), y otros ordenes normativos⁷⁵.

El principio de proporcionalidad es indispensable para el reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente al estado, ya que con ello se evitan muchas arbitrariedades e injusticias por parte de la autoridad; desde clásicos como *Beccaria* se hacía referencia al principio de proporcionalidad, en su obra '*De los delitos y las penas*', en donde propugnaba que '*la pena proporcional a la culpabilidad era la única pena útil*'. Tomando en cuenta lo anterior, es evidente que el principio de proporcionalidad de la pena no es para nada actual, ni siquiera novedoso; sin embargo, no ha tenido la difusión y el cumplimiento como otros principios de Derecho Penal, como el principio de dignidad de la persona, mínima intervención, lesividad, etc., que son pieza fundamental para que las decisiones legislativas penales logren su objetivo social, y sobre todo como garantía de defensa de derechos humanos. En este sentido, su observancia y respeto debe ser una obligación en nuestro sistema penal en la creación y aplicación de normas jurídicas, ya que son resultados de un esfuerzo histórico incansable para lograr estas garantías del Derecho Penal, ya que de no ser así y de no existir, la sociedad seguiría condenada a las consecuencias catastróficas que se han vivido pasado, tal y como alguna vez lo menciona Bonaparte 'quien no conoce su historia está condenado a repetir sus errores'.

3.4. Principio de Proporcionalidad de la Pena

La grave intromisión en derechos fundamentales que representan las penas y las medidas de seguridad ha de estar sujeta al mismo principio que debe legitimar cualquier afectación de derechos fundamentales por parte del Estado: el

⁷⁵ BERNAL PULIDO. Ob. Cit. Págs. 37-42.

principio constitucional de proporcionalidad de la pena. Según éste, tales intromisiones estatales requieren tres condiciones: 1) necesidad de la afectación; 2) idoneidad de la misma para conseguir su objetivo; 3) proporcionalidad en sentido estricto entre la lesión de derechos que supone la intervención estatal y el beneficio social que con ella se obtiene⁷⁶. En derecho Penal los bienes jurídicos – penales son los puntos de referencia de estas exigencias del principio de proporcionalidad. La necesidad y la idoneidad de la intervención penal lo han de ser para la protección de bienes merecedores de tal protección, esto es, de intereses directa o indirectamente fundamentales para los ciudadanos. La comparación de costes y beneficios que requiere una proporcionalidad en sentido estricto debe efectuarse entre la gravedad de los derechos afectados por la pena o medida y la importancia de los bienes jurídico – penales afectados por el delito. Por la vía constitucional encuentra legitimación la función de prevención del Derecho Penal, en la medida en que es la forma de proteger intereses fundamentales de los seres humanos, y al mismo tiempo se incluye el único aspecto admisible de la idea de retribución: la necesidad de que exista proporcionalidad entre la pena y el delito –con la ventaja, además, de que esta proporcionalidad puede extenderse también a las medidas de seguridad⁷⁷. Se encuentra así la única forma de proteger tanto a los ciudadanos de los delitos, como de proteger a los delincuentes de una afectación excesiva a sus derechos por parte del Estado.

Este principio implica el legislador, en la determinación de la pena en abstracto, la consideración del fin de la protección de la norma penal, esto es, del bien jurídico de que se trate. La pena se determinara normativamente en abstracto conforme a una jerarquización de los bienes jurídicos. En un Estado social y democrático de Derecho están, sin duda, en un primer plano los bienes jurídicos básicos para toda persona: libertad, la vida, la salud, etc.

⁷⁶ MIR PUIG, Santiago: *Estado, Pena y Delito*. Ed. B de F. Buenos Aires, Argentina, 2006, pág. 339.

⁷⁷ *Idem*. Pág. 340.

Es importante para el Derecho Penal que, el legislador aplique adecuadamente la proporcionalidad entre el bien jurídico dañado y la consecuencia jurídica, ya que implica atacar de fondo problemas como la sobrepoblación carcelaria, impunidad, aumento de la delincuencia, victimización social entre otros problemas actuales. Debe existir una armonía inherente entre la norma penal y el principio de *ultima ratio* del derecho penal, ya que muchos delitos pueden ser tratados con métodos menos gravosos y sobretodo más efectivos, ya que actualmente por las condiciones en las que se encuentra nuestro sistema penitenciario requiere de una desintoxicación y renovación estructural, en virtud de que las sanciones penales ni reinseran, ni resocializan, mucho menos previenen el delito; lo que pone en entre dicho un sistema penal ya que jurídicamente, ya no hay una razón válida para seguir aumentando penas, más que la misma retribución y en muchos casos una retribución exagerada.

El legislador debe estar obligado a observar y aplicar el principio de proporcionalidad de la pena en sus decisiones de política criminal, para mejorar la calidad de las normas penales que actualmente rigen nuestro sistema penal y por el hecho de ser un mandato Constitucional. Sin embargo, constantemente se omite de forma desvergonzada, en la práctica se legisla de una manera completamente contraria a lo establecido por el artículo 22 de nuestra propia Constitución Política. Por ello, más que reformas garantistas, esperanzadoras y con firmas de tratados internacionales que protegen cada vez mas Derechos humanos, lo que la sociedad ocupa es que primeramente se acate de manera firme lo señalado por nuestra Constitución Política, y que se cumplan de manera cabal los principios y Derechos que actualmente reconoce, ya que por mas tratados internacionales que se firmen, si no se cumplen, solo serán letras muertas.

Para nosotros el principio de proporcionalidad de la pena limita aquellas intrusiones excesivas del Estado a Derechos fundamentales, al exigir al legislador la idoneidad y necesidad de sus determinaciones de política criminal y atacar coactivamente un problema social. Estas determinaciones legislativas si

no son idóneas y necesarias para la solución del problema social, en respeto al artículo 22º Constitucional, entonces serán inconstitucionales y erróneas. De igual manera limita el *ius puniendi* del Estado, ya que exige una proporcionalidad entre la sanción y el daño causado, bajo los parámetros establecidos en el artículo 18º Constitucional. Por ello, consideramos que es uno de los principios de Derecho penal que protege de forma más amplia a los Derechos fundamentales de víctimas y delincuentes, ya que busca castigar solo aquellos delitos que por su gravedad merezca una sanción penal, por lo que la investigación y sanción a estos delitos sería tratada de manera más eficaz, de igual forma garantiza penas justas y proporcionales orientadas a la reinserción social del delincuente.

3.5. Fundamento Constitucional del principio de proporcionalidad

El fundamento jurídico del principio de proporcionalidad de la pena, se encuentra establecido por el artículo 22 de nuestra Constitución mexicana, que a la letra dice: ***"QUEDAN PROHIBIDAS LAS PENAS DE MUERTE, DE MUTILACION, DE INFAMIA, LA MARCA, LOS AZOTES, LOS PALOS, EL TORMENTO DE CUALQUIER ESPECIE, LA MULTA EXCESIVA, LA CONFISCACION DE BIENES Y CUALESQUIERA OTRAS PENAS INUSITADAS Y TRASCENDENTALES. TODA PENA DEBERA SER PROPORCIONAL AL DELITO QUE SANCIONE Y AL BIEN JURIDICO AFECTADO."*** Este artículo fue reformado el 18 de junio de 2008, estableciendo tácitamente el principio de proporcionalidad de la pena y otorgándole el rango constitucional, por lo tanto, debe tener sujeción vinculante para los tres niveles de gobierno, es decir, desde la creación y/o modificación de penas, aplicación y ejecución. De cualquier forma, el principio de proporcionalidad y su categoría constitucional ya se encontraba establecida en una serie de principios que brindaban génesis para la existencia del principio de proporcionalidad, pero con reconocimiento literal de nuestra constitución, el legislador, administradores y ejecutores de justicia, no tienen excusa legal para omitir la aplicación de este principio en las decisiones penales y de política criminal.

3.6. Elementos del principio de Proporcionalidad

La idea de la proporcionalidad evoca una relación adecuada entre cosas diversas, que la hace razonable por ser armónica y materialmente justa; además de emplearse en ciencias y artes formales (matemáticas, arquitectura, diseño, etc.), también es parámetro de calificación de la conducta humana en la ética y el derecho.⁷⁸ El derecho, al ser una manifestación de uno de sus valores fundamentales 'la justicia', hace que el concepto de proporcionalidad pueda extenderse y subyacer en cualquier ámbito jurídico (internacional, civil, penal, etc.), incluyendo las normas jurídicas y sus sanciones jurídicas. El principio de proporcionalidad representa un aspecto especial de una justa medida entre objetos diversos que sirve para calificar si una medida en verdad resulta imprescindible para la protección de un interés público o no lo es.

El principio de proporcionalidad es la forma más útil y práctica para resolver estos conflictos. Actúa en su realización como método de ponderación a partir de la concreción analítico-argumentativa de tres categorías que vislumbran racionalmente si una decisión jurídica del Estado es consecuente o no con las especificaciones normativas de la constitución. Las tres categorías corresponden a los subprincipios o subjuicios de valoración constitucional de una medida denominados como **idoneidad, necesidad y principio de proporcionalidad en estricto sentido o balanceo**⁷⁹.

El principio de proporcionalidad *lato sensu* comprende entonces, el examen de tres aspectos que debe satisfacer la medida para intervenir lícitamente los derechos fundamentales; 1) ser *idónea* para conseguir un fin constitucional legítimo, por tender naturalmente a ello; 2) ser *necesaria*, por afectar en lo mínimo posible al derecho fundamental en cuestión, y 3) ser

⁷⁸ LONDOÑO PERALTA, Cesar Augusto; *Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal*, Ob. C.I. Pág. 300.

⁷⁹ SANCHEZ GIL, Rubén; *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia Mexicana*. Ed. Universidad Externado de Colombia; Bogotá D.C.; 2007. Pág. 19.

proporcionada sentido estricto, porque cualitativamente el beneficio que obtiene el fin es mayor o igual al perjuicio que ocasiona al derecho fundamental.

Respecto a estas características la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se ha pronunciado, en el sentido que el principio de proporcionalidad de la pena no sólo debe tener una finalidad constitucionalmente legítima, sino también superar el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.⁸⁰

En un Estado social y democrático de Derecho las reacciones punitivas proporcionales han de responder a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que guían y limitan todas las intervenciones del poder estatal en relación con los derechos fundamentales que resultan comprometidos con las sanciones del derecho penal. Y al ser la sanción penal extrema ratio que puede restringir las libertades de las personas, exige que estos principios sean observados tanto en la creación y aplicación de sanciones jurídicas penales, ayudando con esto a la limitación de poderes, y a una mayor protección de los derechos fundamentales de los sujetos dentro del proceso penal. El análisis de estos elementos intrínsecos se presenta a continuación.

3.6.1. Juicio de Idoneidad.

La idoneidad, adecuación, aptitud o utilidad es el subjuicio de valor constitucional del principio de proporcionalidad que realiza un análisis que recae sobre contenidos estrictamente teleológicos, esto es, es el componente de la proporcionalidad encargado del estudio de los diferentes objetivos que se

⁸⁰ SANCIONES PENALES. CONSTITUYEN UNA INTERVENCIÓN EN DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PUEDE ENJUICIARSE DE CONFORMIDAD CON LAS TRES GRADAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO. El principio de proporcionalidad en sentido amplio constituye una herramienta argumentativa para examinar la legitimidad constitucional de cualquier medida estatal que afecte los derechos fundamentales de las personas. Por tanto, para que una pena sea proporcional desde este punto de vista no sólo debe tener una finalidad constitucionalmente legítima, sino también superar el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. [Décima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 1a. Sala, S.J.F. y su Gaceta; Libro II, Noviembre de 2011, Tomo I; Pág. 209. Véase Amparo directo en revisión 181/2011.

detectan dentro del contexto de una decisión jurídica emanada de los sujetos jurídicos.

Para dimensionar un estudio constitucional fundamentado en propósitos, es necesario que exista un medio por el cual se genere el cumplimiento de los objetivos consagrados en la norma fundamental. Así, se desarrolla el subprincipio de idoneidad como juicio de valoración constitucional que relaciona dos entidades jurídicas denominadas *medio y fin*⁸¹.

El medio corresponde al instrumento o medida a través del cual se busca la concreción material de objetivos plasmados en la constitución, ya limitando o reafirmando la vigencia fundamental de las garantías sustanciales constitucionales. El fin apunta a establecer la especificación de un objetivo consagrado en el sistema axiológico de la Norma Fundamental que se espera materializar en la dinámica del ordenamiento jurídico. El fin ha de ser legítimo. Esto significa que las finalidades planteadas en la decisión jurídica han de ser consecuentes con las elaboradas por el sistema constitucional, lo cual quiere decir que legítimo es equivalente a la constitucionalidad de la finalidad, entre otras palabras, legitimidad y constitucionalidad son equiparables. De esta manera, las finalidades de la medida son legítimas o constitucionales.

Este subjuicio de idoneidad es un primer análisis jurídico-constitucional que supera casi todas las decisiones jurídicas, en vista que ellas suelen perseguir fines que no se encuentran proscritos por la constitución. Corresponde a los operadores jurídicos la carga argumentativa de la legitimidad y justificación de la concreción material de la finalidad y medio estipulado en la decisión jurídica, debiéndose demostrar que la medida es útil para la consecución de un propósito⁸². La motivación de la medida debe permitir la adecuación entre la

⁸¹ LONDOÑO PERALTA, Cesar Augusto. Ob. Cit. Pág. 308.

⁸² FARFAN MOLINA, Francisco; *Eutanasia, Derechos Fundamentales y Ley Penal*. 2da. Edición. Ed. Nueva Jurídica; Bogotá D.C., 2008. Pág. 181.

limitación del derecho fundamental y la finalidad de la medida misma en relación con la obtención de un resultado jurídico.

Jurídicamente no puede aceptarse una relación entre medios y fines definida por objetivos incomprensibles, ininteligibles, difusos, contradictorios, inconsecuentes con la entidad de la medida elegida. Los propósitos trazados para la consecución de la medida han de ser los apropiados y compatibles.

Medio significa el recurso, instrumento, elemento, herramienta o procedimiento con el cual se busca materializar alguna pretensión, y se expresa cualitativa y cuantitativamente. El medio frente al objeto al que apunta debe ser el más racional, útil y adecuado para la concreción pragmática de la pretensión contenida en el medio. El medio cualitativo es entonces aquel que haga posible material y prácticamente la realización de la pretensión que tiene por objeto concretar el medio en la realidad. El medio cuantitativo se refiere al número de instrumentos, procedimientos, etc., o a la dimensión numérica tangible en la percepción analítica del medio visto como unidad.

Fin es el propósito, objetivo, finalidad, pretensión, intención. Fin es la proyección teórica de una situación o circunstancia que se busca materializar y que a través de los medios logra su especificación en la realidad. El fin es la instancia modeladora de la práctica.

Todo fin requiere un medio para realizarse. Hasta el mismo medio resulta siendo un fin para la realización del fin mismo. El fin es pues la génesis de toda expectativa que se tiene como objeto que se espera concretar en la realidad. El fin en si mismo ha de presentarse como racional, posible, operativo y tangible. El fin impracticable o irrazonable no es fin, ni siquiera podría generar la noción de inicio de una idea de fin por la imposibilidad material de realizarlo.

La otra percepción teleológica del subjucio de idoneidad corresponde a verificar específicamente, teniendo en cuenta el conflicto jurídico concreto, si los objetivos plasmados en la decisión jurídica se corresponden con el medio empleado. La relación medio-fin ha de resultar ecuánime si se pretende lograr la legitimidad constitucional de la medida, de ser de otra manera, el vínculo medio-fin devendría en una declaratorio de constitucionalidad. Los medios y fines deben hallarse en consonancia para poder cumplir constitucionalmente sus pretensiones⁸³. La relación entonces entre medio-fin ha de permitir un estrecho ligamen que conlleve a determinar la constitucionalidad de la medida.

El test de idoneidad es muy importante, sobre todo para el legislador, ya que debe razonar y estudiar la idoneidad del medio (aumento de penas, prisión, tipificación de nuevos delitos, etc.), para conseguir el fin (seguridad social, prevención de delitos, despresurización de cárceles, reinserir delincuentes, etc.). Considerando que nos encontramos en un país, en donde según datos del INEGI y otras instituciones, hay más de 2,500,000 millones de ciudadanos económicamente activos sin empleo, más de 52 millones de pobres, y con un sistema penitenciario de aproximadamente 206 reos por cada 1000 mil habitantes, y séptimo lugar en América Latina en población penitenciaria con 238269 presos, de los cuales el 53% espera una sentencia, y donde solamente se castiga el 2% de los delitos cometidos, sin entrar a cuestiones vinculadas con la cifra oscura (la cual indica que 3 de cada 4 delitos cometidos no son denunciados ante una autoridad); por lo que indudablemente, es necesario que todas estas circunstancias y cifras deban ser consideradas en decisiones legislativas, ya que de no ser así, solo provocaría mayores problemas sociales, como mayor impunidad y corrupción, tal y como vemos reflejado en nuestros días. Por ello, el legislador debe valorar la idoneidad de la norma penal para llegar a la solución del problema, legislando de manera objetiva y en apego a los principios constitucionales de Derecho penal, pero sobre todo de una manera

⁸³ LONDOÑO AYALA, Cesar Augusto. Ob. Cit. pág. 314

más apegada a la realidad social, y no en la utopía en la que viven nuestros legisladores, donde no pasa nada.

3.6.2. Juicio de Necesidad.

El principio de necesidad reclama que el Estado únicamente está justificado para criminalizar conductas en tanto sea un medio imprescindible para la protección de bienes jurídicos fundamentales y para asegurar la convivencia social pacífica. "si el derecho penal en un Estado Social se legitima solo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. El principio de necesidad conduce pues a la exigencia de utilidad"⁸⁴. Por ello cuando se demuestre que una determinada sanción penal es inútil para cumplir con su objetivo protector debe desaparecer (por ejemplo delitos como: estupro, pandillerismo, desobediencia, ultrajes a la moral, etc.).

Desde la ilustración y la Revolución Francesa se ha venido proclamando que toda pena que no deriva de la absoluta necesidad es tiránica. El artículo 8º de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, expresa: "La Ley no debe establecer otras penas que las estricta y manifiestamente necesarias". Por su parte, Cesare Beccaria concluyó: "Para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe ser la pena pública, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes"⁸⁵. De suerte que, allí donde la pena resulta innecesaria, es injusta.

Del principio de necesidad se derivan otros postulados que le dan un contenido preciso, tales como: el principio de subsidiariedad, según el cual el derecho penal ha de ser la *ultima ratio* o *extrema ratio*, es decir, debe ser el último recurso a utilizar y a falta de otros menos drásticos. Asimismo el principio

⁸⁴ BUSTOS Y RAMÍREZ y NORMAZABAI. *Mataré, Lecciones de derecho penal*. Edit. Trotta, Madrid, 1997, pág. 15.

⁸⁵ BECCARIA, Cesare. *Op. Cit.* pág. 46.

del carácter fragmentario del derecho penal solo ha de sancionar aquellas lesiones gravísimas de bienes jurídicos esenciales para la convivencia social pacífica.

El principio de necesidad, también denominado de intervención mínima, de la alternativa menos gravosa o de subsariedad, es un subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones (incluso protecciones y promociones que pueden tener efectos colaterales sobre otros derechos), que pudieran obtener en su ejercicio los poderes públicos. Obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos⁸⁶.

Frente al postulado político criminal de necesidad de las sanciones penales, las reacciones punitivas, sean penas o medidas de seguridad, se justifican o legitiman únicamente en la medida en que haga falta y sean útiles socialmente, lo cual acontece cuando los beneficios que con ella se obtienen (protección de bienes jurídicos y defensa del sistema social) son superiores a sus costos (los sufrimientos que conllevan y lo que socialmente cuesta imponerlas)⁸⁷. La aplicación de las sanciones penales solo es racional cuando sus efectos no pueden conseguirse por medios menos severos. Con el principio de necesidad también llamado de intervención mínima se quiere decir que los bienes jurídicos no solo deben ser protegidos por el derecho penal, sino también ante el derecho penal. Es decir, si para el restablecimiento del orden jurídico violado es suficiente con medidas civiles o administrativas, son estas las que deben emplearse y no las penas⁸⁸.

⁸⁶ GONZALEZ - CUELLAR SERRANO, Nicolás; *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Ed. Colex; Colombia, 1990. Pág. 189.

⁸⁷ POSADA ARBÓLEDA, Néstor Raúl; *Derecho Penal, Parte General-Fundamentos*. Edit. Universidad de Medellín; Medellín-Colombia, 2010, pag. 337.

⁸⁸ MUÑOZ CONDE Francisco, GARCÍA ARAN Mercedes; *Derecho Penal, Parte General*. Ob. Cit. pág.88.

Pero el bien jurídico no es por sí solo criterio suficiente para limitar el poder punitivo del estado; depende además, como dice Hassemer, "del criterio de merecimiento de la pena, es decir, del juicio de si un comportamiento concreto que afecta un determinado bien jurídico debe, por la gravedad del ataque, por la propia importancia del bien jurídico, etc., ser sancionado penalmente. En esta decisión el legislador se guía no solo por criterios de justicia, sino también de oportunidad y utilidad social"⁸⁹. Pues bien, se debe de esperar que el legislador prevé algunos eventos de no aplicación de la pena por considerarla innecesaria, supuestos en los que hay lesión al bien jurídico pero el legislador considera que no hay merecimiento de la pena. Por ejemplo: tal sería el caso del conductor que, retrocediendo su vehículo imprudentemente, le ocasiona la muerte a su hijo menor. Bastante dolor tiene el conductor con perder a su hijo y por su culpa, como para añadirle una sanción penal que resulta ostensiblemente innecesaria.

La materialización del principio de necesidad de las sanciones penales se ve en la consagración del principio de oportunidad, con la nueva reforma del 18 de junio del 2008, y la entrada del sistema de justicia penal acusatorio en nuestro país, que faculta a la fiscalía para que, no obstante de existir fundamento para adelantar la persecución penal, renuncie a ella por razones de política criminal.

Pero la necesidad de la sanción penal también debe examinarse dentro del marco de la prevención especial, es decir, la sanción debe estar orientada de manera prioritaria a la resocialización, ofreciéndole al sentenciado la oportunidad de una vida social futura sin delitos ni penas. Resultan innecesarias aquellas sanciones penales que producen un efecto inevitable de deshumanización o desocialización del condenado, que no sirven para recuperarlo a la vida social pacífica, tolerante y respetuosa de los derechos ajenos. En ocasiones, no obstante haberse cometido un delito, resulta más aconsejable mantener el hábitat propio del procesado (trabajo, familia, estudios, actividades cívicas, status social,

⁸⁹Idem, pág. 89.

alejamiento de factores de discriminación, formación religiosa, cultural, política, etc.), que someterlo a las graves e incalculables repercusiones que implica la reclusión en un establecimiento carcelario.

El principio de necesidad de las sanciones penales vincula al legislador en el momento de la creación de los tipos penales, porque no puede elevar a categoría de delito todas las acciones sociales que atacan bienes jurídicos, ni tampoco todos los bienes jurídicos pueden ser objeto de protección penal. El legislador debe castigar como delitos únicamente las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes. La restricción de la libertad individual solo es necesaria cuando se trate de proteger valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un estado social y democrático de derecho. En virtud del principio de necesidad el legislador debe dejar sin castigo acciones meramente inmorales (estupro por ejemplo). Solo se deben crear tipos penales, en los que se defiendan bienes jurídicos esenciales contra ataques de especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones (dolo) y excluyendo la punibilidad de la comisión culposa o imprudente en la mayoría de los casos⁹⁰. Solo debe tipificar una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento se estima como antijurídico.

El principio de necesidad se encuentra dirigido a los jueces, quienes deben aplicarlo al momento de la conjugación de la pena con el juicio de reproche, ya que debe constar si la conducta comporta lesión o puesta en peligro para el bien jurídico tutelado, ya que convierte a la idea del bien jurídico en un elemento central de la interpretación del tipo penal y, por tanto, del alcance de su aplicación. Por ello, no deben castigarse delitos inocuos, ni conductas socialmente adecuadas, no obstante de que se encuentren formalmente descritas en la norma. La exigencia de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos, requiere que se incriminen conductas, y no meros

⁹⁰ POSADA ARBOLLEDA, Néstor Raúl. Ob. Cit. pág. 340

pensamientos, actitudes o modos de vida, como corresponde a un derecho penal de acto, al que se opone la idea autoritaria de un derecho penal del autor.

3.6.3. Juicio de Proporcionalidad en Estricto Sentido

La ponderación consiste en armonizar o en establecer un orden de preferencia o paritario implicados en el caso concreto⁹¹, y la proporcionalidad pone en relación valores para la resolución de conflictos mediante el equilibrio de los intereses enfrentados. El principio de proporcionalidad en sentido estricto comprende la ponderación de valores y/o su concretización atendiendo las especificidades del conflicto jurídico. La proporcionalidad en estricto sentido determina mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad⁹².

Este postulado implica una prohibición de exceso, la pena debe corresponderse con la gravedad y entidad de la conducta punible realizada, de tal manera que las sanciones de mayor entidad se destinen para los delitos más graves, y las sanciones de menor entidad para los delitos más leves. Entre el mal del delito y el mal de la pena debe existir una razonable proporcionalidad, sin violentar la dignidad humana ni saltarse las barreras del Estado democrático de derecho. El exceso hace perder a la sanción penal su carácter legítimo. La fijación de la proporcionalidad es político axiológica, depende de los que es estrictamente necesario y útil para la protección de la sociedad, de la víctima y la rehabilitación del condenado. La medida de la pena no debe sobrepasar el grado de culpabilidad individual por el hecho, ni la necesidad social en que se inspira

⁹¹ GASCON ABELLAN, Manna. GARCIA FIGUEROA, Alfonso J., *La Argumentación en el Derecho*. 2da. Edición. Editores Lima-Perú; Perú, 2005, pág. 319.

⁹² GONZALEZ - CUELLAR SERRANO, Nicolas. Ob. Cit. Pág. 225.

(protección de bienes jurídicos esenciales), ni imponer sufrimientos innecesarios al reo. La pena debe ser el menor mal posible para la sociedad y para el delincuente. La pena tiene que ser sufrimiento (porque implica la restricción de derechos fundamentales del penado), pero debe ser el mínimo posible dentro de lo que es socialmente necesario y útil.

El principio de proporcionalidad se proyecta tanto en el momento de la fijación legislativa de la sanción, como en el momento de la determinación judicial por parte del juez. En el momento legislativo de la tipificación de una conducta delictiva implica inevitablemente la intervención a Derechos fundamentales, pero esta intervención debe realizarse en la menor medida posible, de forma proporcional al daño causado y sobre todo con respeto a los principios constitucionales de Derecho penal. Al respecto la Suprema Corte advierte que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido; de manera que las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes, limitando su autonomía legislativa en sus decisiones de carácter penal por lo establecido en principio constitucional de Proporcionalidad.⁹³

La constitución traza límites materiales a la ley penal, tales como: prohibición de pena de muerte, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prisión perpetua, o cualquier tipo de sanción que restrinja los derechos fundamentales de forma meridianamente arbitraria e irracional. Es

⁹³ PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. De la interpretación del citado precepto constitucional se advierte que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido; de manera que las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes. Así, el legislador debe atender a tal principio de proporcionalidad al establecer en la ley tanto las penas como el sistema para su imposición, y si bien es cierto que decide el contenido de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas conforme al principio de autonomía legislativa, también lo es que cuando ejerce dicha facultad no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe observar los postulados contenidos en la Constitución General de la República; de ahí que su actuación esté sujeta al escrutinio del órgano de control constitucional -la legislación penal no está constitucionalmente exenta-, pues la decisión que se emita al respecto habrá de depender del respeto inelástico al indicado principio constitucional. [Décima Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, I. Sala, S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012, Tomo I, Pág. 503.

función de la suprema Corte, suprimir aquellas sanciones penales innecesarias inútiles o desproporcionadas. La libertad no admite injerencias legislativas excesivas, la pena o su incremento solo puede estar justificado por la protección de derechos y bienes jurídicos fundamentales.

Con la anterior podemos aseverar que la política criminal y nuestro sistema penal, deben encontrarse en armonía y firmes en sus expectativas y objetivos, en beneficio de una sociedad demandante de justicia. Hay una obvia incompatibilidad entre el dicho constitucional y el hecho social, empezando por las penas que rigen nuestro sistema penal, ya que por sí solas dejan mucho que desear, en cuanto a la necesidad, idoneidad y su proporcionalidad en sentido estricto, por ser excesivamente altas y ya que su ejecución no se encuentra apegada a los fines constitucionales y doctrinales de la pena, en virtud de que no logran la reinserción del delincuente, ni la prevención del delito, ni dejan en claro desde el punto de vista teórico si se encuentra basan en una teoría de prevención especial o prevención general. No obstante a esto, así como es desmedido el aumento de penas, también hay una gran discordancia en la desmedida aplicación de atenuantes y causas de libertad a favor del delincuente, que lo único que provoca es que nuestro sistema judicial sea un verdadero festín, convirtiendo al juez de un acreedor de penas, a deudor de las mismas. Es común en la práctica jurídica que el juez al dictar la sentencia final, el delincuente ya cumplió con la pena impuesta, demeritando con esto la certidumbre jurídica y la garantía a una pronta impartición de justicia, donde no hay ni reparación de daño para la víctima, ni reinserción social a favor del delincuente; entonces ¿para que sirve el alto número de legisladores?. Debemos aceptar, que la realidad de las decisiones legislativas en materia penal han provocado que la víctima y delincuente se unan en contra el Estado, por una mala impartición de justicia, donde no existe congruencia entre las penas desmesuradas y el cumulo de beneficios para el sentenciado, que lo único que provocan es incertidumbre y un caos jurídico y social.

Con lo anterior no queremos decir que se estemos en contra de los beneficios otorgados por la Ley a favor del sentenciado para purgar antes con una posible pena, sino todo lo contrario, ya que es un derecho del procesado apegado al principio constitucional de reinserción social y los fines de la pena, lo cual se apoya completamente. Sin embargo, lo que tratamos de explicar es que con esto, de nada sirve aumentar las penas y tratar la mayoría de los problemas sociales tipificándolos delitos, si al final no hay ningún beneficio social, solo mayor impunidad, mala la impartición de justicia, y solo provoca mayor desconfianza e inconformidad social hacia el poder judicial y demás instituciones encargadas de la impartición de justicia. La legislación en materia penal debe estar apegada al respeto de los principios constitucionales y convencionales a favor de los derechos de la víctima y del delincuente, y conllevar un mejor proceso penal, menos desgastante y lo más justo posible para ambas partes.

CAPITULO CUARTO
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL CODIGO PENAL
PARA EL ESTADO DE NAYARIT

4.1. Las penas en el Código Penal para el Estado de Nayarit y su análisis bajo el Principio de Proporcionalidad de la Pena

En este capítulo analizaremos las penas establecidas en nuestro Código Penal, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad de la pena y su test de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en estricto sentido, los cuales hemos analizado con anterioridad.

El Código Penal para el Estado de Nayarit, señala en su artículo 25 un catálogo de penas, apartándolas puntualmente de las medidas de seguridad, enumerándolas de la siguiente manera:

ARTICULO 25. LAS SANCIONES SON:

I. PRISION;

II. LIBERTAD NO TRATAMIENTO;

III. SEMILIBERTAD

IV. MULTA

V. REPARACION DEL DAÑOS

VI. SUSPENSION, PRIVACION E INHABILITACION DE DERECHOS;

VII. DECOMISO O DESTRUCCION DE LOS INSTRUMENTOS DEL DELITO;

VIII. DESTITUCION Y SUSPENSION DE FUNCIONES O EMPLEOS;

IX. PUBLICACION ESPECIAL DE SENTENCIAS;

X. DISOLUCION DE PERSONAS MORALES;

XI. INTERNACION.

XII. TRABAJO EN BENEFICIO DE LA VICTIMA DEL DELITO O A FAVOR DE LA COMUNIDAD;

XIII. RECLUSION DOMICILIARIA; Y

Con ello entendemos, que dichas penas deben aplicarse conforme al artículo 18 Constitucional y 27 de nuestro código penal, es decir, deben priorizar la reinserción social del sentenciado, en base a los lineamientos establecidos por la ley. Lo cual analizaremos particularmente a continuación.

4.1.1. Pena de Prisión.

La pena de prisión se encuentra establecida en el artículo 28 de nuestro código penal, que a la letra dice: *La prisión consiste en privación de la libertad, que podrá durar de tres días a cincuenta años y se extinguirá en los lugares o establecimientos que al efecto designe el órgano encargado de la ejecución de las sanciones.* Sus fines son neutralizar al delincuente, que prevalezca el orden jurídico, intimidar a la sociedad y readaptar al condenado. Constituye el núcleo de los sistemas penales del mundo, pero por lo regular corrompe, enloquece y deteriora física y moralmente, ya que se traduce en expulsar al reo del grupo social.

Nuestro debate se centra en las penas de larga duración, cuando se elevan desmesuradamente, asemejando la cadena perpetua, lo que se traduce en una simple neutralización del sujeto, y puede argumentarse que se trata de una pena inusitada y trascendental, ya que contribuyen con la readaptación del delincuente, afectando todos los aspectos de su vida, pues siempre se mantendrá encerrado; lo cual profundizaremos más adelante.

Asimismo, toma relevancia la prisión preventiva, la cual pretende impedir la fuga o evasión de la acción de la justicia del inculcado, asegurar su presencia en el juicio para que siga en marcha y no se paralice; que el inculcado no destruya las pruebas, amenace a las víctimas, testigos o destruya el objeto u objetos del delito; evitar que informe a sus cómplices para que evada la acción de la justicia; impedir que cometa nuevos delitos; protegerlos de los mismos cómplices y de las víctimas; garantizar la ejecución de la pena; pero

principalmente que la sociedad crea en el prevailecimiento del orden jurídico y se abstenga de realizar conductas delictivas⁹⁴. Ahora bien, la prisión preventiva no es una pena técnicamente, el hecho que se reconozca y compute su duración con relación a la pena definitiva, implica que en el Derecho penal además de juzgar para castigar, también se castiga previamente para juzgar. Esto evidencia una contradicción total del sistema de justicia penal, pues entonces, la presunción de inocencia del inculgado no existe, ya que de lo contrario, si realmente se considera inocente a una persona hasta en tanto no se declare su culpabilidad en una sentencia, no hay base para detenerlo, pues aun no se demuestra la existencia de un delito, y mucho menos si el detenido es culpable o no. Conforme a los artículos 113 constitucional, 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9.5 del Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos, se puede tener derecho a una reparación de daño por error judicial, sin embargo, no devolverá la marginación y sufrimiento de la persona que estuvo en prisión, pues los malos tratos, problemas emocionales, desintegración familiar y estigmatización social, ocasionados por la reclusión preventiva, no se repara con un apoyo económico en el mejor de los casos.

Desde hace mucho tiempo la prisión se ha convertido en la pena por excelencia de la mayoría de los delitos, graves o no graves, culposos o dolosos, impuesta como prisión preventiva o por sentencia. A pesar que los resultados son más negativos que positivos para las partes, actualmente se sigue utilizando esta pena de manera frecuente y desmesurada, probablemente porque es la más fácil de aplicar tanto para el legislador como para el juez, alimentando la incapacidad y pereza investigadora por parte de las fiscalías. Pero entonces ¿Cuál sería la solución?. Para nosotros, sería reducir en lo más mínimo la actuación del derecho penal, ampliando la cobertura educativa y preventiva en la comunidad, elevando a la categoría de delitos graves solo lo que verdaderamente desestabilice a la sociedad, y en lugar de privar de la libertad al presunto responsable, exigirle una garantía real para que pueda reparar el daño causado a

⁹⁴ MORALES BRAND, José Luis Eloy. Ob. Cit. pág. 194.

la víctima, y aumentar las estrategias técnicas para que pueda deambular libremente en el estado, y se le otorguen condiciones verdaderas para que evite delinquir nuevamente, con educación, trabajo, apoyo económico, pero dentro del mismo entorno social, y juzgándolo si así lo amerita, con penas justas y proporcionales al daño provocado. Lo anterior no es una respuesta obtenida de manera aventurada, sino obtenida de la misma constitución y tratados internacionales que lamentablemente solo quedan en esperanzadoras letras, cuando en la realidad se utilizan políticas criminales basadas más en la represión penal, que en la prevención social.

4.1.2. Sustitutivos de prisión.

Para evitar los efectos nocivos de la prisión, se han establecido sustitutivos para el efecto de que el sentenciado cumpla con su pena, pero gozando de su libertad, en nuestro código penal los sustitutivos son considerados como penas, pero debe aclararse que la pena es la prisión y las modalidades de su ejecución son las que varían; así, el juez atendiendo las condiciones personales del sentenciado podrá otorgar beneficios de conmutación de la pena por multa, tratamiento en libertad (bajo la orientación y el cuidado de la autoridad ejecutora), artículo 30 CPN; y semilibertad (implica la alternación de períodos breves de reclusión y de libertad bajo tratamiento), artículo 31 CPN.

Regularmente para que proceda la sustitución, se requiere que el sentenciado pague la reparación de los daños y los perjuicios causados para que el juzgador estime la conveniencia de este medio en atención a sus fines y a las condiciones personales del beneficiado, como que no se trate de delito grave ni sea reincidente. Precisamente esto último (la reincidencia) va en contra de los principios fundamentales del Derecho penal, pues se limita el derecho sustantivo del inculcado, por una conducta anterior a la que ya le fue juzgada y sentenciada, perjudicándolo nuevamente por un hecho punible ya penado. Con esto nos damos cuenta sobre los excesos de la Norma penal, y los indicios sobre la

aparición del llamado Derecho penal del enemigo dentro de nuestro código penal, ya que se comienza a privilegiar un Derecho penal de autor y no a un Derecho penal de acto.

Los substitutivos de prisión que señala nuestro Código penal, son los siguientes.

4.1.3. Penas Pecuniarias.

Son aquellas que se dirigen a disminuir el patrimonio del sentenciado, a causa de la comisión de un delito, y para beneficio principalmente del Estado y la víctima. Estas penas son la multa y la reparación del daño.

- **Multa** (artículo 32 del Código Penal de Nayarit); es el pago al Estado de una determinada cantidad de dinero, previamente fijada en la ley penal, y a consecuencia de la comisión de un delito. Equivalente a la percepción diaria del inculpado del delito, al momento de cometerlo, o si no tenía salario, el límite mínimo para fijarla es el salario mínimo vigente en el Estado al momento de consumir el ilícito (en el estado de Nayarit la multa siempre se calcula con base al salario mínimo vigente al ocurrir el hecho, independientemente del salario del sentenciado). El defecto más grande de la multa es que a veces no es equitativa, por las desigualdades económicas de los inculpados; para alguien en una posición económica privilegiada, el fin intimidatorio y retributivo de la multa es mínimo o nulo; para alguien con escaso patrimonio no solo es intimidatoria, sino aterradorante.

Puede decirse que esta pena viola el artículo 17º constitucional, en donde prohíbe el cobro de costas en los procesos penales, ya que independientemente de que la multa sea catalogada como una pena, en esencia y contenido se trata de una costa procesal, al ser un pago al Estado que debe cubrir el inculpado como castigo por el procedimiento penal que se llevo a cabo, en razón de su conducta delictiva.

- **Reparación del Daño** (artículos 40 a 47 del Código Penal de Nayarit); consiste en la obligación del inculpado para restituir lo dañado o hacer un pago a la víctima del delito; se traduce en tratar de restablecer las cosas al estado que guardaban antes de la comisión del delito, como por ejemplo restituir la salud o el patrimonio apoderado. Tienen derecho a este pago la víctima o persona afectada directamente por el delito; los ofendidos, que son aquellos que tienen lazos sentimentales o de parentesco con la víctima, o dependencia económica; y en su caso, toda aquella persona que acredite haber hecho gastos a favor de los anteriores y con relación al delito cometido (esto para evitar que esos terceros tengan que reclamar por el pago por otras vías, ya que independientemente de que otra persona cubra los gastos que se eroguen con motivo del hecho delictivo, el inculpado debe responder por las consecuencias que produjo su actuar ilícito, y la pretensión de esos terceros es recuperar lo que pegaron).

En este orden de ideas, las formas de reparar el daño pueden ser las siguientes (artículo 41 del Código Penal de Nayarit):

1. Restituir la cosa obtenida por el delito, o si no es posible, pagar su precio; lo que se relaciona directamente con el objeto del delito y se da por lo regular en el caso de los ilícitos patrimoniales, donde no solo se afectan bienes corpóreos, sino también derechos;
2. Indemnizar el daño material o visible causado a la víctima; por lo regular en delitos contra la vida y la salud, incluyendo gastos médicos, de funeral y los perjuicios que a la larga se provoquen por la actuación ilícita. Es decir, las ganancias que pudo dejar de percibir, lo cual debe estar bien determinado al momento de dictar sentencias. En caso de homicidio y lesiones, si no existen pruebas de los gastos erogados por los delitos, nuestro sistema penal señala que se condenara a una indemnización que tomara como base la establecida en los artículos 500 y 502 de la Ley Federal de Trabajo, en un solo tanto de la indemnización pero calculándose con base al triple del salario mínimo vigente al ocurrir el hecho. En este aspecto, la indemnización no es

material sino moral, pues la misma regulación precisa que se aplicara cuando no existan medios de convicción que evidencien el monto de ese daño visible y concreto.

3. Indemnizar el daño moral, es decir la afectación de la víctima u ofendidos en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, aspecto físico, etc., y su monto será de uno a dos tantos fijado como daño material, o si no se determina éste, será de uno a cinco tantos de la multa impuesta al arbitrio del tribunal; lo cual será razonado y motivado por el juez, atendiendo a que en estos casos es necesaria la demostración de esa afectación, ya que no puede sostenerse que al tratarse de cuestiones internas no puedan evidenciarse objetivamente, pues bajo esa óptica, cualquier persona con el solo hecho de manifestar que sus sentimientos fueron afectados por el delito, conllevaría a una condena automática, que viola claramente los principios de jurisdiccionalidad y verificación que se previenen en los artículos 14, 16, 20 apartado B fracción IV, ya que la condena a la reparación del daño debe solicitarse e imponerse siempre y cuando sea procedente, lo que implica que se debe llevar a cabo un juicio legal en el que se presenten las pruebas necesarias e idóneas que sustenten la imposición de la pena. Asimismo es contrario al principio de proporcionalidad de la pena, ya que al sancionarse de manera arbitraria no se aplica objetivamente la pena y por lo tanto de forma desproporcional al daño causado.

4.1.4. Suspensión, privación e inhabilitación de derechos.

Estas sanciones se regulan en los artículos del 49 al 51 del Código Penal de Nayariit.

La suspensión consiste en la pérdida temporal de derechos, funciones, cargos, empleos o comisiones, con el fin de prevenir nuevos delitos que puedan

ser cometidos al ejercer esos cargos. Es decir, las funciones desempeñadas por el inculpado se suspenden, ya que tiene relación directa e inmediata con el delito cometido. En este sentido, consideramos que si la suspensión no tiene relación con la forma de comisión del hecho, es una pena desproporcional e inusitada, ya que va más allá del daño ocasionado por el delito y no ayuda a la readaptación del individuo, si no al contrario lo perjudicaría, incluso si esta suspensión de derechos tiene que ver directamente con su trabajo o alguna función inherente a su forma de vida, probablemente se acabara violando la sanción, y por lo tanto cometer una nueva falta penal.

Se ha establecido que la suspensión puede ser de dos clases: la que resulta como consecuencia de la ejecución de la pena de prisión, que implica la suspensión de los derechos políticos, según la fracción III artículo 38 constitucional, así como los de tutor, curador, apoderado, defensor, albacea, perito, depositario, interventor judicial, sindico, árbitro y representante en cualquier asunto administrativo judicial y la que por sentencia se establece como pena, que debe estar establecida previamente para un delito en particular. Por ejemplo, en los delitos de homicidio y lesiones culposas cometidos por choferes de vehículos de motor destinados al transporte de pasajeros, se les suspende su licencia de conducir, este tipo de pena es totalmente inusitada y desproporcional porque va más allá del daño causado, ya que impone al sentenciado un antecedente penal y los deja sin posibilidad de seguir trabajando como chofer, lo que limita mucho su derecho a reinserción social en base al trabajo, deporte, etc., como lo marca el 18 Constitucional.

La privación es la pérdida definitiva de derechos, funciones, cargos, empleos o comisiones. Por ejemplo, en el caso de la responsabilidad médica, nos enfrentamos a una pena inconstitucional de acuerdo al artículo 22 de nuestra Carta Magna, ya que puede ser considerada es inusitada y desproporcional, pues la pérdida definitiva de esos derechos hacia una persona que solo sepa dedicarse a esa profesión, como se comentó anteriormente, de ninguna forma le ayudara a readaptarse, al limitarse su única forma de trabajar y reintegrarse

socialmente, por ser su único modo de vida, al dedicar toda una vida para ejercer dicha profesión.

La inhabilitación implica una incapacidad legal temporal o definitiva para obtener y ejercer Derechos, funciones, cargos, empleos o comisiones o en otras palabras, es una pena a futuro, que no tiene que ver con un Derecho penal de acto, sino a uno de autor fuera de los lineamientos del Derecho penal. En nuestra legislación y en muchas otras, se establece como requisito para llegar a un cargo público, que el aspirante no haya sido condenado por delito doloso, lo cual es inconstitucional, sobre todo cuando el delito por el que fue sentenciado no establece una pena de inhabilitación, por lo que no puede aplicarse una norma extra penal que limite el ejercicio de sus derechos, facultades o cargos en esa forma, pues igualmente sería una pena inusitada y desproporcional que no permite la readaptación social del individuo y además castiga doblemente por un hecho ya sancionado, contraviniendo lo establecido por el artículo 23 constitucional.

Cabe precisar que estas sanciones, más que penas, deben ser catalogadas como medidas de seguridad, pues se impone con base a la peligrosidad del inculpaado para evitar conductas delictivas futuras por el indebido ejercicio de los derechos o facultades que pueden propiciar nuevos hechos antisociales.

4.1.5. La Amonestación

La amonestación y apercibimiento (artículos 60 y 61 del Código Penal de Nayarit), es una advertencia que el Juez hace al sentenciado en diligencia formal, explicándole las consecuencias del delito que cometió, exhortándolo a la enmienda y previniéndolo de las sanciones que se le impondrá en caso de reincidencia. Para hacerse efectiva debe imponerse en la sentencia respectiva, independientemente del delito que se trate y hacerse en el periodo de ejecución de la sanción. En este sentido reiteramos que la pena para poder imponerse debe establecerse claramente en la figura típica respectiva, además de ser

concreta y específica; de ahí que esta sanción en verdad se trata de una medida de seguridad, como lo cataloga nuestro código penal (artículo 26, fracción IV), pues la advertencia por el delito cometido ya fue tomada en cuenta al momento de reprocharle su conducta y establecer su culpabilidad, y el conminarle a evitar conductas futuras tiene que ver con la peligrosidad del delincuente, basándose nuevamente en un derecho penal de autor y no de acto o hecho.

4.1.6. Publicación Especial de Sentencia

La publicación especial de sentencia (artículo 57 del Código Penal de Nayarit) consiste en la inserción total o parcial de ella en uno o más periódicos que circulen en la Entidad, los cuales serán escogidos por el Juez, quien resolverá la forma en que debe hacerse la publicación. En caso de las sentencias condenatorias esta pena es claramente infamante y una clara violación al principio constitucional de dignidad humana, pues el desprestigio público del inculcado puede tener consecuencias para todo su vida y en todos sus ámbitos; y para hacerlo aun más humillante la publicación se le cobrara a su cuenta.

Actualmente a pesar que esta sanción tiene el carácter de pena dentro de nuestro Código Penal, los medios de información la aplican de manera informal o ilegal, con el consentimiento implícito del Estado, la publicación de fotos de personas que son detenidas por una conducta antisocial a las cuales no se les ha dictado una sentencia y en algunos casos ni siquiera han cometido un delito o han sido consignados ante una autoridad judicial. Este tipo de pena sin lugar a duda debe desaparecer de nuestro código penal, y de igual forma debe legislarse en cuanto a la estigmatización que hacen los medios de comunicación sobre personas detenidas, ya que a pesar de que aun no se les sigue un juicio donde se establezca su culpabilidad, la sociedad erróneamente emite un criterio y catalogan a dichas personas como delincuentes, violando su derecho de presunción de inocencia, sin importarle al Estado que se dañe la imagen social con el fin de justificar y pregonar socialmente sus logros mediáticos.

4.2. Individualización de la pena.

Una de las funciones más importantes y difíciles en la actuación del Juez, es la imposición al inculgado, de las penas que hemos analizado con anterioridad. Debe hacerlo de manera breve, en virtud de que la pena no se individualiza en un texto, sino sobre el caso concreto que tiene en sus manos, donde influyen tanto los datos que se obtienen del juicio, así como los conocimientos, formación y calidad humana de la persona que impondrá la sanción a otro semejante.

La individualización de la pena es la adaptación de la sanción penal correspondiente a las circunstancias de hecho y las características personales del delincuente.

Puede decirse que la individualización de la sanción se da en tres fases⁹⁵: legislativa que se da cuando el legislador establece la pena para un delito en particular, estableciendo dicha sanción con mínimos y máximos en la ley, lo cual denominamos como punibilidad; la segunda, cuando el juez escoge, de entre las posibilidades que le da la ley, la sanción que aplica al individuo en el caso concreto que se puso a su consideración, lo que llamamos punición; y la tercera se da en la fase ejecutiva, cuando se aplica la pena al individuo y se busca cumplir con los fines sus fines.

Para que el juzgador pueda imponer una pena, debe existir, obviamente, la comisión de un delito; en este sentido, la medida de la culpabilidad del responsable será la medida de la pena; así, se inicia el proceso de individualización de la sanción tomando en cuenta la forma de la culpabilidad con la que se cometió el delito, para que luego el juzgador ejerza su arbitrio (que no implica arbitrariedad, pues debe sujetarse a principios legales, valorativos y realistas), califique el nivel de culpabilidad del procesado y le imponga la pena concreta, fundamentando y razonando su decisión.

⁹⁵ MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal, Parte General - Séptima Edición*. Ed. B de F. Buenos Aires, Argentina; 2005, pág. 736.

En este orden de ideas, de acuerdo al principio de legalidad, las figuras típicas además de establecer el hecho antisocial, precisan las penas que pueden ser impuestas a su autor, estableciendo los límites mínimos y máximos de duración; así, la pena se ajusta a la culpabilidad que debe ser calificada dentro de esos límites, en los cuales el juez se moverá para establecer la culpabilidad concreta e impondrá la sanción.

Ahora bien, dicha calificación de la culpabilidad no la realizará el juzgador como le plazca, sino que deberá atender a ciertos principios. El artículo 18 constitucional, relacionado con los artículos 64 y 65 del Código Penal de Nayarit, establecen los lineamientos que debe tomar en cuenta el Juez para imponer penas, como los siguientes:

1. El sistema de justicia penal, no está basado solo en la pura aplicación de la ley, sino también atiende a los fines del derecho natural, es decir de los valores que el derecho protege o busca proteger lo máximo posible, así el juzgador impondrá las penas que estime justas pues debe tener en cuenta que al aplicar la pena, administra justicia para la sociedad, pero ante todo para la víctima y el culpable, a quien debe reinsertar con su pena; es decir, que influirá notablemente en la vida futura del autor del delito y de la sociedad.
2. También debe apegarse al principio de legalidad y proporcionalidad, pues obliga al juzgador a imponer la pena justa, pero dentro de los límites establecidos en la descripción típica del delito que se ha cometido.
3. El último, y el más importante, se refiere al hecho en concreto, ya que el Juez además de establecer el juicio valorativo con relación a la pena que impondrá, debe tomar en cuenta los aspectos objetivos o materiales, y subjetivos o internos, tanto en la víctima, el inculpaado e incluso el entorno social, que causaron el hecho tal y se probó en el

proceso, es decir, si hubo lesión o puesta en peligro a un bien jurídico, en qué grado, las circunstancias de tiempo, lugar y modo de su realización, los motivos para la actuación del inculpado, su nivel de autoría o participación, y demás circunstancias que evidencien la gravedad del hecho; es decir, la proporcionalidad de la sanción con el daño causado, y en consecuencia, el reproche de culpabilidad del procesado para cumplir con los fines de la pena.

Es importante señalar que el artículo 79 de nuestro Código Penal, precisa que el juzgador debe tomar en cuenta la reincidencia del delincuente para aumentar la pena; es decir, si ya fue condenado con anterioridad por la comisión de un delito, esta circunstancia también influirá en la determinación de la sanción por un distinto y nuevo hecho delictivo; estas disposiciones, aunque estén en la ley, son inconstitucionales y desproporcionales, ya que debemos recordar que nuestro derecho penal es de acto y no de autor, ya que este último se basa en cualidades de la persona, calificación que se da mediante su peligrosidad y capacidad de delinquir, que se traduce en la errónea tendencia de la política criminal en el sentido que el hombre delinque por lo que es, y no por lo que hace, lo que violenta la dignidad humana. A pesar de esto, las tendencias políticas se traducen en un poder punitivo y policial con pretensiones de ojo clínico y terapia social dirigido, no a las conductas, sino a los sujetos desviados, con ideas de Estados intervencionistas que consideraban a la delincuencia como una patología social, donde debía sancionarse al delincuente antes de que delinquiera. Desde otro punto de vista, también refleja que el Estado no pudo resocializar al delincuente y alejarlo del delito, a pesar de que es una garantía constitucional, que implica que la persona se le debe sancionar por el hecho concreto, no por otros anteriores, mucho menos por sus características personales. Por lo que es claro que el Juez no debe tomar en cuenta la supuesta reincidencia para calificar la culpabilidad del sentenciado y aumentarle la pena, por la clara violación a principios constitucionales y convencionales como la

proporcionalidad de la pena, pro persona, presunción de inocencia y dignidad humana.

Esta fase de individualización de la pena es donde se percibe la eficacia del sistema de justicia penal: El Poder Legislativo precisa los delitos y las penas que deben imponerse a quienes los cometan; el Poder Ejecutivo propone al judicial que un determinado hecho sea declarado delito y una persona sea calificada como delincuente; y el Poder Judicial determinara la existencia del delito, la responsabilidad del autor e impondrá la pena correspondiente, una vez que califique y gradúe su culpabilidad, pero tomando en cuenta no solo la norma, sino también los valores sociales que se persiguen y la eficacia de la aplicación de la pena para restablecer el orden social, proteger a la víctima y readaptar al delincuente; el Poder Ejecutivo aplicara y vigilara el cumplimiento de la pena, pero con todo el afán de provocar la resocialización del delincuente.

4.3. Análisis de los delitos en particular bajo el principio de proporcionalidad de la Pena, en el Código Penal para el Estado de Nayarit.

El principio de Proporcionalidad de la Pena desempeña un papel esencial para que el Derecho Penal logre su objetivo de brindar paz y seguridad a la sociedad y a su vez limitar el *ius puniendi* del Estado, ya que controla decisiones del poder legislativo a imponer penas altas, inusitadas y desproporcionales al bien jurídico protegido, y limita la creación de nuevas figuras típicas. De igual manera, funciona como una garantía para el procesado a recibir una pena justa, y para la sociedad de reinsertarlo como un hombre de bien. Por ello, a continuación analizaremos los delitos y las penas que se establecen en nuestro código penal, con la intención de analizar la proporcionalidad de la pena respecto del bien jurídico que protegen, así como las conductas delictivas que sanciona, todo esto en base al principio de proporcionalidad y su test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Para ello, a continuación

detallamos un resumen de los delitos y la pena respectiva que merecen, con independencia de sus agravantes y atenuantes que señala nuestro Código Penal.

Artículo	Delito	Pena
127	Contra el orden constitucional del estado y su integridad territorial	2 a 9 años de prisión
130	Rebelión	2 a 10 años de prisión
140	Sedición y otros desordenes públicos	2 meses a dos años de prisión
144	Contra la integridad territorial del Estado	1 a 3 años de prisión
145	Terrorismo	3 a 12 años de prisión
146	Evasión de presos	3 meses a 7 años de prisión
153	Quebrantamiento de Sanción	6 meses a 5 años de prisión
154	Portación de Arma Prohibida	1 a 3 años de prisión
158	+Asociaciones Delictuosas	6 meses a 6 años de prisión
161	+Delitos de Transito	3 meses a 2 años de prisión
166	Ataque a las vías de comunicación	15 días a dos años de prisión
173	Violación o retención de la correspondencia	3 días a 6 meses
176	Desobediencia y resistencia de particulares	1 a 2 años de prisión
182	Oposición a que se ejecute alguna obrá o trabajo publico	3 días a 1 año de prisión
184	Violaciones de sellos	3 meses a 3 años de prisión

185	Contra servidores públicos	3 días a 3 años de prisión
188	Ultrajes a insignias públicas	3 días a 2 años de prisión
190	Contagio sexual	3 meses a 2 años de prisión
193	Adulteración de productos alimenticios o medicinales	6 meses a 5 años de prisión
194	Propagación de un enfermedad	1 a 6 años de prisión
198	Ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres	3 meses a 2 años de prisión
200	Corrupción de menores	1 a 5 años de prisión
203	Lenocinio	1 a 5 años
207	Provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio	1 a 6 meses
208	Revelación de secretos	1 mes a 1 año
211	Ejercicio indebido de funciones	1 mes a 3 años de prisión
212	Abuso de autoridad	6 meses a 6 años de prisión
213	Intimidación	1 a 9 años de prisión
214	Tortura	2 a 10 años de prisión
216	Tráfico de influencias	2 a 6 años de prisión
217	Cohecho	3 meses a 5 años de prisión
218	Peculado	1 a 9 años de prisión
224	Custodia de documentos	3 meses a 5 años de prisión
225	Enriquecimiento ilícito	3 meses a 6 años de prisión

229	De abogados, patronos y litigantes	6 meses a 3 años de prisión
231	Responsabilidad Medica y Técnica	1 a 5 años de inhabilitación y definitiva en reincidencia 1 a 8 años de prisión (daño)
237	Falsificación de documentos de crédito	1 a 8 años de prisión
240	Falsificación de sellos, marcas, llaves y troqueles	2 a 8 años de prisión
242	Falsificación de documentos en general	3 meses a 6 años de de prisión
245	Falsificación de certificaciones	3 meses a 6 años de prisión
246	Falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad	2 meses a 3 años de prisión
248	Variación u ocultación del nombre o del domicilio	1 a 6 meses de prisión
249	Usurpación de funciones públicas o de profesión	1 mes a 3 años de prisión
250	Uso indebido de condecoraciones, insignias, distintivos o uniformes	1 mes a 2 años de prisión
252	Explotación de menores o enfermos	1 a 3 años de prisión
255	Atentados al pudor	Púber: 1 mes a 1 año de prisión Impúber: 6 meses a 5 años de prisión
258	Estupro	1 a 6 años de prisión

260	Violación	6 a 15 años de prisión 10 a 30 años (causas art. 260 bis)
260 Cuáter	Hostigamiento o acoso sexual	2 a 4 años de edad
261	Suposición y supresión del estado civil	1 a 6 años de prisión
262	Exposición de infantes	1 a 3 años de prisión
264	Sustracción de infantes	1 a 2 años de prisión
265	Trafico de infantes	10 a 50 años de prisión
266	Bigamia	6 meses a 5 años de prisión
268	Incesto	1 a 6 años de prisión
269	Abandono de familiares	1 a 3 años de prisión
273 bis	Violencia familiar	1 a 5 años de prisión
274	Inhumaciones y exhumaciones profanación de cadáveres	3 meses 3 años de prisión
276	Amenazas	1 mes a 1 año de prisión Graves: 6 a 20 años de prisión
279	Chantaje	1 a 3 años de prisión
280	Allanamiento de morada	6 meses a 2 años de prisión
281	Asalto	5 a 15 años de prisión Varios: 7 a 20 años
282	Asalto a poblado o rancharía	20 a 40 años de prisión
283	Privación ilegal de la libertad y otros	6 meses a 3 años de prisión

	derechos	
284	Secuestro	20 a 40 años de prisión 25 a 50 años (grave) <small>LEY GENERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LOS DELITOS EN MATERIA DE SECUESTRO REGLAMENTARIA DE LA FRACCION XI DEL ARTICULO 75 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS</small>
291	Desaparición forzada de personas	5 a 20 años de prisión
291 B	Trata de personas	6 a 12 años de prisión Vulnerables: 9 a 18 años
292	Golpes simples	3 días a 1 años de prisión
294	Injurias	3 días a 1 año de prisión
295	Difamación	2 meses a 2 años de prisión
297	Calumnia	6 meses a 2 años de prisión
306	Lesiones	-15 días: 3 días a 6 meses +15 días: 6 meses a 2 años de prisión
307	Lesiones (cicatriz en cara, perpetuamente notables)	2 a 5 años de prisión
308	Lesiones (daño algún sentido, órgano, facultades mentales)	2 a 6 años de prisión
309	Lesiones (Enfermedad incurable, ojo o extremidad, etc.)	4 a 10 años de prisión
310	Lesiones (peligro la vida)	3 a 8 años de prisión
321	Homicidio simple intencional	10 a 16 años de prisión

322	Homicidio en riña	4 a 10 años (provocado) 6 a 12 años (provocador) prisión
323	Homicidio calificado	20 a 50 años de prisión
326	Homicidio (acto carnal con descendiente)	3 a 6 años de prisión
327	Disparo de arma de fuego y ataque peligroso	3 meses 2 años de prisión
328	Instigación o ayuda al suicidio	2 a 10 años de prisión
330	Parricidio	20 a 50 años de prisión
331	Filicidio	20 a 50 años de prisión
332	Infanticidio	6 a 10 años de prisión
336	Aborto	4 meses a 1 año de prisión
340	Abandono de familiares	1 mes a 4 años de prisión
347	Robo	<100 S.M.: 3 días a 2 años >100 - <500 S.M.: 2 a 4 años >500 S.M.: 4 a 10 años de prisión
358	Abigeato	1 cabeza: 2 a 5 años 2 a 10 cabezas: 4 a 8 años Más de 10 cabezas: 6 a 10 años de prisión
364	Abuso de confianza	<100 S.M.: 3 días a 2 años

		<p>>100 - <500 S.M.: 2 a 6 años</p> <p>>500 S.M.: 6 a 12 años de prisión</p>
368	Fraude	<p><100 S.M.: 3 días a 2 años</p> <p>>100 - <500 S.M.: 2 a 6 años</p> <p>>500 S.M.: 6 a 12 años de prisión</p>
370	Fraude específico	3 a 10 años de prisión
371	Administración fraudulenta	<p><100 S.M.: 3 días a 2 años</p> <p>>100 - <500 S.M.: 2 a 6 años</p> <p>>500 S.M.: 6 a 12 años de prisión</p>
372	Usura	2 a 8 años de prisión
373	Despojo de inmuebles y aguas	1 a 5 años de prisión
375	Daño en propiedad ajena	4 a 8 años de prisión
380	Ocupación ilegal de edificios e inmuebles destinados a un servicio público	6 meses a 3 años de prisión
381	Encubrimiento	1 mes a 3 años de prisión
383 bis	Encubrimiento por recepción	2 a 5 años de prisión
384	Contra la ecología y la fauna	3 meses a 6 años de prisión

384 A	Contra la ecología y la fauna (daño a animales)	3 días a 3 años de prisión
385	Delitos Electorales	3 meses a 5 años de prisión
391	Presión a votar por un partido	3 días a 5 años de prisión
393	Fraccionamiento ilegal de inmuebles	6 a 10 años de prisión
396	De la certificación, formalización, registro e inscripción de inmuebles	3 a 6 años de prisión

4.3.1. Crítica al Código Penal de Nayarit en cuanto al Test de Necesidad del principio de Proporcionalidad de la Pena

Analizados los delitos en particular junto con la pena respectiva, que sanciona nuestro Código Penal, podemos realizar observaciones puntuales, conforme al principio de proporcionalidad de pena. En este sentido, lo analizaremos en primer término, en cuanto a su test de necesidad.

Si el Derecho penal ha de estar al servicio de los seres humanos, habrá de proteger intereses reales de éstos, ya sean directamente vinculados a su individualidad (como la vida, la integridad física, la libertad sexual, el patrimonio, etc.), mediados por instituciones de las que dependen intereses individuales (Administración de justicia u otras Instituciones estatales). Los bienes jurídicos - penales han de verse como concreciones de estos intereses reales de los individuos, directos o indirectos, que merecen por su importancia fundamental la máxima protección que supone el Derecho Pena⁹⁶. Nuestro Código Penal contiene diversos delitos en donde la protección de algunos intereses sociales no es muy clara, es decir, la protección penal de algunos bienes jurídicos no es

⁹⁶ MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Ob. Cit. pág. 339.

necesaria, ya que fácilmente podrían ser tratados por otros medios alternativos al Derecho Penal, o bien, no existe un bien jurídico real que proteger. Algunos de estos delitos son los siguientes:

Portación de arma prohibida (artículo 156). El delito de portación de arma prohibida, se encuentra dentro del título segundo, contra la seguridad pública. Para nosotros, este delito atenta contra principios como: *de lesividad* o bien jurídico, *ultima ratio*, presunción de inocencia, proporcionalidad, solo por mencionar algunos. Lo anterior, en base a las siguientes consideraciones. En cuanto al principio de *lesividad*, en virtud de que solo deben ser sancionados penalmente aquellos delitos que ocasionen un daño o peligro verificable partiendo de las características de cada comportamiento prohibido. Es decir, *"debe ser un ataque concreto y no solamente abstracto o presunto, hipotético o hasta improbable por lo extenso de la descripción"*⁹⁷. En el presente caso no hay un daño concreto verificable y es sancionado por la forma más violenta del Estado, como es el Derecho penal. Este delito castiga al infractor por posibles conductas ilícitas, haciendo que la sanción sea inusitada y por lo tanto desproporcional. En otro orden de ideas, en lo referente a su función preventiva, podemos decir que más que cuidar a la ciudadanía de algún posible ataque y prevenir la comisión de un delito más grave, este delito ayuda incriminar mas personas sin sustento alguno; es decir, ante la incapacidad investigadora de nuestras policías este delito comúnmente es utilizado para realizar detenciones arbitrarias y utilizarlo a efecto de integrar averiguaciones pendiente en el mejor de los casos, lo que alimenta la impunidad y la violación a Derechos humanos. Por ello, consideramos que debe eliminarse este delito ya que no tiene una víctima específica y solo se traduce en una puesta de peligro abstracta, porque no protegen ningún bien jurídico concreto, base fundamental del Derecho penal, sin lo cual solo se traduce en simple arbitrariedad del Estado.

⁹⁷ MORALES BRAND, José Luis Eloy. Ob. Cit. pag. 112.

Podemos analizar también que cada vez es más común que ante la alza delictiva y la poca vigilancia, muchas personas utilizan armas como gases lacrimógenos, navajas, inmovilizadores eléctricos, entre otros, como instrumentos de defensa personal, a quienes fácilmente pudieran imputarles esta clase de delito, sin importar que la conducta sea completamente lícita y fundada por la inseguridad social actual, aumentando la impunidad y desconfianza hacia la autoridad, así como mayor criminalización de la sociedad.

Asociación Delictuosa (art. 158). Este delito presupone al grupo de tres personas o más, organizadas, con una jerarquía y con el propósito permanente de delinquir. Lo destacable es que no especifica que tipos de delitos, lo cual deja muchas dudas. Por ejemplo: si existe un grupo ambientalista con sus jerarquías bien definidas que permanentemente se opone a construcciones u obras que causan algún posible daño ambiental, no obstante que están ejerciendo un acto legítimo moral y socialmente hablando, protegiendo y cuidando el medio ambiente, debido a su conducta deben ser sancionados por el delito de 'Oposición a que se ejecute alguna obra' por un lado, y además por 'asociación delictuosa', pudiendo ser sancionados de 3 meses hasta con 3 años de prisión⁹⁸. Por ello, este tipo legal por sí solo deja muchos supuestos en donde la efectividad y correcta aplicación del Derecho Penal queda entredicha, además de que la mayoría de los delitos ya contienen agravantes cuando son cometidos por más de dos persona, lo que implica penas privativas de libertad más altas, y una doble sanción de la conducta.

Delito de Pandilla (art. 160). Al igual que el de asociación delictuosa, este delito debería ser considerado solo como una agravante, ya que, no tiene sentido como delito en particular, en primer término porque es fácilmente tipificable la conducta descrita y en segundo término porque no existe un bien jurídico

⁹⁸ Artículos 182 y 183 del Código Penal de Nayant

concreto ni víctimas, lo que implica una pena desmesurada e inusitada; por ello, también debería desaparecer de nuestro código penal y quizás ser considerado en algunos delitos solo como una agravante.

Delito de Tránsito por conductores en Estado de Ebriedad (art. 161). El presente delito fácilmente puede ser considerado como agravante en la comisión de algunos delitos como: homicidio, lesiones, daño en propiedad ajena, entre otros; principalmente porque no cumple su función primordial de prevenir la conducta y se funda en un derecho penal de autor y no de acto, ya que se prejuzga al infractor por una probable comisión de un delito, sin existir daño a un bien jurídico concreto.

Asimismo, según datos de la Secretaría de Salud de la Organización mundial de la Salud y del Consejo Nacional contra las Adicciones, desde enero de 2013 Nayarit se mantiene con el primer lugar en alcoholismo en el país⁹⁹, lo que explica el alza de accidentes de tránsito a causa de esto, es por ello que la seguridad pública que debe brindar el Estado para evitar accidentes donde se ven involucradas personas en estado de ebriedad, no lo es tipificándolo como delito, sino realizando acciones preventivas como alcoholímetros y campañas sociales alternativas. Su sanción debe quedar fuera del derecho penal, y en su lugar aplicarse medidas de seguridad como inhabilitación de licencias para conducir, multas administrativas, trabajo social, etc., pero no coactivamente. El hecho de que sea considerado como delito, trae como consecuencia un antecedente penal para el infractor, lo que es igual o más perjudicial que la misma pena de prisión, ya que transgrede directamente en su vida social y laboral principalmente, por ello deben buscarse otros medios menos gravosos para su prevención y sobre todo más eficaces.

⁹⁹ Informe proporcionado por la Secretaría de Salud, con motivo del programa contra las adicciones y su estadística nacional anual, visible en la página: <http://www.conadic.salud.gob.mx/interior/estadistica.html>, consultada el día dieciséis de febrero de dos mil catorce.

Algunas legislaciones como la del Distrito Federal contemplan la figura preventiva del llamado "torito" que es la consecuencia del programa "Conduce sin Alcohol" o alcoholímetro, el cual es un centro de detención para conductores que son sorprendidos en estado de ebriedad, los cuales son reclusos por algunas horas, en algunos casos acompañado de una multa pecuniaria y la retención del vehículo. En este sentido, según cifras de la misma Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal el nivel de reincidencia es muy bajo y se ha logrado la disminución de 671 muertes en 2003 a 97 muertes en 2012¹⁰⁰, dejando claro que la prevención de delitos es más efectiva que la amenaza penal y son alternativas penales mucho menos dañosas para la sociedad, sin necesidad de implementar todo el aparato jurisdiccional para lograr una conciencia social.

Desobediencia y Resistencia de Particulares. Como ya hemos analizado anteriormente, el Derecho Penal debe ser la *ultima ratio* para la solución de los problemas sociales, y actuar solo en los más graves y peligrosos. El presente delito de Desobediencia y Resistencia de Particulares es en términos vagos oposición al arresto mediante fuerza, amago o amenazas; no hay lesiones físicas, no hay puesta en peligro inminente, no hay consecuencias graves para la sociedad, en consecuencia, no hay necesidad de que se encuentre dentro de nuestro código penal, ya que este tipo de conductas de mera desobediencia deben quedar desligadas de la norma punitiva, por representar un peligro abstracto, donde nuevamente no hay víctimas ni una puesta de peligro inminente para la sociedad.

Es obvio que existe una molestia a der detenido o revisado por parte de toda persona, ciudadano común o infractor, más aun cuando se reciben malos tratos por parte de la policía, donde la reacción común y natural es defenderse y evitar el arresto de cualquier forma, lo cual efectivamente es una falta hacia la

¹⁰⁰ Informe proporcionado por la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal, con motivo del programa conduce sin alcohol, visible en la página: <http://www.ssp.df.gob.mx>, consultada el día 16 de mayo de dos mil trece.

autoridad, pero no para ser considerado como delito, ya que no existe un bien jurídico transgredido. Esto no quiere decir que estas conductas no deban sancionarse, ya que el respeto a la autoridad es un valor social importante, pero tipificarlas penalmente aumenta las excusas legales para que la autoridad actúe de manera injusta y desproporcional hacia el ciudadano común. Por ejemplo: El artículo 16 constitucional protege la libertad a no ser molestado en su persona si no es por un mandamiento judicial, debidamente seguido y emitido en observancia del principio de legalidad; es consecuencia es innegable que las llamadas "revisiones de rutina" son inconstitucionales y lógicamente molestas, en este sentido es común que cualquier persona trate de incumplir o resistirse a esta medida de seguridad social, sobre todo cuando la misma policía actúa de manera violenta e irrespetuosa, y que bajo el axioma de que *violencia genera violencia*, la reacción de cualquier ciudadano no es más que una legítima defensa ante cualquier abuso de autoridad, originando que el delito de Resistencia de Particulares fácilmente se configure por la misma incitación de la autoridad encargada de proteger y prevenir delitos, ocasionando mayor resentimiento y desconfianza hacia nuestras autoridades. Así pues, consideramos que este delito debe ser clasificado solo como una falta administrativa, y no como un delito en particular, evitando mayores violaciones a derechos fundamentales, disminuyendo este tipo de delitos fácilmente imputables a cualquier persona haciéndolas acreedoras a detenciones arbitrarias y a penas innecesarias y sin sentido.

Ultrajes a Insignias Públicas (art. 188 y 189). Este delito señala: "*al que ultraje insignias del estado o del municipio o de cualquiera de sus instituciones, se le aplicaran de tres días a dos años de prisión*"; y se encuentra dentro del título cuatro "delitos contra la autoridad". Antes de hacer alguna crítica, es importante hacer referencia previamente al derecho de la Libertad de Expresión, pilar de un Estado democrático de Derecho, ya que su ejercicio no debe de aparejar ningún tipo de censura, mucho menos alguna pena. Hoy en día uno de

los derechos más velados y protegidos es sin lugar a duda la Libertad de Expresión, que como todo derecho tiene límites, como los son los ataques a la moral, los derechos de terceros, o la comisión de algún delito o se perturbe el orden público, que actualmente han quedado sin contenido, ya que "como instrumento de acción se han vuelto inoperantes"¹⁰¹. A cada minuto se dan intercambios de ideas entre millones de usuarios a través de internet, al subir documentos, películas, mp3, donde se critica desde insignias públicas hasta la misma actividad del Estado y la misma Nación. Todo este intercambio de ideas, conceptos, críticas, imágenes, pensamientos, ultrajes, han convertido a las autoridades y otros que realizaban funciones de censura en simples observadores, ya que este delito en sí, es una muestra de censura, actualmente inoperante. De aplicarse no solo violaría el derecho a la Libertad de Expresión consagrada en los artículos 6º y 7º Constitucionales, sino a una extensa gama de instrumentos internacionales que contravienen el presente artículo, asimismo acarrearía una gran cantidad de responsables por la comisión de este delito. La fórmula del art. 6º, comprende todo tipo de ideas: políticas económicas, religiosas, artísticas, sociales y otras. Ninguna autoridad puede pretender juzgar si las ideas son científicamente válidas o falsas y en función de ese juicio permitir o no su manifestación¹⁰².

Ultrajes a la Moral Pública o a las Buenas Costumbres e Incitación a la Prostitución. (art. 198). Este artículo en sus dos primeras fracciones, señala lo siguiente: Se aplicará de tres meses a dos años de prisión y multa de uno a cinco días de salario: I. Al que fabrique, reproduzca o publique libros, escritos, imágenes u objetos obscenos, y al que los distribuya o haga circular; II. Al que públicamente y por cualquier medio ejecute o haga ejecutar por otros, exhibiciones obscenas.

¹⁰¹ ARTEAGA NAVA, Eliseo: Ob. Cit. pág. 557.

¹⁰² Idem, pág. 561.

Sin lugar a duda el bien jurídico de la Moral Pública, es un tema bastante debatible, ya que un ataque a la moral entendido en términos absolutos, niega la libre manifestación de ideas, lo cual, como se dijo anteriormente, limita el Derecho de Libertad de Expresión; esto quiere decir, que toda idea novedosa, por serlo atenta contra la moral de los mas o de los menos. El aplicar el precepto en términos absolutos puede dar lugar a abusos y a que la sociedad sea inamovible, como lo señala Arteaga Nava: "a falta de otro concepto, ante el imperativo que deriva de la norma y para evitar que la sociedad mexicana se estanque, el termino *moral* debe ser un elemento al que la autoridad recurra solo de manera excepcional. Con el fin de evitar brotes de violencia, en la materia más vale ser permisivo, que lo contrario"¹⁰³. La moral es un concepto relativo, y así debe ser entendido, ya que de otra manera seria imposible la libre manifestación de ideas en sociedades de constante evolución, al estar atadas a una forma de pensar de otros tiempos.

Por ello las conductas tipificadas en las dos primeras fracciones de este articulo, atentan contra la libertad de expresión, al limitar que se produzcan libros u objetos, o hacer exhibiciones públicas, si son calificados como 'obscenos'. La Real Academia de la Lengua Española define la palabra *obsceno* como: *Impúdico, torpe, Ofensivo al Pudor*. Si nos estreñimos bajo la estricta aplicación de este precepto, todos los comerciantes de puestos de revistas pudieran estar cometiendo el presente delito, ya que revistas de circulación nacional muestran imágenes obscenas, impúdicas, que sin lugar a duda afectan la moral de muchas personas, sin embargo, para muchas otras personas puede ser algo normal, sin ningún tipo de tabú o prejuicio social, para otros algo inaceptable. En los últimos tiempos las nuevas formas de manifestarse socialmente a favor de los animales, medio ambiente, etc., es desnudarse en las calles como forma de llamar la atención, lo que constituye un delito; de la misma manera hay pintores de renombre internacional, que convocan a gran cantidad de personas con el afán de conseguir fotografías de ellas completamente desnudas, sin constituir un delito.

¹⁰³ Ídem, pág. 566.

entonces ¿Cuál es la diferencia entre una y otra? sino más que libre expresión vista de diferentes formas. Por ello, este delito parece tipificar conductas reprimidas siglos atrás, ya que limita la libertad de expresión, es represivo, y juzga conductas de épocas inquisitivas y dictatoriales, como en tiempos del mismo Marqués de Sade, evidenciando realidades diferentes entre nuestro sistema penal y la sociedad, ya que el Derecho Penal debe de ir evolucionando conforme la sociedad lo haga y protegerla de aquellos ataques realmente peligrosos, no simples pensamientos, tal como lo señala Mir Puig "el Derecho Penal en un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado Social), entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos –no en un sentido naturalista ni ético-individual, sino como posibilidades de participación en los sistemas sociales fundamentales-, y en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos (Estado democrático)"¹⁰⁴.

Provocación de un Delito y Apología de este o de Algún Vicio (art. 207). El primer párrafo de este delito describe lo siguiente: "AL QUE PROVOQUE PUBLICAMENTE A COMETER ALGUN DELITO O HAGA LA APOLOGIA DE ESTE O DE ALGUN VICIO, SE LE APLICARA PRISION DE UNO A SEIS MESES Y MULTA DE UNO A CINCO DIAS DE SALARIO, SI EL DELITO NO SE EJECUTARE EN CASO CONTRARIO, SE APLICARA AL PROVOCADOR LA SANCION ANTERIOR, SIN PERJUICIO DE LA QUE CORRESPONDA POR SU PARTICIPACION EN EL DELITO COMETIDO.". Como lo hemos analizando en anteriores delitos que protegen la moral pública, de nueva cuenta se atenta contra la libertad de expresión de todo ciudadano, sancionando un posible hecho, es decir se criminaliza el pensamiento de la persona suponiendo el hecho. Este delito aplica un Derecho Penal de Autor, y no de Acto, base fundamental para un Derecho Penal Garantista, en donde se requiere de un resultado real, para castigar la participación independientemente de cada responsable, pero "donde no hay autor, no puede haber tampoco

¹⁰⁴ MIR PUIG, Santiago, *Estado, Pena y Delito*, Ob. Cit. pág. 105.

participantes"¹⁰⁵, entonces el presente delito no tiene razón de ser en virtud de que no protege ningún bien jurídico. Asimismo viola de manera directa el principio de "non bis in idem" consagrado en nuestro artículo 23 Constitucional, ya que se sanciona independientemente de la sanción sobre el posible delito, lo que ocasionando una doble sanción por un mismo hecho.

En otro orden de ideas, retomando la Libertad de Expresión, la descripción típica de este delito encuadra perfectamente en el fenómeno de los llamados "narco-corridos", que podrían concluirse fácilmente en una incitación a cometer delitos y hacer apologías de los mismos, así como de múltiples vicios, que podrían imitar una gran cantidad de jóvenes que gustan de este género, dando como resultado que una gran cantidad de grupos musicales pudieran ser responsables por la comisión de este delito. Sin embargo, ya se ha dicho que la prohibición de ellos atenta contra la libertad de expresión, por ello consideramos que el presente delito es anticonstitucional, y violatorio de principios fundamentales de Derecho Penal, ya que la exigencia de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico requiere que la conducta se realice, y no meros pensamientos, actitudes o modos de vida, como corresponde a un derecho penal de acto, al que se opone la idea autoritaria de un derecho penal del autor, ya que esta conducta fácilmente podría ser atendida como una falta administrativa, pero no un delito en particular en base también al principio de mínima intervención.

El segundo párrafo de este mismo artículo, señala: "LA MISMA SANCION SE APLICARA A QUIEN POR CUALQUIER MEDIO GÉNERE, DIFUNDA O PROPAGUE INFORMACION O DATOS FALSOS QUE PRODUZCAN ALARMA, TERROR O MIEDO EN LA POBLACION O EN UN GRUPO O SECTOR DE ELLA, PARA PERTURBAR LA PAZ PUBLICA O TRATAR DE MENOSCABAR LA AUTORIDAD DEL ESTADO O PRESIONAR A LA AUTORIDAD PARA QUE TOMA UNA DETERMINACION". El bien jurídico protegido en esta descripción además de la moral, es la Paz Pública, las cuales pueden verse afectadas a través de información o datos públicos, tratando de menoscabar la autoridad del Estado o presionar a la autoridad para que tome una decisión, sin embargo, esto es un derecho de cualquier ciudadano, con el tráfico de ideas que se da a través de

¹⁰⁵ MERKEL, Adolf; *Derecho Penal. Parte General*. Ed. B de J. Buenos Aires, Argentina; 2004, pág. 736.

internet esta disposición ha quedado rebasada, ya que en ella se hacen múltiples críticas hacia el Estado como a sus instituciones y/o autoridades, lo cual es completamente valido ejerciendo nuestro Derecho de Libertad de Expresión, que además está consagrado en la Declaración Universal de los Derecho Humanos en su artículo 19, que señala: *"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión."*, y que al ser parte nuestro país, aplicando un control difuso de convencionalidad la autoridad judicial debe acatarlo y por lo tanto desaplicar el presente Delito.

El Derecho a exigir a nuestras autoridades su debido desempeño es parte de un Estado Democrático, ya que su responsabilidad es con la sociedad, y su incompetencia o falta de trabajo para realizar su función, debe ser exigida por toda la sociedad, por ser su obligación, y el hecho de que esta conducta social sea tipificada como delito, nos habla de un Estado represivo, e intolerante a presiones sociales y trafico de ideas. Podemos concluir que el presente delito es totalmente inconstitucional e inconventional, por violar derechos fundamentales, digno de un Estado Autoritario.

Revelación de Secretos (Arts. 208 y 209). Aunque este delito ya no se encuentra dentro del título sexto "delitos contra la moral pública", es claro que nos encontramos ante una norma de carácter "ética o moral". La revelación de un secreto tiene como fin primordial proteger el Derecho a la intimidad de las personas, y su descredito o atentado contra su fama personal; sin embargo, tal y como está redactado en nuestro código penal, no implica ningún daño latente y/o peligroso para la sociedad, para ser protegido por la norma Penal. Con esto no queremos decir que en su momento deba ser sancionado, pero en base al principio de minima intervención del Derecho Penal, puede ser fácilmente regulado por instancias menos gravosas para la sociedad, como en la civil por ejemplo. De esta manera solo se administraría justicia solo cuando se haya

causado un daño patrimonial por la revelación de un secreto personal o profesional. El castigar conductas de mera ética vuelven al Derecho Penal la panacea de los problemas sociales, y en el caso concreto, es indudable que el Derecho a la Intimidad es importante para cualquier persona, pero su protección a través del Derecho Penal causa más perjuicios que beneficios para toda la sociedad, al estar aplicando el brazo duro del Estado, y como consecuencia originar más delincuentes por delitos menores o "*delitos de bagatela*" por así decirlo. En base al principio de subsidiariedad de derecho penal nos señala que, si existe un recurso jurídico menos gravoso que el derecho penal para la persona, este ha de ser prioritario, así, en este sentido tiene un carácter prioritario frente al derecho penal el derecho civil para la reparación pecuniaria del daño, el derecho administrativo o el derecho laboral, por ejemplo¹⁰⁶. Es por ello, que esta figura delictiva debe de ser contemplada por otras instancias menos gravosas y no mediante derecho penal.

Delitos cometidos en la custodia de documentos (Art. 224). El presente Delito señala lo siguiente. Al servidor público que:

I. SUSTRAJERE, DESTRUYERE U OCULTARE DOCUMENTOS O PAPELES QUE LE ESTUVIEREN CONFIADOS POR RAZÓN DE SU CARGO;

II. TENIENDO A SU CARGO LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS O EFECTOS SELLADOS POR LA AUTORIDAD, QUEBRANTARE LOS SELLLOS O CONSINTIERE SU QUEBRANTAMIENTO; Y

III. ABRIERE O CONSINTIERE ABRIR SIN LA AUTORIZACION CORRESPONDIENTE, PAPELES O DOCUMENTOS CERRADOS CUYA CUSTODIA LE ESTUVIERE CONFIADA.

AL RESPONSABLE DE ESTE DELITO SE LE IMPONDRÁ PRISION DE TRES MESES A CINCO AÑOS Y MULTA DE DIEZ A TREINTA DIAS DE SALARIO MINIMO.

Es importante señalar que este delito se encuentra dentro del título octavo "delitos cometidos por servidores públicos", y es sancionado con pena de prisión de tres meses a cinco años, es decir, se utiliza la pena de prisión como prima

¹⁰⁶ BUSTOS RAMIREZ, Juan J., y HERNAN HORMAZABAI., *Malaree. Ob. Cit.*, pág. 34.

ratio, aunque por sus características y en base al principio de necesidad, fácilmente pudiera ser sancionado administrativamente con la destitución o inhabilitación del cargo de servidor público, dependiendo del documento custodiado, sin embargo, se utiliza la pena prisión como la idónea para sancionarlo. Debemos recalcar que en la descripción típica de este delito, en ningún momento se menciona algún daño a terceros, es decir, que exista un peligro latente para la sociedad o una afectación a algún Derecho humano, o bien que la ocultación de estos documentos pueda ser considerada de vida o muerte para algunas personas. En este sentido, la conducta tipificada fácilmente pudiera ser de trámite administrativo dentro de la misma institución afectada, y ellos mismos determinar la sanción correspondiente sin la necesidad de involucrar al poder coactivo del Estado, a menos que se haya cometido un delito en este lapso. En conclusión, creemos innecesaria la tipificación de este delito por no existir bien jurídico protegido.

Delitos de Abogados, Patronos y Litigantes (Art. 229). Los delitos que pueden cometer los abogados en ejercicio de sus funciones, en base a este artículo, son los siguientes:

I. ALEGAR, A SABIENDAS, HECHOS FALSOS O LEYES INEXISTENTES O DEROGADAS;

II. PEDIR TERMINOS PARA PROBAR LO QUE NOTORIAMENTE NO PUEDE PROBARSE O NO HA DE APROVECHAR A SU PARTE; O PROMOVER ARTICULOS O INCIDENTES CON EL FIN DE CREAR DILACIONES O TRAMITES INNECESARIOS PARA EL NORMAL DESARROLLO DEL JUICIO, O RECURSOS CLARAMENTE IMPROCEDENTES, O DE CUALQUIER OTRA MANERA, PROCURAR DILACIONES NOTORIAMENTE INDEBIDAS.

PARA PROCEDER A LA INICIACION DE LA AVERIGUACION PENAL SERA NECESARIA LA PREVIA CALIFICACION DE LOS HECHOS A QUE SE REFIERE ESTA FRACCION, REALIZADA POR EL JUEZ O TRIBUNAL QUE CONOZCA DEL NEGOCIO; Y

III. PRESENTAR POR SI MISMO O ACONSEJAR A SU PATROCINADO, A QUE PRESENTE TESTIGOS O DOCUMENTOS FALSOS.

EN EL CASO DE ESTA FRACCIÓN, LAS SANCIONES EXPRESADAS SE IMPONDRÁN SIN PERJUICIO DE LAS QUE CORRESPONDAN POR LA PARTICIPACIÓN DEL INFRACTOR EN LA COMISIÓN DEL DELITO DE FALSEDAD EN DECLARACIONES ANTE LA AUTORIDAD; FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS O USO DE LOS MISMOS.

Las conductas señaladas en este artículo nuevamente hacen mención a normas de carácter ético-moral, es decir, pareciera que fueron tomadas del Código de Ética Profesional del Abogado, pero sancionando su incumplimiento penalmente. Si nuestro Código Penal contempla el delito de Falsedad de Declaraciones ante una Autoridad y Falsificación de Documentos, entre otros, resulta innecesario que vuelvan a sancionarse conductas similares. Es innegable que la sociedad actual ocupa de personas éticamente profesionales, con conocimientos y espíritu de servicio, pero también lo es, que cada persona ejerce su profesión conforme a esta le parezca, es decir, no se puede hablar de una persona buena pero deshonesta profesionalmente, o de una mala persona pero honesta profesionalmente, lo que queremos decir es que se castiga a la persona por su manera ética de trabajar. Un abogado obligadamente cumple con una doble moral, ya que en algunos casos deberá de defender a presuntos culpables y en otras a la víctima, por la sencilla razón de ser su trabajo o modo de vida, por lo que el aspecto ético-moral sobre si se defiende o no a la persona es decisión particular de cada profesionista, así como su estrategia de defensa, para lo cual la misma ley marca sus límites, sin necesidad de que su violación sea castigadas por nuestro código penal. Asimismo se contrapone al principio de una adecuada defensa señalada en el artículo 20º Constitucional, y al de una igualdad de armas entre las partes, ya que el abogado es el único que sabe la estrategia de defensa, y el encargado de desacreditar el dicho o los argumentos vertidos debe ser su contraparte, por errores en el procedimiento (de forma), o por causas de excepción (de fondo), pero la ley no debe sancionar penalmente la manera ética de trabajar de profesionistas, ya que los delitos en que puede incurrir un abogado ya se encuentran establecidos puntualmente en el código penal, y no hay necesidad de establecer delitos propios de un abogado criminalizándolos aun más de lo ya hecho.

El ejercicio de la abogacía impone las mismas responsabilidades que la de un arquitecto, un ingeniero, un psicólogo, etc., y si estos llegaren a cometer un delito en ejercicio de sus funciones, no se plantean delitos especiales para ellos por su calidad de profesionistas, sino que sus responsabilidades se encuentran establecidas de manera general en nuestro código, sin necesidad de tipificar delitos especiales para cada profesión, ya que de ser así, sería preferible tipificar el delito de diputados y senadores, y tratar de penar sus decisiones, y su responsabilidad por los daños innumerables e incuantificables causados a nuestra sociedad, que son mucho peores que las que pudiera ocasionar un abogado en el ejercicio de sus funciones.

Uso indebido de Condecoraciones, Insignias, Distintivo o Uniformes

(Art. 250). El presente delito señala lo siguiente: SE SANCIONARA CON PRISION DE UN MES A DOS AÑOS Y MULTA DE UNO A CINCO DIAS DE SALARIO. AL QUE USARE UNIFORME, INSIGNIA, DISTINTIVO O CONDECORACION A QUE NO TENGA DERECHO. QUE SEAN EXCLUSIVOS DE FUNCIONARIOS O DE PERSONAS QUE TENGAN CARACTER DE AUTORIDAD EN EL ESTADO.

La conducta sancionada en el presente delito no tiene la trascendencia penal necesaria, ni por el bien jurídico ni por peligro a derechos de terceros para merecer de una protección penal. En este delito, se viola el principio de *lesividad* del Derecho penal, el cual suele también sintetizarse bajo el aforismo "*nulle crimine sine injuria*", es decir que "*no hay delito sin daño*", esto equivale a la inexistencia de una conducta punible si una amenaza concreta o real, o daño para el bien jurídico tutelado, al respecto el maestro Morales Brand señala que los bienes jurídicos tutelados "solo serán lesionados si se concreta una afectación a una persona de carne y hueso o a un bien específicamente determinado; es decir, es necesario eliminar las prohibiciones de conductas peligrosas abstractas, ya que solo castiga una mera desobediencia o violación formal de la ley sin que ocurra una lesión pudiendo reformularse como actos u omisiones de tentativa punible por otras conductas, y solo quedar estipulados los

daños y peligros concretos¹⁰⁷. Por ello, el presente delito tipifica una conducta irrelevante penalmente, por lo que se vuelve innecesaria su protección penal.

Bigamia (Art. 266). Antes del análisis de fondo sobre presente delito, como antecedente atenderemos a Vega Gutiérrez, quien señala que en lo que respecta al tratamiento jurídico canónico de la propiedad de la "unidad matrimonial", la bigamia se entendía como un atentado a la fidelidad matrimonial, ya que se equiparaba adulterio y bigamia¹⁰⁸. En este sentido, en primer término podemos decir que el bien jurídico protegido en este delito, al igual que en el caso del adulterio, es la fidelidad matrimonial o la familia, bien jurídico que en nuestros días ya no merecen de una protección penal, porque al igual que la figura del adulterio, solo deben figurar dentro de un Código civil. La Bigamia es una reliquia para el Derecho Penal pero ante una concepción moderna y garantista de Derecho Penal, en base a principios como *mínima intervención* de Derecho Penal, la conducta no es suficientemente dañosa para la sociedad como para ser protegida penalmente. La sanción lógica para esta conducta es necesariamente una sanción civil de nulidad, por ello, todas sus consecuencias deben ser meramente civiles.

El arraigo histórico de esta figura delictiva dentro del código penal, no es razón suficiente para no pensar en la despenalización de este delito que por siglos ha formado parte de las normas penales, pero ante realidades y tiempos diferentes, es necesario garantizar dentro de nuestro código penal solo conductas delictivas verdaderamente dañosas y graves, que pongan en peligro derechos subjetivos concretos, limitando con esto el *ius-puniendi* del estado, ya que lo único que ocasiona la tipificación de estas conductas es el aumento del hacinamiento carcelario y la alta criminalización penal.

¹⁰⁷ MORALES BRAND, José Luis; *Sistema de Justicia Penal Acusatorio en México*. Ed. CENIJUS; México, 2010, pág. 114.

¹⁰⁸ VEGA GUTIERREZ, Ana María; *La Unidad del Matrimonio y su Tutela Penal. Precedentes romanos y canónicos del delito de bigamia*. Ed. Comares; Granada, 1997, pág. 125.

Incesto (art. 268). Sin lugar a dudas esta figura delictiva es de carácter cultural, si bien su objeto jurídicamente protegido es la familia y la moral, también lo es que muchas culturas a nivel mundial tienen costumbres que permiten esta conducta, incluso dentro nuestro propio País. Lo debatible es que si bien se protege la moral y la familia, el hecho es que su penalización también viola el Derecho a la libertad sexual de las personas, en virtud de que ambas partes son culpables por actos previamente consentidos. La copula obligada cuando hay vínculos por parentesco es una agravante en el delito de violación, pero en el presente caso no hay víctimas, ya que los dos consienten la conducta, ejerciendo su derecho a la libertad sexual. Como hemos comentado anteriormente, la moral es un arma de doble filo, así como hay personas moralistas aferradas a la religión y la familia que apoyaran la tipificación de este delito, sin embargo, también es que la misma biblia considera reproducciones por medio de relaciones de parentesco, como por ejemplo Adán y Eva, quienes tuvieron relaciones necesariamente para la repoblación de la tierra, asimismo en caso del arca de Noé, a la cual solo entro él, su esposa y sus tres hijos con sus tres esposas respectivamente, derivándose que la tierra fuese repoblada desde un mismo tronco común.

Es por ello que este tipo de delito de carácter moral, no debe de ser tipificado dentro de nuestro código penal, ya que no atiende de manera racional el sentir de la sociedad en general, y en este caso el sentir de los mismos involucrados, como lo señala Moccia: *"no parece compatible con un planteamiento propio de un ordenamiento de Estado social de Derecho el mantenimiento de la figura jurídica autónoma del incesto a causa de su fuerte connotación ética. Una revisión de tal alcance de la intervención penal en esta delicada materia sería proficua, en nuestra opinión, incluso en una perspectiva de eficiencia del control de los hechos considerados socialmente nocivos"*. En efecto, nos parece que una intensa activación del Derecho penal para hechos concernientes al matrimonio, la familia, la educación de los hijos o la organización interna de una comunidad familiar, es excesiva y represora por parte del Estado, ya que interviene en aspectos personales. En cambio, es verdad que muchos de

los problemas que surgen en un ámbito familiar pueden hallar una solución mucho más satisfactoria con la activación de mecanismos alternos, aun interpersonales, pero no de carácter punitivo¹⁰⁹. Por ultimo, podemos añadir que con la tipificación de este delito se ponderan erróneamente Derechos de diferente nivel, al preferir proteger un bien jurídico de carácter social y/o general, como la moral y la familia, a un derecho individual como la libertad sexual de las personas.

Abandono de familiares (Arts. 269 - 273). El artículo 269 señala: AL QUE SIN CAUSA JUSTIFICADA, FALTE POR MAS DE TREINTA DIAS NATURALES A LA OBLIGACION DE SUMINISTRAR ALIMENTOS A SUS HIJOS, CONYUGE O CUALQUIER OTRA PERSONA CON QUIEN TENGA EL DEBER DE ASISTENCIA CONFORME AL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE NAYARIT, AUN CUANDO EL O LOS ACREEDORES ALIMENTARIOS SE DEJEN AL CUIDADO O RECIBAN AYUDA DE UN TERCERO, SE LE IMPONDRA DE UNO A TRES AÑOS DE PRISION Y MULTA DE TREINTA A DOSCIENTOS DIAS DE SALARIO MINIMO VIGENTE EN LA ENTIDAD.

LA PENALIDAD ANTES REFERIDA PODRA AUMENTARSE HASTA EN UNA MITAD, CUANDO EL DEUDOR ALIMENTARIO ABANDONE O INCUMPLA SUS OBLIGACIONES DE ASISTENCIA ALIMENTARIA PARA CON UNA MUJER EN ESTADO DE GRAVIDEZ CON QUIEN SE PRESUMA LA PATERNIDAD EN RAZON DE LA RELACION DE MATRIMONIO O CONCUBINATO QUE LOS UNA.

ADEMAS DE LAS SANCIONES SEÑALADAS Y DE LA REPARACION DEL DAÑO A QUE SE TENGA DERECHO, EN CASO DE REINCIDENCIA EL JUEZ PODRA DECRETAR LA SUSPENSION O PERDIDA DE LOS DERECHOS DE PATRIA POTESTAD, TUTELA, HEREDITARIOS O DE ALIMENTOS QUE PUDIERE TENER EL SUJETO ACTIVO A SU FAVOR RESPECTO DE LA VICTIMA.

La criminalización de este delito debe de ser bien analizada y enfocada en base al carácter fragmentario del derecho penal, es decir, el legislador debe analizar formas alternas de combatir esta conducta con medios menos gravosos para la sociedad, ya que por lo regular este delito causa más perjuicios para los ofendidos que para los responsables, en virtud de que aumenta el estado de abandono con el hecho de recluir al obligado a la prisión. Si el bien jurídico que constituye el derecho subjetivo a la asistencia de los hijos y/o la cónyuge, es de

¹⁰⁹ MOCCIA, Sergio; *El Derecho Penal Entre Ser y Valor. Función de la pena y sistemática teleológica*. Ed. IB de F; Montevideo - Buenos Aires, 2003, págs. 235-236.

relevancia penal, debe considerarse que las medidas para sancionarlo y garantizar su cumplimiento son bastante incongruentes¹¹⁰, ya que usualmente los responsables de este delito son personas de escasos recursos, incluso con graves problemas de adicción, donde en lugar de una pena ocupan que el Estado les brinde instrumentos y condiciones que los ayude a cumplir con su obligación. Por lo tanto la pena de prisión en este caso es totalmente incompatible con la finalidad que se desea con la protección penal de este bien jurídico, porque ocasiona la prolongación del incumplimiento si no se cuenta con los medios económicos para cumplir con la misma a suministrar alimentos. Nuestro código penal en su artículo 26 señala una serie de medidas de seguridad, las cuales puede resultar más benéficas y positivas para garantizar el cumplimiento de esta conducta.

La posibilidad que tiene el ofendido de acudir por la vía civil o la vía penal para que sus derechos sean resarcidos, provoca una incertidumbre jurídica, ya que esta posibilidad puede ser utilizada maliciosamente por el mismo rencor entre cónyuges y utilizar al norma penal como un medio personal de venganza, denunciando sin intención siquiera de velar por los menores desprotegidos, esto porque las mismas parejas son sabedoras generalmente de las posibilidades económicas del otro, y saben perfectamente si el obligado cuenta con la solvencia económica para cubrir con su responsabilidad, denunciando probablemente el abandono sentimental y no necesariamente por abandono familiar, sin perjuicio de los casos positivos que se logran en ocasiones. Por ello, consideramos que la tipificación de este delito apareja más perjuicios que beneficios para las víctimas reales, como son los menores. Por esa razón el Estado debe otorgar otras medidas menos gravosas y más efectivas para garantizar la protección a este derecho fundamental, y garantizar su cumplimiento en base en el Interés Superior del Menor.

¹¹⁰ Artículo 272 del Código Penal para el Estado de Nayari.

Golpes simples (Art. 292). En cuanto a este Delito, el principio de proporcionalidad y su test de necesidad, implica que la conducta ilícita por su peligrosidad e importancia sea necesaria su protección penal. Sin embargo, este delito simboliza figuras jurídicas de peligro abstracto. Por ello, para el Derecho penal es arriesgado tipificar este tipo de conductas leves como delito, tal como Moccia lo señala: *"la dificultad de interiorizar la norma relativa a una figura jurídica de peligro abstracto va acompañada del elevado riesgo de una pérdida de credibilidad en el sistema que, al tener que intervenir con la sanción penal por hechos de leve entidad, desvaloriza sus armas. Tal característica debería distinguir a las figuras jurídicas de peligro abstracto, dado su desvalor de evento casi nulo, a menos que se desee incurrir en formas ulteriores de ilegitimidad, derivadas como mínimo de la violación de los principios de razonabilidad y de personalidad de la responsabilidad penal, cuando se vinculan con tales figuras jurídicas sanciones particularmente duras"*¹¹¹. Por tal razón, consideramos que la despenalización penal sería la solución más coherente, en base al carácter fragmentario del derecho penal y su posible corrección por otras instancias menos dañosas, incluso de manera administrativa dada su levedad.

Injurias (art. 294), Difamación (art. 295) y Calumnia (art. 297). Por las características de estos tres delitos, resulta conveniente y práctico analizarlos en su conjunto, ya que forman parte de los denominados "delitos de opinión". Estos se encuentran en nuestro código penal dentro del título decimo octavo "delitos contra el honor". En primer término, no se discute que el honor sea importante y valorado por cualquier persona, sin embargo el daño que causa este tipo de delitos es muy subjetivo y abstracto, ya que no se puede medir ni calcular el daño causado, por lo que el sancionar este tipo de conductas mediante el Derecho penal es más peligroso que el delito en sí.

Estos 'delitos de opinión', llamados así porque habilitan al poder punitivo sancionar la manifestación pública de opiniones o ideas; pueden ser

¹¹¹ Ídem. pág. 196.

considerados como inconstitucionales o inconvenientes, aplicando los artículos 6º y 7º de la Constitución Política y la Declaración Universal de Derechos del Hombre, que en su artículo 19 señala: *“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”* La manifestación de la opinión de una persona es una de las formas en que se ejerce la libertad de expresión, que en el ámbito internacional es considerado como uno de los derechos de mayor importancia. Es claro que un proceso penal a causa de opiniones o ideas, y la posibilidad a ser sancionado, son prácticas de un Estado represor, limitador de ideas y opiniones personales. Al respecto Arteaga Nava señala: *“la libre manifestación de ideas y democracia corren paralelas; esta no puede existir sin aquella”*¹¹². Por ello, con la aplicación del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos la autoridad debe discernir de la inaplicación de estos delitos por ser contrarios al libre ejercicio de la libertad de expresión y de un Estado Democrático de Derecho.

Si bien es cierto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, regulan de manera restrictiva el derecho a la libertad de opinión, ya que prohíben a los Estados partes la censura previa, también permiten la previsión de responsabilidades ulteriores (es decir la posibilidad a una responsabilidad, sin hacer distinción entre civil, penal o administrativa). Esta expresión de responsabilidades ulteriores en un momento legítima la previsión de los tipos penales que analizamos (Injurias, Difamación y Calumnias), sin embargo, prohíben la censura previa, lo cual es contradictorio, porque prohibiéndola penalmente provoca que alguna persona evite sus comentarios, lo cual genera autocensura o la censura previa. Por ello, estos pactos deben ser aplicados en la medida que no restrinjan ni limiten derechos, y a su vez, por aplicación del criterio hermenéutico de la interpretación de los tratados y del principio *pro homine* consagrado en nuestro artículo 1º

¹¹² ARTEAGA NAVA, Elisav. Ob. Cit. págs. 568

Constitucional, la aplicación de estos pactos está condicionada a que no haya legislación interna o de otro pacto, tratado o convención que confiera mas derechos al ciudadano, como pasa con el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre. Podemos concluir que este grupo de delitos además de incurrir en una gran violación a la Libertad de Expresión al seguir tipificados dentro de nuestro código penal, también son completamente innecesarios bajo la óptica del principio de proporcionalidad de la pena.

Lesiones (art. 306). En base a la clasificación dogmatica de las lesiones, este artículo describe a las lesiones leves de la siguiente manera: **AL QUE INFIERA UNA LESION QUE NO PONGA EL PELIGRO LA VIDA DEL OFENDIDO Y TARDE EN SANAR MENOS DE QUINCE DIAS, SE LE IMPONDRA DE TRES DIAS A SEIS MESES DE PRISION Y MULTA DE UNO A CINCO DIAS DE SALARIO. SI TARDARE EN SANAR MAS DE QUINCE DIAS SE LE IMPONDRAN DE SEIS MESES A DOS AÑOS DE PRISION Y MULTA DE TRES A DIEZ DIAS DE SALARIO.** En el presente caso, nos encontramos ante una conducta penal que atenta contra principios de *intervención mínima, necesidad de la pena, subsidiariedad y fragmentariedad* de la dogmática penal, entre otros principios constitucionales; lo cual nos recuerda de entrada, la falta constante de estos principios dentro de nuestro Código penal, causa principal de la sobrecarga del trabajo judicial, por el alto número de delitos de bagatela tipificados penalmente y que se consignan diariamente ante las autoridades judiciales, obstaculizando la adecuada impartición de una justicia de manera pronta y expedita para los ciudadanos. El trabajo judicial no distingue entre un delito grave o leve, ya que los términos procesales son los mismos y deben de ser acatados en tiempo y forma en base al principio de legalidad. Entonces, delitos como el presente, solo ocasionan que se infle el cumulo de expedientes disminuyendo la calidad de la impartición de justicia penal. Por ello, concluimos que este delito además de atentar con principios fundamentales de Derecho penal, se debe optar por otro tipo de alternativas jurídicas para su solución, es decir "el derecho penal solo puede imponerse ante la imposibilidad o el fracaso de otras políticas de solución del conflicto. De esta manera, el derecho penal solo puede imponerse como extremo

recurso de Estado¹¹³. En este sentido la despenalización penal para este tipo de delito nuevamente sería la mejor opción.

Disparo de arma de fuego y ataque peligroso (art. 327). El presente delito señala: SE IMPONDRÁ PRISION DE TRES MESES A DOS AÑOS Y MULTA HASTA DE DIEZ DIAS DE SALARIO AL QUE DISPARE SOBRE ALGUNA PERSONA UN ARMA DE FUEGO, O LA ATAQUE DE TAL MANERA QUE EN RAZON DEL ARMA EMPLEADA, DE LA FUERZA O DESTREZA DEL AGRESOR O DE CUALQUIERA OTRA CIRCUNSTANCIA SEMEJANTE, PUEDA PRODUCIR COMO RESULTADO DEL DISPARO O DEL ATAQUE LA MUERTE.

De acuerdo a la descripción típica de este delito, sanciona una conducta inexistente y se basa en la suposición de que el posible resultado ocasione la muerte. El carácter preventivo es muy subjetivo, ya que no se puede sancionar una conducta inexistente y mucho menos predecir su resultado, además de que el bien jurídico de la vida ya se previene mediante tipificación del delito de homicidio. Por ello, consideramos que el presente delito no tiene una función útil para la sociedad, ya que no protege ningún bien jurídico en concreto y sanciona un peligro abstracto, sin necesidad de un daño real. Mediante la figura del bien jurídico se desvirtúa el rol y justificación del Derecho penal reflejado en los tipos penales, un elemento inexistente en el presente delito, evidenciando una violación a principios constitucionales de Derecho penal. Concluimos que al igual que algunos delitos prescindidos ya de nuestro código penal, como el de vagancia y mal vivencia, que no representaban ninguna puesta de peligro real y concreta, el presente delito también debe desaparecer de nuestro ordenamiento legal, ya que solo se trata de una conducta antisocial que por su naturaleza podría ser sancionable solo de forma administrativa, evitando seguir violando principios constitucionales y convencionales como de *lesividad* y de *ultima ratio* del Derecho penal.

¹¹³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J., y HERNÁN HORMAZABAL. Ob. Cit. pág. 34.

Aborto (art. 336). Hacer un análisis a fondo sobre este delito sería confrontar una serie de opiniones y Derechos encontrados en favor y en contra de su penalización, así como en favor de la madre o del embrión. Actualmente son prioritarios los derechos de la madre, como lo señala el artículo 338 de nuestro código penal, en el caso de abortos como resultado de violaciones, de la siguiente manera: NO ES PUNIBLE EL ABORTO CULPOSO CAUSADO POR LA MUJER EMBARAZADA, NI CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA VIOLACIÓN. La lucha por lograr la despenalización total del aborto es tema de años atrás, la cual ya ha logrado resultados positivos como la despenalización del aborto en el D.F., siempre y cuando sea antes de las 12 semanas de gestación. Asimismo se vuelve un tema cuestionable, ya que ni la misma SCJN se ha pronunciado de manera concreta para decidir desde qué momento se protege la vida, si desde que el ovulo es fecundado o desde que nace. Es por ello que existe un limbo en las legislaciones estatales como la nuestra, para poder hacer una declaración clara y precisa sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de este delito, ya que depende de cada persona decidirlo. La postura de nuestro Estado es en sentido que debe protegerse a partir de la concepción, por ello su tipificación en nuestro código penal.

El aborto es un tema controversial desde el punto de vista moral como jurídico, porque el bien jurídico protegido es el mas importante para el Derecho penal, sin embargo, podemos inclinar nuestra postura jurídica en base a un Derecho penal de minima intervención, y en consecuencia apoyamos la despenalización de este delito, siempre y cuando se establezcan políticas sociales de prevención y de educación sexual adecuadas a nuestros tiempos, ya que con un procedimiento médico, legal y seguro se podrían salvar más vidas de las que se pierden con la penalización esta conducta.

Abuso de confianza (art. 364). Según nuestro código penal el delito de Abuso de confianza se describe de la siguiente manera: AL QUE, CON PERJUICIO DE ALGUIEN, DISPONGA PARA SI O PARA OTRO, DE CUALQUIER COSA AJENA MUEBLE DE LA QUE SE LE HAYA TRANSMITIDO LA TENENCIA Y NO EL DOMINIO, SE LE SANCIONARA CON PRISION HASTA

DE DOS AÑOS Y MULTA DE DIEZ A TREINTA DIAS DE SALARIO, CUANDO EL MONTO DEL ABUSO NO EXCEDA CIENTO VECES DEL SALARIO.

SI EXCEDE DE ESTA CANTIDAD, PERO NO DE QUINIENTAS VECES EL SALARIO, LA PRISION SERA DE DOS A SEIS AÑOS Y MULTA DE QUINCE HASTA SESENTA DIAS DE SALARIO.

SI EL MONTO ES MAYOR DE QUINIENTAS VECES EL SALARIO, LA PRISION SERA DE SEIS A DOCE AÑOS Y LA MULTA DE VEINTE A CIENTO DIAS DE SALARIO.

El bien jurídico protegido en este delito es el patrimonio, que si bien su tutela penal es innegable, debemos analizar la magnitud del daño que se sanciona con la tipificación del presente delito, ya que solo los ataques mas graves merecen de una protección penal independientemente del bien jurídico que se trate.

El párrafo tercero de este artículo, señala: *"si el monto es mayor de quinientas veces el salario, la prisión será de seis a doce años y la multa de veinte a cien días de salario mínimo"*. Es considerable que la pena impuesta a esta conducta es similar a la impuesta a algunas modalidades de delitos graves como homicidio, lesiones graves, robo, etc.; y que si lo razonamos en términos cuantitativos y materializamos los quinientos días de salario mínimo, se sanciona de manera excesiva el abuso de confianza por la cantidad de \$30,690.00 (treinta mil seiscientos noventa pesos 00/100 M.N.), patrimonio que se protege incluso de forma más grave que a delitos como peculado, cohecho e enriquecimiento ilícito, por decir algunos, comprometiendo la legalidad de la intervención penal del Estado, ya que, por más preventivo que trate de ser el Estado hacia una conducta, no puede imponer penas tan altas y tan desproporcionales en comparación con delitos más graves, y menos a delitos que son perseguidos por querrela de parte como el presente delito¹¹⁴. En este sentido, Mir Puig señala que *"la bondad de una acción de gobierno para la colectividad no justifica, sin más, que busque el apoyo en arma tan lesiva como el Derecho penal"*¹¹⁵. Podemos concluir que este delito sobrepasa excesivamente las barreras impuestas por el

¹¹⁴ Fracción X del Artículo 24 bis, Código Penal para el Estado de Tlaxcala.

¹¹⁵ MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. pág. 78.

principio de mínima intervención de derecho penal, así como al derecho a una pena justa y proporcional al daño causado. Si bien es cierto que el patrimonio es un bien jurídico que merece tutela penal, también lo es que la protección penal no es necesaria a todos sus ataques, mucho menos la imposición de penas altas a todos ellos. Asimismo por su naturaleza, se convierte en una conducta que puede ser solucionada mediante vías menos perjudiciales como la civil.

Fraude (art. 368) y Administración Fraudulenta (art. 371). Estas figuras delictivas son muy similares al delito analizado anteriormente, ya que de la misma manera son sancionadas de seis a doce años de prisión si el valor de lo defraudado es mayor de quinientas veces el salario. Estas penalidades también viola el test de proporcionalidad en sentido estricto, porque no es racional que el delito de homicidio en riña sea sancionado de cuatro a seis años¹¹⁶ y de forma más leve, no obstante que protege un bien jurídico de mayor jerarquía para el Estado, la sociedad y el mismo Derecho penal, como la vida. Con ello se traduce una deficiente proporcionalidad en las sanciones penales y en la política criminal del Estado, además del poco conocimiento jurídico penal de nuestros legisladores.

Hoy en día el Derecho Penal tiende a insinuarse por doquier, a convertirse cada vez con más frecuencia en simple sancionador de la violación de normas de otra naturaleza: civil, mercantil, administrativa. "Esta tendencia se traduce en la proliferación del Derecho Penal algunos dicen que en su prostitución"¹¹⁷. Concluimos que la imposición de penas desmesuradas y desproporcionales de acuerdo al bien jurídico dañado, solo ocasiona que se derive en un Derecho administrativo sancionador, cada vez más alejado de los principios del núcleo

¹¹⁶ Artículo 322, -Código Penal para el Estado de Nayari-.

¹¹⁷ BOLLE; "Le rôle sanctionnaire du droit pénal: bilan des travaux du Conseil de l'Europe", en *Le rôle sanctionnaire du droit pénal*, Editions Universitaires, Fribourg, 1985, p. 47. Meccinado por: NIIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Ob. Cit. pág. 81.

histórico del Derecho penal, en donde solo se castiga por castigar y no para reinsertar.

Usura (art. 372). Este artículo señala lo siguiente: SE IMPONDRÁ PRISIÓN DE DOS A OCHO AÑOS Y MULTA DE CIEN A TRESCIENTOS DÍAS DE SALARIO

I. AL QUE APROVECHANDO LA IGNORANCIA O NOTORIA NECESIDAD DE UNA PERSONA, REALIZARE CUALQUIER PRESTAMO, AUN ENCUBIERTO CON OTRA FORMA CONTRACTUAL, CON INTERESSES QUE EXCEDAN EL COSTO PORCENTUAL PROMEDIO QUE FIJA EL BANCO DE MEXICO O EL INDICADOR QUE LEGALMENTE LO SUSTITUYA, VIGENTE EN EL MES INMEDIATO ANTERIOR AL DIA EN QUE SE PACTE LA OBLIGACION, U OTRAS VENTAJAS EVIDENTEMENTE DESPROPORCIONADAS, PARA SI O PARA OTRO,

II. AL QUE APROVECHANDO LA NOTORIA NECESIDAD AJENA, IGNORANCIA O MISERIA, PROCURASE UN PRESTAMO CUALQUIERA, COBRANDO O HACIENDOSE DAR UNA COMISION O COMPENSACION SUPERIOR AL TRES POR CIENTO RESPECTO DEL CAPITAL ORIGINAL, PARA SI O PARA OTRO, Y

III. AL QUE HAYA ADQUIRIDO UN CREDITO O COMISION USURARIA CON CONOCIMIENTO DE CAUSA PARA ENAJENARLO O HACERLO VALER,

PARA LOS EFECTOS DE ESTA FRACCION, SE ENTENDERA QUE LOS CREDITOS, COMISIONES O PRESTAMOS SON USURARIOS, CUANDO SEAN SUPERIORES AL LIMITE SEÑALADO EN LA FRACCION I DEL PRESENTE ARTICULO.

CUANDO UNA PERSONA MORAL FACILITE LOS MEDIOS PARA LA COMISION DEL PRESENTE ILICITO EN CUALQUIERA DE SUS MODALIDADES, DE MODO QUE ESTE RESULTE COMETIDO A SU NOMBRE, BAJO SU AMPARO O EN SU BENEFICIO, SE LE IMPONDRÁ SUSPENSION DE SUS ACTIVIDADES HASTA POR UN AÑO, Y ADEMÁS SERÁN SANCIONADOS PENALMENTE, LOS DIRIGENTES, ADMINISTRADORES Y MANDATARIOS QUE ORDENEN, PERMITAN O EJECUTEN DICHS DELITOS, CONFORME A LO PRESCRITO EN EL PRIMER PARRAFO DE ESTE ARTICULO.

La penalización de este delito es claro ejemplo del rumbo de nuestra política criminal, ya que hace poco más de un año este artículo fue reformado por nuestros legisladores locales, en donde aumentaron la pena de prisión de seis meses a cinco años y multa de tres a diez días de salario, a una pena de dos a ocho años de prisión y multa de cien a trescientos días de salario. Esta reforma

anunciada y publicitada por uno de nuestros legisladores de nombre Alejandro Galván, la cual se le denominó al efecto "Ley Galván", en donde dicho personaje hizo hincapié en el gran avance social y de justicia que tendría nuestro Estado con esta "importante" reforma, ya que el delito de Usura pasaría de ser un delito menor a un delito grave. Una vez más la capacidad intelectual y jurídica penal de nuestros legisladores es puesta a prueba. Primeramente porque la reforma fue aprobada por unanimidad, es decir, ningún legislador si quiera nombro la clara violación al principio de *minima intervención* de Derecho penal o al principio de proporcionalidad de la pena, o bien, sugerir un medio de solución distinto al Derecho penal, por una medida preventiva. Con esta reforma solo ayuda a la sobrepoblación carcelaria y al aumento indiscriminado de penas, entre muchos perjuicios sociales más.

La política criminal que nuestro Estado expresa con esto, es que el endurecimiento del sistema penal es la vía ideal para la solución del delito, a pesar de la existencia histórica de postulados garantistas de Beccaria que señalan que *"la creación arbitraria de los tipos penales y la elevación desmesurada de las penas pueden tener dos arribos dramáticos: o culminan en tragedia o desembarcan en comedia"*¹¹⁸, de Roxin que previene que *"un Estado de Derecho, debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal"*. Se prefiere pues, la represión social en lugar de la prevención. Por ello, consideramos que este tipo de reformas solo tratan de aparentar una solución rápida a problemas sociales de una manera errónea y políticamente falsa, ya que en la tarea de conseguir votos, las decisiones legislativas son contraproducentes, ocasionando la existencia de un Estado represivo endureciendo aun más su sistema punitivo.

En otro orden de ideas, también debemos analizar que nuestro artículo 17º Constitucional señala que ninguna persona puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil, sin embargo la naturaleza que origina este delito se

¹¹⁸ BECCARIA, Cesar. Ob. Cit. pág. 46.

deriva de un acto meramente civil. Debemos entender que la firma de un título de crédito es un acto bilateral, en donde las partes pactan sus derechos y obligaciones previamente, que si bien el prestamista puede aprovechar la necesidad del deudor, también el deudor puede aprovechar su condición insolvente y con frecuencia sabe anticipadamente si podrá pagar el adeudo, afectando de la misma manera el patrimonio del acreedor, por ello, consideramos que el beneficiario no debe ser sancionado penalmente, ya que al igual que el deudor sus condiciones ante la autoridad debe ser en igualdad de armas. Asimismo deben buscarse otras alternativas penales, como por ejemplo que el juzgador aplique de oficio el interés correcto fijado por el Banco de México, respetando de igual forma los Derechos y obligaciones del deudor y del acreedor. El interés máximo que puede cobrar un prestamista, sea persona moral o física, se encuentra establecido en el costo porcentual promedio que fija el Banco de México, es decir, basta con fijar este interés en todos los pagares oficiosamente, para evitar la consagración de delitos como la Usura, actuando de manera preventiva y no represiva, ya que si el interés es fijado al libre albedrío de las partes, la misma ley consiente la consumación de un acto ilícito.

Daño en Propiedad Ajena (art. 375). El patrimonio es un derecho inalienable de toda persona, y es un bien jurídico de gran relevancia para el Derecho Penal. Sin embargo, este delito puede ser exigido solamente por la vía civil, porque el daño ocasionado es cuantificable económicamente y su reproche podría ser en ese sentido, mediante vías menos lesivas como la civil, y solo en casos extraordinarios y de peligro real aplicar ciertas medidas de seguridad que nuestro código penal contempla. La penalidad impuesta a este delito viola principios de *razonabilidad* y *proporcionalidad*, ya que se sanciona de cuatro a ocho años y multa de cinco a veinte días de salario, lo que la convierte en una pena desmesurada y drástica para la conducta sancionada, sobre todo cuando el monto del daño es mínimo, porque en el mejor de los casos se sanciona con

cuatro años de prisión, asimismo es totalmente desproporcional ya que la pena es más alta en comparación con otros delitos similares o más graves.

Debemos analizar también lo señalado en segundo párrafo del mismo artículo 376 de nuestro Código Penal, que a la letra dice: SE APLICARAN DE UNO A OCHO AÑOS DE PRISION Y MULTA DE TRES A QUINCE DIAS DE SALARIO A LOS QUE INTENCIONALMENTE INTRODUCAN O IRRUMPAN CON SUS GANADOS A LAS SEMENTERA CAUSANDO DAÑOS A LOS CULTIVOS AGRICOLAS DE CUALQUIER ESPECIE.

“CUANDO EL DAÑO SE PRODUZCA POR CULPA O NEGLIGENCIA DEL PROPIETARIO DEL GANADO, O DEL ENCARGADO DE LA CONDUCCION O CUSTODIA DE ESTE, LA SANCION APLICABLE SERA DE SEIS MESES A CUATRO AÑOS DE PRISION Y MULTA DE UNO A DIEZ DIAS DE SALARIO.”

En este caso, lo único reprochable debería ser la indemnización del patrimonio perdido, ya que si bien hubo una violación al bien jurídico del patrimonio, también lo es que no todo ataque debe ser sancionado mediante el Derecho penal, ya que en este caso no existe intención de ocasionar un daño, el delito se deriva de una falta de atención o negligencia, en ese sentido el daño puede ser reprochado preferentemente mediante otras vías de Derecho, evitando hacer una mayor criminalización social. Por ello consideramos que la presente conducta debe ser tutelada mediante otras ramas alternas al Derecho penal, y eliminar principalmente el segundo párrafo del presente delito, ya que atenta de manera directa a principios de *lesividad*, *fragmentariedad* y *proporcionalidad* de la pena de Derecho penal.

Los delitos analizados en el presente capítulo solo son algunos de los que señala el Código Penal para el Estado de Nayarit, que atentan de manera notoria y real el principio de Proporcionalidad de la Pena y su test de Necesidad, ya que no justifican la intervención penal y a criminalizar estas conductas antisociales, lo que vuelve innecesario la utilización del poder coactivo del Estado para la protección de los bienes jurídicos que tratan de proteger, porque ocasionan mayor incertidumbre jurídica y una mayor represión social, contrario a un Estado democrático de Derecho.

Las propuestas de un *derecho penal liberal y democrático*, sostienen la necesidad de un sistema penal que funcione como un mecanismo de contención del ejercicio abusivo del poder punitivo por parte del Estado y sus agencias de control (Zaffaroni), que hay que buscar la implantación de un derecho penal mínimo o de *última ratio* (Ferrajoli), o de *extrema ratio* (Bustos), y que hay que evitar que los procesos de criminalización sigan siendo estratificados, selectivos y clasistas (Baratta). Se busca en definitiva evitar la criminalización de la pobreza (Carranza).

Concluimos que nuestro código penal no cumple con los requisitos mínimos que marca el test de necesidad de la pena, ya que la mayoría de los delitos que sanciona se utiliza al Derecho penal como *prima ratio* en su solución por más leves que sean, sin sobrevalorar previamente la necesidad de un arma tan lesiva para la sociedad, dejando de lado medios alternos para la solución de conflictos, posiblemente más efectivos. El Derecho penal no ha de convertirse en un arma más del intervencionismo estatal que solo se distinga por su posible mayor eficacia y contundencia¹¹⁹, como actualmente lo emplea la política criminal de nuestro Estado.

Para dar mayor fundamento a lo analizado, a continuación se muestra una estadística publicada en el Anuario Estadístico Judicial, que emite el Poder Judicial para el Estado de Nayarit¹²⁰, donde se observa la lista de los diez delitos consignados con mayor frecuencia del año 2007 al 2012:

1	Robo	6541
2	Lesiones	4473
3	Abandono de familiares	366
4	Daño en propiedad ajena	2999

¹¹⁹ MIR PUIG, Santiago, Ob. Cit. pág. 84.

¹²⁰ Anuario Estadístico Judicial 2012. Tribunal Superior de Justicia para el Estado de Nayarit.

5	Fraude	2740
6	Amenazas	1259
7	Homicidio	1017
8	Despojo	891
9	Armas prohibidas	609
10	Injurias	246

De dicha tabla podemos observar que de los diez delitos que menciona, al menos ocho los hemos analizado en el presente capítulo por su transgresión a principios fundamentales de Derecho penal y al principio de proporcionalidad de la pena y su test de necesidad. Esto refleja el beneficio social que se obtendría si se respetaran estos principios desde la creación y aplicación de los tipos penales en nuestro Código Penal, ya que beneficiara de manera directa al descongestionamiento de nuestras cárceles, la disminución en los índices de criminalización social, menor represión del Estado y mayor respeto a los Derechos Humanos.

4.3.2. Crítica al Código Penal de Nayarit en cuanto al Test de Idoneidad del principio de Proporcionalidad de la Pena

La función primordial del test de idoneidad consiste en verificar si el fin es legítimo normativamente y si los medios utilizados son idóneos; es decir, establecer puntualmente la finalidad del legislador y la legitimidad de los medios utilizados para la solución de problemas sociales y de sus decisiones de política criminal, para dar una mayor credibilidad jurídica y protección a Derechos fundamentales. Los medios utilizados deben velar por el respeto a los Derechos fundamentales establecidos en nuestra constitución y en los tratados internacionales, de no ser así, las medidas serán constitucionalmente ilegítimas

en la obtención del fin planteado. Por ello, en el presente capítulo analizaremos la idoneidad de la prisión preventiva como el medio para lograr los objetivos planteados por el legislador. De manera que solo será constitucionalmente válida si el fin garantiza una mayor protección a los Derechos humanos a los sacrificados por esta medida.

4.3.2.1. La prisión preventiva como regla y no como excepción en el Código Penal para el Estado de Nayarit

Es indudable que dentro de nuestro sistema penal la pena de prisión es una pena deshumana y nociva para cualquier tipo de delincuente, por las condiciones deplorables e inhumanas en las que se encuentran nuestras cárceles. Es notable que del cúmulo de delitos que señala nuestro código penal la gran mayoría se sanciona con pena privativa de libertad, que aunado al artículo 18º Constitucional que señala: *"SOLO POR DELITO QUE MEREZCA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD HABRÁ LUGAR A PRISION PREVENTIVA. EL SITIO DE ESTA SERA DISTINTO DEL QUE SE DESTINARE PARA LA EXTINCION DE LAS PENAS Y ESTARAN COMPLETAMENTE SEPARADOS."* generan que la prisión preventiva pueda ser utilizada en la mayoría de los delitos tipificados en nuestro código penal. Esto convierte a la prisión preventiva en una medida deshumana y desproporcional, ya que en los centros penitenciarios de nuestro Estado no hay la división de lugares para aquellos que se encuentran por prisión preventiva y los que se encuentran por condena, violando la garantía establecida en el mismo artículo 18 constitucional y en una serie de tratados internacionales. Estas deficiencias de nuestro sistema penitenciario afecta sobretodo a personas de escasos recursos, no porque sean los que más delinquen, si no los que más desprotegidos se encuentran ante la ley, por la dificultad de contratar un abogado particular, pagar una fianza o la conmutación de la pena, generando mayor desigualdad entre la sociedad, como lo señala Mir Puig ocasionando "una prisionalización en masa de los pobres, debida a una degeneración clasista de la Justicia penal y fuertemente sostenida por una ideología de exclusión que criminaliza a los pobres, los

marginales o peor aún, a los que se considera 'diferentes' –el extranjero, el islámico, el inmigrante clandestino– bajo la insignia de una antropología racista de la desigualdad”.

Si consideramos la excesiva utilización de la prisión preventiva en nuestro código penal, podemos concluir que para nuestros legisladores la pena de prisión es la pena idónea para sancionar la mayoría de las conductas delictivas, sin importar los efectos nocivos que ya hemos señalado, además de las consecuencias personales que ocasiona la pena de prisión en todos sus ámbitos (personal, familiar, social, laboral, etc.), sobre todo cuando se absuelve del delito imputado; por ello, podemos afirmar que nuestro código penal no cumple con las exigencias que el test de idoneidad le impone a garantizar que las medidas optadas para lograr su fin primordial de paz y seguridad social sean idóneas y menos perjudiciales que el mismo fin, ya que violan mas derechos humanos de los que se protegen.

De acuerdo al principio *pro persona* o *pro homine* adicionado recientemente al artículo 1º constitucional y señalado en el artículo 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, el juez tiene la facultad de utilizar el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, para inaplicar la norma penal cuando exista violación a Derechos fundamentales como la libertad personal en el presente caso, pudiendo desaplicar la prisión como regla y utilizándola como excepción, es decir, tiene la capacidad de cambiar este paradigma.

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de libertad, buscando mayor protección a los Derechos humanos y a la Dignidad Humana. Estas reglas adoptadas desde el 14 de diciembre de 1990, señalan las medidas que la autoridad judicial tendrá a su disposición, considerando las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de

la víctima, quien será consultada cuando corresponda. En el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y la víctima.

Sin embargo, a pesar que estas medidas fueron adoptadas hace más de veinte años, nuestra legislación no ha considerado este tipo de instrumentos internacionales del cual forma parte, reluciendo nuevamente la pobreza con la que se maneja nuestra política criminal y el poco interés de conseguir un sistema penal más flexible con mayor protección a los Derechos humanos. Las Reglas de Tokio no solo buscan la reintegración del delincuente, si no una participación activa de la sociedad para lograr este objetivo, con el ánimo de fortalecer y subsanar ese vínculo deteriorado entre el delincuente y la sociedad. Se trata pues, de considerar cuanto antes la posibilidad de poner en libertad al recluso de un establecimiento y asignarlo a un programa no privativo de libertad, con ello se avanzaría significativamente en el tema de la prevención y del respeto a los Derechos humanos y a la dignidad humana, sin embargo, todavía parece que se opta por un sistema penal cada vez mas represivo que preventivo.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que la privación preventiva no puede considerarse como un sustituto de la pena privativa de libertad, mucho menos cuando ha dejado de cumplir con las medidas propias de la medida cautelar, que la persona pudiera evadirse o entorpecer la investigación, es decir, la prisión preventiva debe ser excepción al caso concreto, solo cuando la investigación así lo requiera. La prisión preventiva actualmente se traduce en una pena cruel, porque en muchos casos no es necesaria y criminaliza a la persona de por vida.

La Convención Americana de Derechos Humanos, trata de limitar el poder del Estado en la aplicación excesiva de la pena de prisión y prevenir el sinnúmero de violaciones a Derechos humanos que ocasiona la prisión preventiva, sobretodo porque no cumple con su función Constitucional. El Estado debe ser

consciente que el Derecho penal es también un Derecho del imputado frente a la actuación desproporcionada del Estado (*jus puniendi*)¹²¹ y los Derechos humanos no solo deben ser una característica del sistema de justicia, si no su misión más primordial.

El Pacto de Derecho Civiles y Políticos señala uno de los principios fundamentales de la prisión preventiva, que esta debe ser una excepción y no regla general, siempre y cuando se garantice la comparecencia del acusado; esto obliga al juez y al fiscal a comprobar la necesidad de la prisión preventiva y acreditarla, ya sea por el riesgo para la sociedad de que el imputado pueda sustraer la acción de la justicia o obstaculice la investigación, destruir, ocultar o falsificar elementos de prueba, entre otros supuestos. Sin embargo la prisión preventiva se utiliza en la mayoría de los delitos. Por ello, el Estado debe habilitar instrumentos para aplicar medidas cautelares de forma segura y eficiente, para así brindar beneficios que no otorga la prisión preventiva, ya que lo único que ocasiona es la inmovilización de la persona, donde no solo pierde su Derecho a la libertad de desplazamiento sino prácticamente todos su derechos como de expresión, reunión, asociación, sindicación, elegir trabajo, asistencia social, etc., por si fuera poco, hasta de desarrollar normalmente su sexualidad. En este sentido se debe de legislar en torno a instrumentos internacionales y reconocer los Derechos fundamentales de cada persona, los cuales no deben desaparecer por el hecho de tener la calidad de procesado y continuar con la violación a más derechos humanos que los que se protegen y priorizar el respeto al Derecho de presunción de inocencia.

Podemos concluir que existen muchos estudios sobre el daño social y personal que causa la prisión preventiva, desde la *Política Criminal Alternativa* como propuesta del Prof. don Alessandro Baratta¹²², se ha hablado de la *caducidad de la prisión preventiva*, al igual que los *límites a la prisión preventiva*,

¹²¹ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel: *Op. Cit.* pág. 153.

¹²² ALESSANDRO BARATTA: *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. Ed. Siglo Veintiuno; Buenos Aires, Argentina, 2004. Pág. 209.

así como a la *eximición de prisión por comparecencia*¹²³. Sin duda la sustitución debe ser negada en los casos de delitos graves o que conlleve el riesgo cierto o inminente de fuga, la calidad de los imputados, antecedentes de fuga, el ocultamiento de domicilio, crimen organizado., etc. Sin embargo en todos los demás casos la prisión preventiva debe ser considerada como una excepción.

4.3.3. Crítica al Código Penal de Nayarit en cuanto al Test de proporcionalidad en estricto sentido del principio de Proporcionalidad de la Pena

La tarea del legislador a imponer proporcionalmente la pena a cada delito no es fácil, ya que los bienes jurídicos se protegen de forma diferente por el valor del bien jurídico, por política criminal, incidencia delictiva, etc., sin embargo, la imposición de penas a determinados delitos, también se realiza en base en un populismo político y en la obtención de votos, limitando la eficacia del Derecho penal (seguridad pública y respeto a Derechos fundamentales). Por ello, el examen de proporcionalidad en sentido estricto debe realizarse de manera casi geométrica entre el daño causado, la pena impuesta y la importancia del bien jurídico protegido. Se debe velar además por la prevención del delito y que la duración de la pena sea la necesaria para la reinserción del infractor en la sociedad, ya que en estos términos lo señala la propia constitución en su artículo 18º, lo cual es imposible con la imposición de penas excesivamente altas.

Ante una legislación carente de principios que la orienten y dirigida por los intereses de los propios partidos políticos, han ocasionado normas desorganizadas y desproporcionales entre el daño causado al bien jurídico y la pena impuesta, sin un fin claro y legítimo. La política criminal manejada popularmente ha ocasionado normas represivas y retributivas, sin ánimos de reinsertar al delincuente ni de respetar sus Derechos humanos. Lo anterior se puede demostrar con la sobrepoblación carcelaria que impera en nuestros

¹²³ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso; *Temas de Ciencias Penales*, Edit. Offset Gráfico, 1996, pág. 79.

tiempos y el aumento continuo de los actos delictivos mas frecuentes; al respecto Beccaria señala "no solo es interés común que no se cometan delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño causado. Así pues, mas fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre Delitos y las Penas"¹²⁴.

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto condensa todas las exigencias de los su juicios de idoneidad y necesidad encerrando el núcleo del análisis de la ponderación, aplicable este vez tanto a las interferencias publicas como a las conductas de los particulares. En pocas palabras, consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o de un fin legitimo, y los daños o lesiones que de dicha medida se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor. Aquí propiamente rige la ley de la ponderación, en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio de derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad la necesidad de realizar el principio en pugna¹²⁵.

Así pues, en base al test de proporcionalidad en sentido estricto, analizaremos si en nuestro Código penal existe cierto equilibrio entre los beneficios que se obtiene con la medida limitadora y la protección de un bien constitucional, y los daños o lesiones que de dicha medida se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción o valor constitucional¹²⁶; dicho esto, es necesario establecer bajo una estructura los bienes jurídicos protegidos en la norma penal, y clasificarlos según su relevancia social y constitucional. La columna vertebral de nuestro sistema normativo ha sido, y debe serlo, el bien

¹²⁴ BECCARIA, Cosar. *Ob. Cit.* pág. 225.

¹²⁵ PRIETO SANCHIS, Luis; *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Serie de Derechos y Garantías No. 5.* Edit. Palestra; Lima, Perú, 2007. Pág. 145.

¹²⁶ GASCON ABELLAN, Marina, GARCIA FIGUEROA, Alfonso J., *La Argumentación en el Derecho.* Edit. Palestra; Lima, Perú, 2005, pág. 312.

jurídico, el cual, por otra parte, es el eje rector en la estructura de los tipos penales¹²⁷. Es decir la razón de las normas penales (tipos y punibilidades) es el bien jurídico, en este sentido, Jescheck, al igual que otros autores, apunta que el bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formulación del tipo¹²⁸. En consecuencia, si el bien jurídico es el que justifica la creación, y por tanto la existencia de las normas penales, parece razonable que la proporcionalidad de la penas debe ser de acuerdo a la calidad del bien jurídico protegido.

En un Estado de derecho, lo esencial es la protección a los Derechos humanos, más exactamente al mismo ser humano. Bajo esta primicia, aplicada a la norma penal, conduce a la conclusión que la protección de los bienes jurídicos, corresponde primeramente a los bienes inherentes a la personalidad humana (la vida, la salud, la libertad, etc.), los cuales no son creados por el legislador sino simplemente reconocidos, en este sentido podemos desglosar los bienes jurídicos más importantes para el ser humano como: la libertad, igualdad, y demás derivados de sus derechos civiles: políticos, económicos, sociales, culturales, de solidaridad, entre otros. Por lo tanto entre más importante sea un bien jurídico para la persona, mayor debe ser la afectación penal, tal como lo formula Alexy: "cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro"¹²⁹.

Las penas en nuestro Código Penal se basan en su mayoría en multa, prisión o ambas, presumiblemente establecidas bajo los principios constitucionales y ahora convencionales de reinserción y prevención social. En este sentido, la pena de prisión puede abarcar de 3 días hasta 50 años en

¹²⁷ DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. *Estructura y protección de bienes jurídicos*. Edit. Palestra, Lima, Perú, 2007, Pág. Pág. 236.

¹²⁸ JESCHECK, Hans Heinrich; *Tratado de Derecho Penal: Parte General, segundo volumen*, Edit. Bosch, Barcelona; 1981, pág. 350.

¹²⁹ ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Ernesto Garzón Valdés Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España; 1993, pág. 161

algunos delitos, lo cual otorga un margen extenso para valorar de manera proporcional los bienes jurídicos y darles a cada uno una pena justa en base a la afectación y el daño ocasionado, buscando además la consecución de los fines constitucionales de la pena. Sin embargo, la desproporcionalidad de las penas en nuestro Código penal es evidente, ya que no se sanciona conforme a la importancia del bien jurídico protegido, sino en base a cuestiones de política criminal, lo que da lugar a la arbitrariedad del Estado para sancionar debidamente los hechos delictuosos.

No es congruente en base al *test de proporcionalidad en sentido estricto* que nuestro Código Penal sancione delitos como violación y Tráfico de infantes con pena de prisión de hasta **cincuenta años**, y delitos como Homicidio simple o en riña con hasta **diez años** de prisión. Asimismo que delitos como Usura se sancione con hasta **ocho años**, y los delitos de Enriquecimiento ilícito y Tráfico de influencias con hasta **seis años**. Para dar mayor ejemplo se puede citar el delito de Asalto a un poblado o rachearía, el cual es sancionado con hasta **cuarenta años** de prisión, evidenciando aun mas la desproporcionalidad de la pena con delitos que atentan contra la vida, la integridad física o la libertad, que son sancionados de manera mucho más leve, incluso mucho mayor a delitos como Explotación de menores, Exposición de infantes y sustracción y trata de personas, los cuales son sancionados con hasta **dieciocho años**. Con lo anterior, podemos dar cuenta de la clara desproporcionalidad de las penas en nuestro Código Penal, carentes de lógica jurídica y de lógica común, que advierte la poca claridad de los objetivos de la política-criminal planteada por el legislador del Estado, ya que en ningún momento son decisiones apegadas a los principios fundamentales de Derecho penal de *proporcionalidad de la pena y mínima intervención*, mucho menos en los Derechos humanos.

Podríamos justificar de alguna manera estas decisiones del legislador por su desconocimiento total o parcial de la doctrina penal. Por ello, a continuación analizaremos una posición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

estampada en la **sentencia de amparo en revisión 181/11**, en donde se hace referencia al principio de proporcionalidad de la pena, que por el gran conocimiento jurídico de los integrantes de dicha institución debe ser apegada en base a los principios fundamentales de Derecho, ejerciendo su facultad de control constitucional y limitar el *ius puniendi* del Estado, ante decisiones legislativas como las analizadas anteriormente. Bajo la línea del *principio de proporcionalidad de la pena* y el análisis realizado en el presente trabajo, podemos realizar las siguientes observaciones:

1. En sentencia de amparo en revisión **181/11** la Suprema Corte de Justicia de la Nación efectivamente reconoce que *“la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido; de manera que las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes”*¹³⁰, mencionando puntualmente que dicha exigencia es un mandato tanto al legislador como al juzgador. El legislador debe proporcionar un marco penal abstracto que permita al juzgador individualizar la pena teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, tales como: la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, la intervención del 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.

¹³⁰ **PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.** De la interpretación del citado precepto constitucional se advierte que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido; de manera que las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes. Así, el legislador debe atender a tal principio de proporcionalidad al establecer en la ley tanto las penas como el sistema para su imposición, y si bien es cierto que decide el contenido de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas conforme al principio de autonomía legislativa, también lo es que cuando ejerce dicha facultad no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe observar los postulados contenidos en la Constitución General de la República, de ahí que su actuación esté sujeta al escrutinio del órgano de control constitucional «la legislación penal no está constitucionalmente exenta», pues la decisión que se emita al respecto habrá de depender del respeto íntegro al indicado principio constitucional. [Décima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 18. Sala, S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012, Tomo I; Pág. 503.

2. Posteriormente La Suprema Corte de Justicia de la Nación aclara que la relación entre pena y delito es una relación convencional, esto es que la relación entre delito y pena no sólo atiende a cuestiones éticas o valorativas propias de cada sociedad y momento histórico, sino también a consideraciones de oportunidad. En este sentido, consideramos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se contradice, ya que primeramente manifiesta la obligación del legislador y del juez para observar con todos los elementos del principio de proporcionalidad de la pena y después hace mención a consideraciones de "oportunidad", y admite que la proporcionalidad *"no implica que el sistema de penas previsto en los códigos penales atienda exclusivamente a la importancia el bien jurídico protegido, la gravedad del ataque a ese bien o al grado de responsabilidad subjetiva del agente"*. Entonces, primero reconoce la exigibilidad del principio constitucionalidad de proporcionalidad de la pena y después lo deja a consideraciones de oportunidad.

3. Hace referencia a que el legislador en materia penal tiene amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, es decir, para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales del momento histórico respectivo, fundando su dicho en la tesis: **LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA.**¹³¹

¹³¹ **LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA.** El legislador en materia penal tiene amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, es decir, para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales del momento histórico respectivo; sin embargo, al configurar las leyes relativas debe respetar el contenido de diversos principios constitucionales, entre ellos los de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, a fin de que la aplicación de las penas no sea infamante, cruel, excesiva, inusitada, trascendental o contraria a la dignidad del ser humano, conforme a los artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por esa razón, el Jefe constitucional, al examinar la constitucionalidad de las leyes penales, debe analizar que exista proporción y razonabilidad suficientes entre la cuantía de la pena y la gravedad del delito cometido, para lo cual debe considerar el daño al bien jurídico protegido, la posibilidad para individualizarla entre un mínimo y un máximo, el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo, la idoneidad del tipo y de la cuantía de la pena para alcanzar la

De la redacción total de dicha tesis podemos apreciar que si bien es cierto en las primeras líneas otorga facultades de política criminal al legislador, en la parte final de dicha tesis es contundente al aclarar que el legislador debe respetar el contenido de diversos principios constitucionales, entre ellos los de **proporcionalidad y razonabilidad jurídica**, a fin de que la aplicación de las penas no sea infamante, cruel, excesiva, inusitada, trascendental o contraria a la dignidad del ser humano, que literalmente señala *"debe analizar que exista proporción y razonabilidad suficientes entre la cuantía de la pena y la gravedad del delito cometido, para lo cual debe considerar el daño al bien jurídico protegido, la posibilidad para individualizarla entre un mínimo y un máximo, el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo, la idoneidad del tipo y de la cuantía de la pena para alcanzar la prevención del delito, así como la viabilidad de lograr, mediante su aplicación, la resocialización del sentenciado"*; con esto, podemos concluir que en este sentido sus argumentos son contradictorios y en base a una interpretación incompleta de la tesis jurisprudencial en la que se fundan.

4. La Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce la problemática del legislador a imponer penas proporcionales en base al bien jurídico tutelado, ya que también tiene que atender situaciones como puesta en peligro y el grado de afectación del mismo, y que la inconstitucionalidad del artículo 22º, no depende de que la pena sea mayor a la de un delito que protege un bien jurídico del mismo valor o de mayor importancia, ya que la escala de penas no solo es atendiendo la importancia de los distintos bienes jurídicos, sino también atendiendo la política criminal. Lo anterior es bastante debatible, porque como se

prevención del delito, así como la viabilidad de lograr, mediante su aplicación, la resocialización del sentenciado. [Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, Septiembre de 2008, Página: 599, Tesis: P./J. 102/2008, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Penal]. En el mismo sentido, véase la sentencia recaída en el amparo directo en revisión 1405/2009.

comento en el punto número 3, la Corte otorga amplias facultades al legislador para legislar de acuerdo a tiempos actuales y de realidad social, pero siempre atendiendo a los principios de Razonabilidad y Proporcionalidad de la pena, razón que olvida nuevamente, limitando su intervención a las decisiones de política criminal que velar por la protección a los Derechos Humanos y observancia de los principios constitucionales de Derecho penal.

5. La Suprema Corte de Justicia de la Nación considera constitucionalmente "legítima" toda política criminal, ya que tiene como objetivo disminuir la incidencia delictiva a partir del aumento de las penas, aclarando la conveniencia que el legislador exprese las razones que lo llevan a determinar una pena para un delito como un elemento especialmente relevante para evaluar la constitucionalidad de una intervención penal, pero lo cual no los lleva al extremo de sostener que la ausencia de una justificación legislativa expresa comporte la inconstitucionalidad de la pena". En este punto, el legislador cae en un par de cuestionamientos graves derivada de su inherente labor de limitar el *ius puniendi* del Estado, como las siguientes:

a) En primer lugar, porque como concededores de Derecho Penal y Doctos de esta materia, es inexcusable que admitan que el aumento de penas es la medida adecuada para la disminución de la delincuencia, ya que con estas medidas se buscan la paz social por medio de la violencia y el autoritarismo penal, prácticas que desde la Revolución Francesa se han tratando de erradicar. Asimismo porque es incompatible con los fines constitucionales de la prevención del delito y de readaptación social del delincuente.

b) En segundo lugar, porque reconocen que el legislador convenientemente debe expresar las razones que lo lleven a determinar la pena para un delito, como un elemento especialmente

relevante para evaluar la constitucionalidad de una intervención penal¹³². Sin embargo después aclaran que esto no los lleva al extremo de sostener que la ausencia de una justificación legislativa expresa comporte la inconstitucionalidad de la pena. Este aclaración limita totalmente su función de limitar el *ius puniendi* del Estado como poder autónomo, porque entonces todas las decisiones del legislador donde se vean transgredidos principios constitucionales de Derecho Penal, la Suprema Corte interpretara de manera general que al ser cuestiones de Política Criminal son legítimas, consintiendo que la falta de justificación expresa no es suficiente para determinar la inconstitucionalidad de dicha pena, lo cual es absurdo porque ante la ausencia de esta justificación legislativa la Suprema Corte no cuenta con los elementos objetivos para acreditar que las medidas legislativas son constitucionales, dejando a placer el control absoluto del poder coactivo del Estado al poder legislativo.

6. En dicha resolución, concluyen que no resulta legítimo comparar las penas previstas para los delitos en contra de la libertad personal, con

¹³² PENAS Y SISTEMA PARA SU APLICACIÓN, CORRESPONDE AL PODER LEGISLATIVO JUSTIFICAR EN TODOS LOS CASOS Y EN FORMA EXPRESA, LAS RAZONES DE SU ESTABLECIMIENTO EN LA LEY. El legislador al crear las penas y el sistema para la imposición de las mismas, no cuenta con libertad absoluta para su establecimiento en la ley, sino que debe atender a diversos principios como lo es el de la proporcionalidad entre delito y pena, ya que de ello dependerá si su aplicación es no humanitaria, infamante, cruel o excesiva, o por el contrario, es acorde a los postulados constitucionales. La proporción entre delito y pena, en el caso del Poder Legislativo, es el de hacer depender la gravedad de la pena en forma abstracta, lo cual se encuentra relacionado con la naturaleza del delito cometido, el bien jurídico protegido y el daño que se causa al mismo. Esto permite advertir la importancia que tiene el que el Poder Legislativo justifique, en todos los casos y en forma expresa, en el proceso de creación de la ley, cuáles son las razones del establecimiento de las penas y el sistema de aplicación de las mismas, para cuando una persona despliega una conducta considerada como delito. Lo anterior, permitirá que en un problema de constitucionalidad de leyes, se atienda a las razones expuestas por los órganos encargados de crear la ley y no a las posibles ideas que haya tenido o a las posibles finalidades u objetivos que se haya propuesto alcanzar. Así, lo relatado adquiere relevancia si se toma en consideración que al corresponderle al legislador señalar expresamente las razones de mérito, el órgano de control constitucional comará con otro elemento valioso cuyo análisis le permitirá llevar a cabo la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto o preceptos impugnados." (Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXIII, Enero de 2011, Página: 340, Tesis: fa.J. 114/2010).

las penas para los delitos que atentan contra la vida, ya que el test de proporcionalidad en sentido estricto, debe realizarse entre bienes jurídicos del mismo tipo (en este caso la libertad personal), señalando nuevamente la intensidad en la afectación del bien jurídico o por razones de política criminal. Ante esta posición citamos nuevamente a Jescheck, que al igual que otros autores, señala que *"el bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formulación del tipo. En consecuencia, si el bien jurídico es el que justifica la creación, y por tanto la existencia, de las normas penales, parece razonable que la proporcionalidad de la penas debe ser de acuerdo a la calidad del bien jurídico protegido"*¹³³; por ello, es ilógico que se pretenda aplicar el test de Proporcionalidad en sentido estricto en base a la afectación de determinados bienes jurídicos, dejando de lado la importancia de cada bien jurídico, ya que bajo ese supuesto se caería en el absurdo de decir que la proporcionalidad de la pena sería legítima si los tipos que atentan con la libertad son proporcionales entre sí, sin importar que los tipos que atentan contra la vida son sancionados de forma más leve, siempre y cuando estén proporcionados entre sí.

En conclusión, esta resolución carece de argumentos doctrinales y constitucionales válidos, porque es contradictoria y testifica la peligrosa posición de poner a la política criminal como estandarte de las reformas penales sin necesidad de que estén fundadas en principios constitucionales como el de *proporcionalidad de la pena*; consistiendo el aumento de penas como solución a los problemas sociales, pese a la falta de motivación y fundamentos constitucionales de Derecho penal. La Suprema Corte de Justicia de la Nación coloca al legislador en una posición de deidad por su temerosa convicción de revocar sus decisiones, olvidándose de la protección de los Derechos humanos y de Dignidad humana, utilizando como único argumento el de "política criminal", dejando en entredicho su independencia y el ejercicio de pesos y contrapesos elementales en un Estado democrático de Derecho.

¹³³ JESCHECK, Hans Heinrich; Ob. Cit. Pág. 350.

En ningún momento cuestiona las decisiones legislativas, sino que a pesar de su poca calidad argumentativa las apoya, aun cuando no cumplen con los requisitos impuestos al legislador por ella misma, como fundar y motivar sus decisiones de política criminal. Ante estas decisiones, no está por demás citar al clásico Beccaria, que a pesar de los siglos de diferencia entre sus postulados y nuestros tiempos, pareciera ser un contemporáneo, quien ostentaba que *"no hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común que propone consultar el espíritu de las leyes"*¹³⁴, como lo acabamos de demostrar.

¹³⁴ BECCARIA, Cesar; Ob. Cit. pág. 38.

CONCLUSION

Una vez que concluyo el proceso de experimentación a que fue sometida la hipótesis de trabajo, se procede a dar a conocer los resultados obtenidos al tenor de las conclusiones:

Primera. La función del Derecho penal, sus elementos y principios rectores se encuentran teórica y normativamente especificados. Su conjunto forma el instrumento coactivo del Estado para combatir la delincuencia y a su vez una garantía de paz social, procurando que su intervención sea en base a la protección a los Derechos Humanos y los principios constitucionales de Derecho penal.

Segunda. El Sistema de justicia Penal en nuestro país y en nuestro Estado es incongruente con los principios constitucionales de Derecho Penal de *proporcionalidad de la pena* y de *minima intervención*. La implementación de una política criminal basada en el aumento desmesurado de penas y de nuevos tipos penales ha orillado a un sistema de justicia penal represivo y desproporcional, por la utilización desenfrenada de la norma penal para la solución de conflictos, en un completo contexto de terror penal (Derecho penal del enemigo).

Tercera. El principio de *proporcionalidad de la pena* es fundamental para evitar que el legislador haga un uso indiscriminado del Derecho penal, porque lo condiciona a un examen previo de Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad en sentido estricto de la norma penal, garantizando su uso solo para casos urgentes e inevitables, preservando un Estado Democrático de Derecho.



Cuarta. El Código Penal para el Estado de Nayarit, no cumple con los lineamientos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto del principio *de proporcionalidad de la pena*. Por lo tanto, con fundamento en el artículo 22 de nuestra Carta Magna, es inconstitucional la existencia y necesidad de los delitos de: Portación de arma prohibida, Asociación Delictuosa, Delito de Pandilla, Delito de Tránsito por conductores en Estado de Ebriedad, Desobediencia y Resistencia de Particulares, Ultrajes a Insignias Públicas, Ultrajes a la Moral Pública o a las Buenas Costumbres e Incitación a la Prostitución, Provocación de un Delito y Apología de este o de Algún Vicio, Revelación de Secretos, Delitos cometidos en la custodia de documentos, Delitos de Abogados, Patronos y Litigantes, Uso indebido de Condecoraciones, Insignias, Distintivo o Uniformes, Bigamia, Incesto, Abandono de familiares, Golpes simples, Injurias, Difamación, Calumnia, Lesiones leves, Disparo de arma de fuego y ataque peligroso, Aborto, Abuso de confianza, Fraude, Administración Fraudulenta, Usura y Daño en Propiedad Ajena; tipificados actualmente dentro de nuestro código penal. La idoneidad de las penas impuestas a cada delito no es la correcta, ya que se hace un uso indiscriminado de la pena de prisión y en consecuencia de la prisión preventiva, para sancionar delitos independientemente de la gravedad de los mismos. La proporcionalidad en sentido estricto entre el bien jurídico protegido y el daño causado no es la ideal, en virtud de que se imponen penas más altas a delitos que protegen bienes jurídicos irrelevantes, incluso de manera más severa que a delitos que protegen bienes jurídicos de mayor relevancia social.

PROPUESTAS

Expuestas las conclusiones del trabajo indagatorio, se procede a dar a conocer las sugerencias tendientes a resolver el problema planteado en los términos de las siguientes propuestas:

1. El legislador debe contar con asesores jurídicos en materia penal para procurar una perfecta dirección entre la Ciencia Penal y sus decisiones de política-criminal, y con ello respetar los principios constitucionales de Derecho Penal y los Derechos humanos establecidos en la propia Constitución y en tratados internacionales.
2. Las penas deben ser necesarias, idóneas y proporcionales al bien jurídico protegido, para ser consideradas constitucionalmente legítimas. En ese sentido, deben eliminarse del Código Penal para el Estado de Nayarit los delitos de: Portación de arma prohibida, Asociación Delictuosa, Delito de Pandilla, Delito de Tránsito por conductores en Estado de Ebriedad, Desobediencia y Resistencia de Particulares, Ultrajes a Insignias Públicas, Ultrajes a la Moral Pública o a las Buenas Costumbres e Incitación a la Prostitución, Provocación de un Delito y Apología de este o de Algún Vicio, Revelación de Secretos, Delitos cometidos en la custodia de documentos, Delitos de Abogados, Patronos y Litigantes, Uso indebido de Condecoraciones, Insignias, Distintivo o Uniformes, Bigamia, Incesto, Abandono de familiares, Golpes simples, Injurias, Difamación, Calumnia, Lesiones leves, Disparo de arma de fuego y ataque peligroso, Aborto, Abuso de confianza, Fraude, Administración Fraudulenta, Usura y Daño en Propiedad Ajena. Por no cumplir con los elementos constitucionales necesarios para merecer de una protección penal.
3. Se debe promover la utilización de los medios alternos de solución de conflictos (mediación y conciliación penal) para evitar la gran

criminalización social provocada por la tipificación de muchas conductas antisociales irrelevantes penalmente. Asimismo se debe aplicar penas alternas a la pena de prisión y evitar su uso indiscriminado, respetando con ello la Dignidad Humana y el principio *pro persona*, establecidos en nuestra Constitución Política y en Tratados Internacionales.

4. Para evitar que el legislador siga vulnerando Derechos constitucionales y convencionales de Derecho penal, es necesario aplicar ex officio un control previo de constitucionalidad en todas sus medidas tomadas en materia penal, garantizando con ello que las normas penales y sus decisiones en política criminal respeten los principios constitucionales de *proporcionalidad de la pena y de mínima intervención* del Derecho penal, aumentando su garantía de efectividad y de respeto a los Derechos humanos.

FUENTES DE CONSULTA

Normatividad

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). Actualizada al 2014.
- Tratados internacionales
- Código Penal Federal (1934). Actualizado al 2014.
- Código Penal para el Estado de Nayarit (1986). Actualizado al 2014.
- Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nayarit (1969). Actualizado al 2014.

Instrumentos Internacionales

- Reglas de Tokio.
- Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tesis y Jurisprudencia

- SANCIONES PENALES. CONSTITUYEN UNA INTERVENCIÓN EN DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PUEDE ENJUICIARSE DE CONFORMIDAD CON LAS TRES GRADAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO. [Decima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1; Pág. 209.
- PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS

MEXICANOS. [Décima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1; Pág. 503.

- LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA [Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, Septiembre de 2008, Página: 599.
- PENAS Y SISTEMA PARA SU APLICACIÓN. CORRESPONDE AL PODER LEGISLATIVO JUSTIFICAR EN TODOS LOS CASOS Y EN FORMA EXPRESA, LAS RAZONES DE SU ESTABLECIMIENTO EN LA LEY. [Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXIII, Enero de 2011, Página: 340, Tesis: 1a./J. 114/2010].

Bibliografía

- AGUILAR LOPEZ, Miguel Ángel. *Presunción de Inocencia: Principio Fundamental en el Sistema Acusatorio*. Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal. México; 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Ernesto Garzón Valdés. Madrid, España; 1993.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2da. Edición. Traducción Ernesto Garzón Valdés. Madrid, España; 2002.
- ALEXY, Robert. *La fórmula del peso, en El principio de Proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ed. Serie Justicia y Derechos Humanos, Nro. 6, MJDH. Quito, 2009.
- ARTEAGA NAVA, Elisur. *Garantías Individuales*. Ed. Oxford. México; 2009.

- ALESSANDRO BARATTA. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. Ed. Siglo Veintiuno. Buenos Aires, Argentina; 2004.
- BARREDA Luis S., *Punibilidad, punición y pena de los sustitutivos penales*, en *Memoria del primer congreso mexicano de Derecho Penal*. Ed. UNAM., México, 1981.
- BATIZ VAZQUEZ, Bernardo. "¿Responde la reforma constitucional a los principios rectores de un Estado de Derecho?". *Revista de Ciencias Penales*. Edición Especial. Edit. Ubijus. México, 2007.
- BECCARIA, Cesar. *De los Delitos y las Penas*. Estudio Introductorio de Sergio García Ramírez. Fondo de Cultura Económica. México; 2000.
- BEDOYA BEDOYA, Cesar Augusto. DELGADO BUILES, Francisco Antonio. *Control de Garantías y Principio de Proporcionalidad en el Proceso Penal Acusatorio. Ley 906 de 2004*. Ed. Dike. Bogotá; 2007.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. 2003.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan J. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Ed Trotta. Madrid; 2004.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Derecho Penal" tomo I, Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito y el Sujeto Responsable*. 2da. Edición. Ed. Leyer. Bogotá, Colombia; 2008.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan J. y HORMAZABAL Malarée. *Lecciones de derecho penal, Volumen I*. Edit. Trotta; Madrid; 1997.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Edit. Porrúa. México; 1999.

- CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel. *El mundo Penal y el poder del Estado. Breve ensayo sobre criminología, política y dogmática jurídico penal*. Tomo II, 1ª. Ed. UNAM; 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. Ed. Temis, Madrid, 1989.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Tratado de Derecho Penal* Tomo I. Edit. Bosch. Barcelona; 1940.
- COBOS y VIVES. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, España. 1987.
- DELLA CUNHA, D Jason B. *Política Criminal y Seguridad Pública*. INACIPE. México; 2003.
- DIEZ R., José L., *La racionalidad de las leyes penales*. Ed. Trotta, Madrid 2003
- FARFAN MOLINA, Francisco. *Eutanasia, Derechos Fundamentales y Ley Penal*. 2da. Edición. Ed. Nueva Jurídica. Bogotá D.C. 2008.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental 1*, 3ª Edición. Edit. Ibáñez. Bogotá. 2007.
- FERNÁNDEZ M., Dolores., *La pena de prisión, propuestas para sustituirla o abolirla*. Ed. UNAM, México, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9ª Edición; Ed. Trotta, Madrid, 2009.
- FLOREZ VALDES ARCE, Joaquín. *Los principios generales de derecho y su formulación constitucional*. Ed. Civitas. Madrid España. 1990.
- GALIANA SUARA, Ángeles. *La legislación en el Estado de Derecho*, Ed. Dickinson, Madrid, 2003.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El sistema Penal Mexicano*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México; 1993.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "Reflexiones de Política Criminal". *Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Criminalia*. Año LXIII, número dos. México. 1997.
- GASCON ABELLAN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La Argumentación en el Derecho*. 2da. Edición. Editores Lima-Perú; 2005.
- GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. "Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal". Ediciones Nueva Juridica. Bogotá, Colombia; 2012.
- GONZALEZ GOMEZ, Alejandro. "Estado de Derecho: ¿con un sistema penal de dos velocidades?-Revista de Ciencias Penales. Edición Especial". Edit. Ubijus. México, 2007.
- GONZALEZ - CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Ed. Colex. 1990.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Ed. Bosch, Barcelona, 1984).
- HEINRICH JESCHECK, Hans. *Tratado de Derecho Penal, Parte General, segundo volumen*. Edit. Bosch. Barcelona; 1981
- HIDALGO MURILLO, José Daniel. *Sistema Acusatorio Mexicano y Garantías del Proceso penal*. Ed. Porrúa. México; 2010.
- JAKOBS, Gunther. CANCIO MELIA, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Edit. Thomson-Civitas. Madrid; 2003.
- KANT, Immanuel. *Introducción a la Metafísica de las Costumbres*. Cit. Por MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Ed. Temis. Bogotá; 2004.

- LARDIZABAL Y URIBE, Manuel de. *Discurso de las Penas*. Ed. Porrúa. México; 1982.
- LISZ, Fran Von. *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*. Edit. Bosch. Barcelona; 1940, pág. 7. Cit por SALAS CHAVEZ, Gustavo. "El Sistema Penal Mexicano". Edit. Porrúa. México; 2002.
- LONDOÑO AYALA, Cesar Augusto. *Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal*. Ed. Nueva Juridica. Bogotá, Colombia. 2012.
- LOPERA MESA, Gloria. *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*, en *El principio de Proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ed. Serie Justicia y Derechos Humanos, MJDH, Quito. 2009.
- MACCORMICK, Neil. *Razonamiento Legal y Teoría Legal*. Ed. Oxford University Press. 1978.
- MERKEL, Adolf. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. B de F. Buenos Aires, Argentina; 2004.
- MEZGER, Edmundo. *Teoría de la Pena*. Ed. Leyer, Bogotá, 2003.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General - Séptima Edición*. Ed. B de F. Buenos Aires, Argentina; 2005.
- MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Ed. B de F. Buenos Aires, Argentina; 2006.
- MOCCIA, Sergio. *El Derecho Penal Entre Ser y Valor: Función de la pena y sistemática teleológica*. Ed. IB de F; Montevideo – Buenos Aires; 2003.
- MORALES BRAND, José Luis Eloy. *Nuevo Curso de la Parte General del Derecho Penal*, Cuarta Edición. Edit. Del Poder Judicial de Aguascalientes. México; 2009.

- MORALES BRAND, José Luis. *Sistema de Justicia Penal Acusatorio en México*. Ed. CENEJUS; 2010.
- MORENO HERNANDEZ, Moisés. *Política Criminal y Reforma Penal*, 1ª Ed.ª. Edit. Ius Poenale, Cepolcrim. México; 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal – Parte General- Quinta Edición*. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia; 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal y Control Social*. Ed. Temis. Bogotá; 2004.
- OSSANDÓN W., María M., *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*. Ed. Jurídica Chile, Santiago, 2009.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco. *Derecho Penal Mexicano, Parte General*. Edit. Porrúa; 1940. México; 1990.
- PERELLO DOMENECH, Isabel. "El Principio de Proporcionalidad y la Jurisprudencia Constitucional". *Jueces para la Democracia* No. 28 Marzo de 1997. Madrid, España.
- PRIETO SANCHIS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Serie de Derechos y Garantías No. 5*. Edit. Palestra, 1ra Edición. Lima, Perú, 2007.
- POSADA ARBOLEDA, Néstor Raúl. *Derecho Penal, Parte General- Fundamentos*. Edit. Universidad de Medellín, Medellín-Colombia; 2010.
- REYES CUARTAS, José Fernando. *Garantismo y Derecho Penal*. Ed. Temis S.A.. Bogotá, Colombia; 2006.
- RODRÍGUEZ, Orlando Alfonso. "Prueba Ilícita Penal". Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá; 2004.

- RODRÍGUEZ M., Reyes. *El proceso de producción legislativa, un procedimiento de diseño institucional*, en *Elementos de Técnica Legislativa*. Ed. UNAM, México 2000.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- SANCHEZ GIL, Rubén. *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia Mexicana*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá D.C.; 2007.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Segunda Edición. Edit. IB de F., Montevideo – Buenos Aires. 2006.
- VEGA GUTIERREZ, Ana Maria. *La Unidad del Matrimonio y su Tutela Penal. Precedentes romanos y canónicos del delito de bigamia*. Ed. Comares; Granada, 1997.
- VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Derecho Penal –Parte General– Cuarta Edición*. Edit. De Medellín. Colombia; 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Edit. Cárdenas. México; 1986.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Tendencias finiseculares del derecho penal". Edit. Fondo de cultura económica; Mexico; 1994, pág. 17. Cit por CARBONELL, Miguel. "Democracia y derecho penal en México: una nota en derecho penal y estado democrático". Edit. INACIPE. México; 1999.
- ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Temas de Ciencias Penales*. Edit. Offset Graba; 1996.

Publicaciones Institucionales

- Poder Judicial del Estado de Nayarit. Anuario Estadístico Judicial 2010.
- Poder Judicial del Estado de Nayarit. Anuario Estadístico Judicial 2011.
- Poder Judicial del Estado de Nayarit. Anuario Estadístico Judicial 2012.

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Código Penal para el Estado de Nayarit
- Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nayarit.

Fuentes Electrónicas

- <http://canaljudicial.wordpress.com>
- <http://www.conadic.salud.gob.mx/interior/estadistica.html>
- <http://www.ssp.df.gob.mx>