

INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO QUE REFORMA LA FRACCIÓN XXI DEL ARTÍCULO 73 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Miguelángel García Domínguez, Diputado Federal, en ejercicio de la facultad que me confieren los artículos 71 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 39 numeral 3, 40 numeral 1, de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y 55 fracción II y 56 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y teniendo el Congreso de la Unión facultad para legislar en materia penal de conformidad con la fracción XXI del artículo 73 de la Carta Magna, me permito someter a la consideración de esta Asamblea la iniciativa con proyecto de decreto que reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Exposición de motivos

Actualmente, el derecho penal está orientado por un conjunto de principios fundamentales a partir de los cuales es posible su interpretación, sistematización y crítica.

Esos principios no surgieron de un día para otro, sino que son el fruto de un largo proceso de gestación durante muchos siglos en los que el género humano ha luchado contra la barbarie, con un grave derramamiento de sangre, en busca de consolidar los principios sobre los cuales debe estar cimentado el derecho penal de las modernas sociedades civilizadas, constituyendo ahora patrimonio común de la humanidad.

Por supuesto, cuando el constituyente los incorpora en la norma suprema, tales principios constituyen límites expresos a la actividad punitiva, que estaban implícitos en el modelo de Estado social y democrático de derecho, que adoptó el Constituyente de 1917.

Por esa razón, han sido incorporados en los Convenios y Pactos de Derechos Humanos que ha suscrito nuestro país.

La incorporación de tales principios en la Constitución no garantizan la inmediata construcción de un modelo de derecho penal garantista, minimalista y **el respeto absoluto a éste**.

En efecto, la riqueza de valores en un orden jurídico determinado no depende sólo de los principios incorporados en la Constitución, sino también del trabajo científico jurisprudencial y académico de los juristas, quienes están obligados a luchar por la vigencia real de tales postulados. Hay que tomar en cuenta, también, que hay muchos integrantes de la sociedad que se niegan a democratizar realmente el sistema penal.

En nuestro país, con sus cotidianas violaciones de los derechos humanos, sobre todo en el campo del derecho penal, y con sus evidentes desequilibrios sociales, es obligación de los estudiosos del derecho penal difundir estos postulados y luchar por que se tornen realidad, tomando en cuenta que se requiere la construcción de una nueva cultura y que ésta requiere cultivo.

El derecho penal implica el ejercicio institucionalizado de la violencia legítima de la sociedad organizada, pero deben hacerse todos los esfuerzos posibles para que el Estado social y democrático de derecho le permita al ciudadano la protección no solo "*mediante el derecho penal*" sino también "*del derecho penal*", lo cual implica no sólo que el orden jurídico ha de disponer de métodos adecuados para la prevención y castigo del delito, sino que también ha de imponer límites al ejercicio de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de la intervención arbitraria del Estado.

El fundamento político y constitucional del *ius puniendi* es el propio de una república, representativa, democrática, federal, creada de acuerdo con lo establecido en los artículos 39, 40, 41 y 49 de la Constitución.

Por ello, se deben establecer en la Constitución, como límites al *ius puniendi* y como controles derivados de los derechos humanos y de la ciencia del derecho penal, los principios de **dignidad del ser humano, igualdad ante la ley, proporcionalidad, conducta, lesividad de bienes jurídicos y culpabilidad**; pues los principios de **legalidad, taxatividad y prohibición de extractividad de la ley penal, prohibición de la analogía, debido proceso legal, juez natural y prohibición de doble incriminación** ya aparecen plasmados en la norma fundamental.

El catálogo de principios que proponemos queden consagrados en la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución, tienen como antecedentes la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Revolución Francesa, de 1789; la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, del 10 de diciembre de 1948, aprobada por el Senado el 18 de diciembre de 1980 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, aprobado por el Senado el 18 de diciembre de 1980 y publicado en el Diario Oficial de la Federación de 20 de mayo de 1981; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, aprobado por el Senado el 18 de diciembre de 1980 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981.

Estos principios no solo servirán para crear un derecho penal acorde a ellos, sino también para interpretarlo e integrarlo; por ello, constituyen la suprema garantía para que la creación, interpretación e integración del derecho penal no queden liberadas al arbitrio subjetivo de quienes ejercen esas funciones, sino a la objetividad de su aplicación.

Por otra parte, estos principios dotarán de armonía y coherencia a todo el orden jurídico penal; y sólo tomándolo en cuenta íntegramente, el juez, el abogado, el profesor universitario de la materia, podrán conocer completamente el espíritu íntegro del sistema y actuar de acuerdo con él en las aplicaciones particulares, evitando los errores que frecuentemente se cometen cuando se interpretan aisladamente algunas normas de la legislación secundaria.

A- El principio de dignidad del ser humano.

Se trata, sin duda, del más importante límite material al ejercicio de la potestad punitiva del Estado moderno del derecho social y democrático, el que, desde el punto de vista histórico, ha sido considerado como el generador de la racionalización del derecho penal y de la evolución de éste a través de los siglos, sobre todo porque la evolución del derecho en general y del penal en particular, está ligada inevitablemente al reconocimiento de la dignidad de los seres humanos.

Este principio implica: la prohibición de instrumentalizar al ser humano para efectos jurídico penales, la proscripción de sanciones punitivas que pugnen con la dignidad del ser humano, por lo que vincula no solo al legislador sino a quienes imparten justicia.

Este principio tiene repercusiones en el ámbito del derecho penal sustantivo, en el procesal penal, y en el de ejecución penal. Se afirma que éste es el principio de principios que tiene la función de regular todas las manifestaciones penales desde la perspectiva de un derecho penal minimalista, de garantías; se erige en la razón de ser de la organización política y, por tanto, del único derecho penal que permite tal clase de sociedad.

Este aforismo implica la vigencia de dos principios: a) El principio de autonomía ética del ser humano, según el cual el Estado no puede ejercer tutela alguna sobre el individuo, dado que todos los hombres nacen libres e iguales, y es obligación del Estado dignificarlos, por lo que no puede cosificar, instrumentalizar o manipular al ser humano, el que no puede ser tratado como

medio o cosa, sino siempre como un **fin**, como una **persona**. Por ello es éste un principio fundante del modelo político de la organización social y del derecho penal que a partir de él se constituya; es, también, una directriz garantista que crea diques a la intervención punitiva del Estado, la cual está impedida de utilizar el derecho penal para cometer cualquier atentado, de cualquier naturaleza, contra la persona.

En segundo lugar, implica el respeto a la integridad del ser humano, de la persona como ser social, de tal manera que los instrumentos usados por el legislador no deben atentar contra la dignidad del individuo en concreto, convirtiéndose en un instrumento de sometimiento y desigualdad; esto implica la prohibición de sanciones penales y de tratos crueles, inhumanos y degradantes; la proscripción de la desaparición forzada; la desaparición de los apremios, las coacciones, las torturas; la lucha frontal contra las penas privativas de la libertad de duración excesiva y la pena de muerte, etc. El valor de la persona humana se erige, así, en un límite fundamental para el ejercicio del poder punitivo que no puede ser rebasado, para impedir que el Estado pisotee al ciudadano perdiendo su legitimidad y colocándose al mismo nivel de la delincuencia que busca erradicar.

Esta doble manifestación de la dignidad humana permite afirmar que constituye la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de tratamientos ofensivos y humillantes, pero también la afirmación del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo, lo que supone el reconocimiento de la total autodisponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos de las posibilidades de actuación propias de cada ser humano, así como la autodeterminación que surge de la proyección histórica de la razón.

Así se debe interpretar el primer considerando del **Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**, de 1948, donde se sostiene que *"la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana"*

En ese sentido aparece previsto en la Constitución en los incisos 2º y 3º del artículo 1, en los artículos 2, A, fracción II, 16, 18, en el inciso 10 del artículo 22 (con excepción de la autorización de la pena de muerte); también se infiere con claridad de los artículos 39, 40, 41 y 49 relativos a los lineamientos centrales de la organización política mexicana.

Por su parte, en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se dispone: "Derecho a la integridad física. 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 a la persona del delincuente." (...) "6- las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados"

Por otro lado, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento o experimentos médicos o científicos," estableciendo el postulado de humanidad de la pena; a su vez, el artículo 10.1 reivindica la autonomía ética del ser humanos al establecer: "toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". También hace hincapié en el principio de humanidad en el artículo 10.3 al establecer: "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad u condición jurídica".

B- El principio de igualdad ante la ley.

Este postulado está íntimamente ligado con el de dignidad del ser humano, y constituye otro límite material al ejercicio del *ius puniendi*, siendo un elemento esencial del moderno Estado de derecho desde que se proclamó en la revolución francesa de 1798; este principio deriva del principio más general de la igualdad jurídica que también es un principio fundamental del Estado social y democrático de derecho.

La idea de igualdad, cimentada en el concepto de justicia constituye un derecho típicamente relacional, en la medida que impone un trato igual para los casos iguales y uno desigual para los que son diferentes; no se trata del derecho a ser igual, sino del derecho a ser tratado igualmente en situaciones similares. De esta delimitación se desprenden tres manifestaciones jurídicas de la igualdad:

1- Es un derecho subjetivo en virtud del cual todo ser humano tiene la facultad de exigir que se le trate de manera igual a los demás;

2- Supone el deber de los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual.

Este principio es aplicable tanto en lo sustantivo y en lo procesal como en el ámbito de la ejecución penal.

El principio aparece consagrado en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: "Derecho a la protección de la ley sin discriminación. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley; a este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; el artículo 14.1 del mismo Pacto lo incluye como "principio procesal": "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia"; también el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra en el artículo 8.2 la igualdad ante la ley: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

C- Principio de proporcionalidad.

Este principio ha sido denominado también como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia, y tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretende contribuir a preservar la "proporcionalidad" de las leyes, ligándolo con **el principio de "Estado de derecho"** y, por ende, con **el valor justicia**.

El principio se integra por un conjunto de criterios gracias a los cuales es posible valorar la licitud de cualquier clase de limitaciones normativas de las libertades, así como de todo tipo de interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio: el de la inutilidad, innecesariedad y desproporción del sacrificio.

Se trata de un principio de carácter relativo del cual no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino solo por referencia al caso concreto, dependiendo de la relación medio a fin que, eventualmente, guarde el gravamen de la libertad con los bienes, valores y derechos que pretenda satisfacer; es un principio que compara dos magnitudes: medio y fin.

Este principio, al regular el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de los derechos y las libertades, persigue la *intervención mínima* del Estado. En el ámbito penal rige tanto a las diversas categorías de la construcción dogmática del delito como a las personas; es decir, se aplica en el momento en el que se crea la norma por los legisladores, cuando es aplicada por los jueces y opera también en la fase de ejecución de las penas.

La prohibición de exceso representa un límite al ejercicio de la actividad punitiva del Estado; por ello, limita la criminalización mediante la creación de tipos penales por parte del legislador; cumple también un papel importante en el ámbito de la antijuricidad si se tiene en cuenta que gracias a él es posible establecer los criterios de ponderación de intereses que son vitales para el examen de muchas de las causales de justificación, las cuales se basan en el *principio del interés preponderante*. Finalmente, en el plano de la culpabilidad, su tarea es trascendente, pues en ella se discuten los criterios relativos a la sanción equitativa y justa que ha de imponerse al trasgresor de la ley penal, tratando desigualmente a lo que es desigual, conforme al principio de igualdad; la idea de culpabilidad posibilita con esta diferenciación concretar el principio de proporcionalidad, de la prohibición de exceso y del límite del sacrificio.

En relación con las consecuencias del delito, abarca tanto la sanción penal abstracta que establece el legislador como la concreta que fija el juzgador.

El principio de proporcionalidad entendido en sentido amplio exige que las medidas restrictivas de derechos *se encuentren previstas en la ley* y que sean necesarias para alcanzar los fines legítimos previstos, en una sociedad democrática.

Este principio tiene dos clases de exigencias: unas extrínsecas y otras intrínsecas. Son externas al contenido de las medidas el que sólo los órganos judiciales son los constitucionalmente llamados a garantizar de forma inmediata la eficacia de los derechos, y a su juicio queda la decisión en torno a la proporcionalidad de las medidas limitativas de los mismos; y la motivación, requisito formal en virtud de la cual las resoluciones deben estar debidamente razonadas y fundamentadas, lo que es una consecuencia obvia de la asunción constitucional del modelo de Estado social y democrático de derecho.

Las exigencias intrínsecas, por su parte, atienden al contenido de la actuación estatal en el caso concreto y están constituidas por tres criterios distintos que actúan de forma escalonada en el ámbito del derecho penal:

1- El *criterio de idoneidad*, conforme al cual la sanción debe ser idónea para alcanzar el fin perseguido.

Este criterio es de carácter empírico, y hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con los fines perseguidos, y exige que las intromisiones llevadas a cabo en los derechos ciudadanos faciliten la obtención de la finalidad perseguida en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación.

El *criterio de idoneidad*, que también es llamado de adecuación, razonabilidad, congruencia o necesidad, tiene las siguientes características:

a) La medida restrictiva de los derechos fundamentales debe ser idónea para conseguir los fines perseguidos;

b) El examen de idoneidad tiene carácter empírico, como consecuencia de que se apoye en el esquema medio-fin, a partir del cual se pueden analizar las medidas adoptadas a partir de su finalidad o teleología, lo que requiere llevar a cabo el estudio práctico de los elementos empíricos de la relación examinada;

2- El *criterio de necesidad*. La proporcionalidad se mide en función de su necesidad, de donde surge el postulado de la menor injerencia posible, de economía de las prohibiciones, de intervención penal mínima. Este criterio busca que se logre la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones imponibles por los poderes públicos; por ello, obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a decidirse

por la que siendo la menos lesiva para los derechos de los ciudadanos, sea la más adecuada para la protección eficaz de los bienes jurídicos.

Aunque el de necesidad es uno de los criterios del principio de proporcionalidad, igual que el criterio de proporcionalidad en sentido estricto, ambos tienen distintas razones de ser; en tanto que el de necesidad es puramente empírico, referido a la economía y la eficacia, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, es un axioma normativo, valorativo, que hace una ponderación de intereses en conflicto conforme a pautas de justicia material.

El criterio de necesidad se limita a comparar distintos medios para elegir entre los idóneos para alcanzar la finalidad buscada al menos lesivo posible, el criterio de proporcionalidad se ocupa de la relación normativa entre medio y fin, ponderando si el fin perseguido justifica el medio adecuado y necesario que se ha utilizado.

Por ello, la intrusión penal debe ser la mínima posible, de manera que el legislador está obligado a la máxima economía a la hora de configurar los delitos en la ley, y el juez está compelido a utilizar las consecuencias jurídicas imponibles sólo cuando ello sea estrictamente indispensable, debiendo contar con mecanismos sustitutivos que atemperen el rigor de la sanción penal. Se ha dicho que el axioma de necesidad expresado en el aforismo latino *nulla lex poenalis sine necessitate* se descompone en dos postulados diferentes: por una parte el principio de la pena mínima necesaria *nulla poena sine necessitate* y por otra parte el de la máxima economía en la configuración de los delitos: *nullum crimen sine necessitate*, contemplando así el principio tanto desde la perspectiva de delitos como desde el punto de vista de las penas.

De lo antes expresado, aparecen dos consecuencias: en primer lugar, sólo es adecuado recurrir al derecho penal cuando no son eficaces todos los demás medios de control, ya que éste es el último recurso que ha de utilizar el Estado, tomando en cuenta la especial gravedad que revisten las sanciones penales, esto es, el llamado carácter de *ultima ratio*, que es producto de **la naturaleza subsidiaria del derecho penal**, a partir de la cual no es posible llevar **el carácter estigmatizante de la pena hasta la exageración**.

Las normas constitucionales que existen, unidas a la que se propone, harán que el derecho penal sea mínimo, garantista, lo menos aflictivo y estigmatizante posible al imponer las penas a los transgresores de la ley penal; se trata de desechar el derecho penal máximo, convertido de *ultima ratio* en *prima ratio*, desconociendo que la intervención punitiva del Estado se tiene que limitar sólo a aquellos eventos que así lo reclame la estructura de un Estado social y democrático de derecho.

En segundo lugar, dada la importancia del control penal, éste no debe ser utilizado frente a todo hecho, sino sólo respecto de las conductas que lesionan más gravemente los bienes jurídicos más importantes, razón por la cual se habla de *su carácter fragmentario*, evitando la **inflación punitiva** a la que acuden sistemáticamente los regímenes autoritarios.

El derecho penal no puede hacerse extensivo a todos los ámbitos de la vida social donde existan ilícitos; por el contrario, dado que se trata de la más severa herramienta de que dispone el Estado, su aplicación debe estar limitada, restringida, a aquellos espacios en los que es inevitable su empleo a efecto de asegurar una adecuada protección de los bienes jurídicos.

Por ello, las penas privativas de libertad deben constituir la *ultima ratio* de la política criminal y a ellas sólo debe acudir cuando se haya descartado la posibilidad de obtener el fin legítimo perseguido con la conminación penal, acudiendo a medios menos graves y dañinos.

3- El *criterio de proporcionalidad en sentido estricto*. Este es el tercer criterio que emana del principio general de proporcionalidad en sentido amplio o de *prohibición de exceso*, e implica verificar si la limitación al derecho fundamental se encuentra o no en relación razonable con la

importancia y la significación del derecho fundamental. Una vez aceptada la idoneidad y la necesidad de una medida restrictiva de los derechos fundamentales, se debe precisar, mediante la utilización de técnicas de ponderación de bienes o valores y de comparación de intereses si el sacrificio que comporta la injerencia guarda una relación razonable, proporcionada, con la importancia del interés colectivo que se trata de salvaguardar. En otras palabras, se debe verificar si el medio se encuentra en una relación adecuada, justa, razonable, con el fin perseguido, de donde se infiere que si el sacrificio resulta excesivo, la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad.

Las características del criterio de referencia son tres: en primer lugar es un criterio valorativo, pues, como elemento del principio de proporcionalidad en sentido amplio, se sitúa dentro del esquema *medio-fin* que éste supone y, por ende, el examen de la relación empírica medida, finalidad que abordan los principios de idoneidad y necesidad, aunque su campo de aplicación es el de los valores. En segundo lugar, es ponderativo porque implica considerar, sopesar, los valores e intereses involucrados en el caso concreto, con lo cual se busca determinar si el medio elegido se encuentra en una razonable proporción con el fin perseguido, acorde con la ponderación entre fines y medio que debe realizarse. Y, en tercer lugar, no solo es un axioma formal, sino sobre todo, de contenido material porque obliga a examinar tanto los contenidos de ese juicio de ponderación, y a indicar el modo de efectuar la medición de los intereses enfrentados, como a estudiar los criterios para resolver los conflictos y su inclusión dentro de las normas constitucionales a partir de las cuales se puede precisar su fundamento material, dotándolo de un contenido que se corresponda con el conjunto de valores e intereses en juego desde la perspectiva de la norma superior, y establecer los criterios de medición, previa determinación de los valores preferentes.

Este criterio es una consecuencia del postulado de igualdad por lo que no cabe duda de que la proporcionalidad también se encuentra plasmada en las disposiciones legales que lo prevén. En el derecho interior, el cimiento está dado por la Carta Constitucional que, al asumir el modelo propio del Estado Social y Democrático de Derecho, lo vincula con los derechos fundamentales que se adoptan y con la limitación en el ejercicio de los mismos, en normas a las que ya se ha hecho referencia; en particular, está el artículo 14, tercer párrafo que previene:

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

El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que como ya se ha dicho es derecho positivo en México, lo prevé; lo mismo ocurre con el artículo 12.3 del "Pacto Internacional de derechos civiles y políticos": "Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto".

D- Principio de la justificación Teleológica de la pena.

Acorde con el principio de la justificación teleológica de la pena, que es una consecuencia del principio de proporcionalidad, cuando el Estado a través del juez impone al trasgresor de la ley una sanción penal, lo hace con la finalidad de lograr la readaptación del delincuente por medio de la educación y la capacitación para el trabajo; esta es una decisión de política criminal que el Estado está obligado a ejecutar; esta exigencia es de tal trascendencia que si la imposición de las penas la hace el juzgador sin tomar en cuenta lo que establece a este respecto el artículo 18 constitucional, los derechos fundamentales de los ciudadanos peligrarían y la seguridad jurídica se vería seriamente menoscabada.

Además, el Estado no puede contentarse con la mera tarea de perseguir las conductas punibles, sino que está obligado a velar por la realización de la justicia material a través de la imposición y ejecución de sanciones equitativas adecuadas al hecho cometido. En otras palabras, un Estado de derecho no debe causar un mal al infractor, sino velar por su readaptación, su resocialización, su reeducación, cuando ello sea posible y no se afecten sus derechos fundamentales, de tal manera que pueda llevar en el futuro una vida sin cometer delitos y reincorporarse al seno de la sociedad.

La teleológica asignada a la represión penal, es mixta, tanto preventiva como retribucionista.

Pero dentro de un Estado social y democrático de derecho, sólo se podrá pensar en una represión humanitaria, democrática, proporcionada, razonable, lo que, como consecuencia acarreará el rechazo de las sanciones crueles, inhumanas, degradantes, derivadas de concepciones autoritarias que buscan cosificar al ser humano y desconocer su naturaleza de ser racional.

Este principio dimana del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 7 proscribire las torturas y la "penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"; el artículo 10.3 que preconiza como finalidad del tratamiento penitenciario "la reforma y readaptación de los penados"; también en los artículos 5.2 y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que proscriben las torturas y las "penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes", y postulan que las penas privativas de la libertad persiguen como "finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

La ferocidad punitiva en materia de pena privativa de libertad contradice las miras resocializadoras y de readaptación social de los penados, que la Constitución abandera en el artículo 18, quebrantando los principios de los que parte.

E- El principio de conducta.

Punto de partida de todo el derecho liberal, es el antiguo aforismo según el cual no hay delito sin conducta humana *nulla injuria sine actione*, de donde surgió el principio del acto, que está en íntima conexión con los postulados de lesividad y de culpabilidad. Se trata de un apotegma llamado a proteger la libertad individual y la seguridad jurídica que es presupuesto de cualquier organización social y democrática de derecho, y, por ende, del derecho penal que se diseñe a partir de tal modelo de Estado. Esta directriz supone dos cosas distintas: 1) El suceso delictivo no está constituido por un acto interno, de la psique, sino por un acontecimiento en el mundo de la naturaleza referido a un actuar de un ser humano; el comportamiento punible, gracias a esta conquista de humanidad, se traduce en una exterioridad, lo que obliga al derecho penal a castigar solo por lo verdaderamente realizado, pero no por lo pensado, deseado o propuesto.

En segundo lugar, el fenómeno delictivo no puede tipificarse a partir del modo de ser de la persona, sus hábitos, su temperamento, sus pensamientos o sus afectos; esto es, se castiga por lo que se hace y no por lo que se es. El derecho penal debe ser de acto y las normas penales han de dirigirse a la conducta social del ser humano; no debe ser un derecho penal de autor para el cual lo fundamental sea la peligrosidad del autor o la exteriorización de una determinada personalidad criminal.

Este principio es de lo más auténticamente revolucionario del liberalismo moderno, pues observado en negativo, constituye un límite a la intervención penal del Estado; marca el nacimiento de la moderna figura del *ciudadano* como sujeto susceptible de vínculos, en su ser, a límites y controles; equivale, por lo mismo, a la tutela de su libertad interior como presupuesto no sólo de su vida moral, sino también de la libertad exterior para realizar todo lo que no esté prohibido. Observado en positivo, se traduce en el respeto al ser humano, a la persona, en cuanto tal, y en la tutela de su identidad al abrigo de prácticas constrictivas o correctivas dirigidas a violentarla o, lo que es peor, a transformarla; y equivale, por ello, a la legitimidad de

la disidencia frente al Estado; a la tolerancia para con el distinto, al que se reconoce su dignidad personal, a la igualdad de los ciudadanos, diferenciables solo por sus actos, no por sus opiniones o su específica diversidad personal.

El derecho penal de acto sólo impone pena a quien ha realizado culpablemente una acción delictiva, pues el juicio de exigibilidad dirigido sobre el infractor se basa en el hecho cometido; se conforma pues, la dupla derecho penal de acto y culpabilidad solo por acto. Por el contrario, el derecho penal de autor vincula la imposición de la pena a la peligrosidad del agente, y el juicio de culpabilidad se funda en que éste tiene una personalidad criminal y por eso se le castiga.

En segundo lugar, en íntima conexión con el postulado de culpabilidad, para el derecho penal de acto uno de los criterios básicos de la imposición de la pena, es el grado de culpabilidad, de tal manera que al agente se le impone mayor o menor sanción, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad. Esta consecuencia es completamente ajena a un derecho penal de autor, para el cual solo importa la peligrosidad del agente.

En tercer lugar, acorde con el postulado de la objetividad material del hecho punible, se debe distinguir entre el hecho tentado y el hecho consumado, señalándose a cada uno de ellos una pena diversa; en cambio, para el derecho penal de autor, ambas manifestaciones deben sancionarse de la misma manera, pues solo importa el sentimiento delictivo.

En cuarto lugar, esta concepción distingue con claridad entre autor del delito y partícipe (quien ha inducido a aquél a actuar, o le presta alguna colaboración o ayuda), dándole distinto tratamiento punitivo, lo que no sucede con uno de autor para el cual se equiparan ambas categorías, pues lo que cuenta es la voluntad criminal y no el hecho.

En quinto lugar, el derecho penal de acto no permite agravar la pena a quien ha reiterado la comisión de actos delictivos. En cambio, el de autor castiga con mayor pena los reincidentes, pues con su actuar demuestran una personalidad con tendencias criminales que deben ser corregidas.

En sexto lugar, el derecho penal de acto no agrava la punición de los autores habituales o profesionales, pues la pena atiende al hecho cometido y no a la calidad personal del sujeto activo del mismo; por el contrario, uno de autor agrava la sanción del agente ubicado en una de esas categorías de delincuencia.

En séptimo lugar, el principio de acto no permite suspender la ejecución de la sentencia o de la pena impuesta por un determinado periodo de tiempo; en cambio, el derecho penal de autor es perfectamente compatible con los mecanismos reductores de la pena privativa de libertad y con la suspensión condicional, pues ellos se fundan en la mayor o menor peligrosidad demostrada por el infractor.

El **principio de acto** se consagró en el texto de la Constitución mexicana en su artículo 6, cuando establece: "la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa"; en el artículo 16 segundo párrafo, cuando se refiere al "...hecho que la ley señale como delito"; y en el 9 al prevenir que "la ley sancionará penalmente cualquier acto..." que atente contra los bienes jurídicos allí señalados.

Este principio se consagra en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme al cual: "nadie será condenado por **actos** u **omisiones** que en momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional"; y en el artículo 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, según el cual: "Nadie puede ser condenado por **acciones** u **omisiones** que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho aplicable"

F- Principio de lesividad de bienes jurídicos.

El *principio de lesividad*, que en el ideario filosófico liberal está en íntima relación con el *principio de necesidad de intervención*, consagra como limitante material el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el postulado de necesaria lesividad del bien jurídico, de la afectación a bienes jurídicos y del daño social por ello, el cual se sintetiza en el aforismo liberal: "no hay delito sin daño", lo que equivale a la no existencia de conducta punible sin daño o amenaza real para "el bien jurídico tutelado" (*nulla necessitas sine injuria*), pues la finalidad del derecho penal no es defender ideas morales o políticas, ni patrocinar actividades sociales concretas. En otras palabras, la intervención punitiva solo es válida en relación con conductas que tengan trascendencia social y que afecten las esferas de libertad ajenas, sin que le sea permitido castigar comportamientos contrarios a la ética, inmorales, porque estaría invadiendo la esfera de la moral; este principio es producto del pensamiento liberal ilustrado, a cuya sombra se gestó el concepto de *bien jurídico*, distinguiendo con claridad entre el derecho y la moral. Esta concepción surgió como antagónica a la teoría tradicional, que consideraba al delito como ataque a los derechos subjetivos de la persona, acorde con la teoría del contrato social.

En la actualidad, la doctrina penal contemporánea, comprometida con una **concepción minimalista**, reclama la no criminalización de aquellos comportamientos que no lesionen efectivamente ni amenacen el bien jurídicamente tutelado por la ley penal, con lo cual se descarta la punición de los llamados tipos de peligro abstracto, por considerarla contraria al principio de lesividad.

La función del derecho penal es tutelar los bienes o valores que por su importancia el legislador considera intereses merecedores de especial protección, sean de carácter individual o colectivo; pero el delito, además de lesionar bienes jurídicos (desvalor de resultado), implica también un atentado contra valores éticos, pues la pena solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede atribuirse y serle exigido al agente.

Esto implica cuatro cosas distintas: en primer lugar, posibilita la imputación subjetiva, de tal manera que el injusto penal solo puede ser atribuido a la persona que realiza la conducta; en efecto, el delito solo es concebible como el hecho de un autor y, como consecuencia, la pena debe alcanzar únicamente a quien ha transgredido la ley en su calidad de autor o partícipe, pero no a terceros, así se hallen ligados con el sujeto activo del delito por vínculos de amistad, credo político o religioso, parentesco, afecto, etc.

En segundo lugar, no puede ser castigado quien obra sin culpabilidad, con lo cual se excluye la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado; de aquí deriva la categoría dogmática de la culpabilidad, acorde con la cual solo puede ser castigado quien estuviere en posibilidad de gobernar el acontecer lesivo para los bienes jurídicos protegidos.

En tercer lugar, la pena no puede rebasar la medida de la culpabilidad y su imposición ha de hacerse atendiendo al grado de culpabilidad, en sus diversos niveles que van desde la culpa en sus diversas modalidades, hasta el dolo.

En cuarto lugar, este principio impone también la idea de proporcionalidad como pauta surgida del postulado de igualdad para tasar la pena en concreto. Para que el juzgador imponga una pena justa debe hacerlo acorde con el principio de igualdad, gracias al cual debe tratarse igual a lo que es igual y desigualmente a lo que es desigual; y ello debe hacerse así porque, para imponer la pena, es necesario distinguir dentro del juicio de exigibilidad normativa las diversas modalidades de la conducta punible (dolo y culpa), de tal manera que la pena se corresponda de forma proporcionada con tales diferencias; por ese camino, el principio de culpabilidad posibilita el funcionamiento del principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso, con lo cual se entrelazan claramente los principios de igualdad, culpabilidad y proporcionalidad, que constituyen columnas vertebrales de la tarea de medición de la pena.

De acuerdo con lo que se ha dicho, se trasgrede este principio si se agrava o se fundamenta la pena por el mero resultado, esto es, cuando se castiga al sujeto por lo que ocurre y no por lo que hace, haciendo responder al autor por todas las consecuencias de su acto, aún las no queridas, siempre y cuando provengan de un obrar ilícito. Así mismo si se imponen sin reconocer al agente una causal de exclusión de la culpabilidad. Igualmente, si se establece responsabilidad penal al agente por el hecho de otro; y si no se tiene en cuenta el grado de culpabilidad como criterio para imponer la pena, por lo que las penas desproporcionadas son una de las causas del desquiciamiento del principio de culpabilidad.

El principio de culpabilidad no sólo es una de las directrices centrales del moderno derecho penal, sino que brinda la pauta central para la fundamentación y la determinación de la pena.

Este principio está consagrado en el artículo 10.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 11.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y también en los artículos 14.2 y 8.2 de ambos estatutos, los cuales respectivamente, señalan: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia *mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*".

DECRETO QUE REFORMA LA FRACCION XXI DEL ARTICULO 73 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Iniciativa con proyecto de decreto que reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Art. 73. El Congreso tiene facultad:

...

...

...

XXI.- Para establecer los delitos e infracciones contra la Federación y fijar las penas y sanciones que por ellos deban imponerse. **Al crear un delito y determinar la pena, el legislador deberá respetar los principios de dignidad del ser humano, igualdad ante la ley, proporcionalidad, conducta, lesividad de bienes jurídicos y culpabilidad.**

Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales.

TRANSITORIO

PRIMERO.- La presente reforma entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.