

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL (ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 14, PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA)

Miguel CARBONELL

**Resumen:** Este texto realiza una revisión al principio de legalidad y reserva de ley en materia penal establecida en el artículo 14, párrafo tercero, de nuestra Constitución, bajo tres principios: la reserva de ley, taxatividad en materia penal y prohibición de interpretación por analogía. Estos tres principios son fundamentales para la composición de una interpretación garantista al precepto constitucional que es el objeto central de este documento. Además, se aborda la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad a las leyes penales como límite en el actuar del legislador en materia penal.

**Palabras clave:** principio de legalidad, reserva de ley, derecho penal, garantismo, taxatividad, interpretación jurídica, Poder Judicial, tribunales, aplicación, proporcionalidad.

**Abstract:** *This paper reviews the principle of legality and the principle of “legal reserve” on criminal matters, as established in the third paragraph of article 14 of our Constitution. This analysis is made through the perspective of three principles: legal reserve, legal certainty in criminal matters and the prohibition of analogy as a method of interpretation. These three principles are fundamental to the composition of a protective form of interpretation of the Constitution, which is the central subject of this document.*

*In addition, it addresses the possibility to applying the principle of proportionality to the criminal laws as a legislative limit on criminal matters.*

**Keywords:** *legality, legal reserve, criminal law, legalism, formalism, legal principles, legal certainty, judicial power, courts, implementation, proportionality, interpretation.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La reserva de ley.* III. *Taxatividad.* IV. *Prohibición de analogía.* V. *Proporcionalidad y legislación penal.*

**MIGUEL CARBONELL**

---

## I. INTRODUCCIÓN

El párrafo tercero del artículo 14 constitucional establece el principio de legalidad en materia penal. Es uno de los temas más clásicos en el ámbito del debido proceso, pues es en el campo de lo penal donde tales derechos se han violado con mayor intensidad en la historia de la humanidad. De hecho, una de las más importantes reivindicaciones del pensamiento ilustrado a partir del cual se comienzan a estructurar los modernos Estados constitucionales es la racionalización del poder penal y la humanización de las penas.

Las primeras corrientes del pensamiento en favor de los derechos humanos estuvieron enfocadas justamente a racionalizar y limitar el poder punitivo del Estado. Tales doctrinas, desarrolladas en la segunda mitad del siglo XVIII, eran consecuencia, en buena medida, de la tendencia más general a la secularización del Estado y a la separación entre el poder religioso y el poder político. Se trataba de separar con nitidez el campo del delito del que correspondía al pecado, de distinguir entre la pena y la penitencia, que durante la Edad Media habían caminado frecuentemente de la mano. Luis Prieto resume, en un párrafo brillante, el proceso evolutivo del derecho penal como consecuencia de la secularización:

Esa secularización supone, como es obvio, una propuesta en favor de la destipificación de los delitos religiosos, pero, más allá, supone también una nueva concepción del derecho penal y procesal, que alcanza de forma global a todos sus aspectos desde una perspectiva utilitaria. De entrada, el objeto del ordenamiento penal ya no puede ser la expiación del pecado o la cura de la enfermedad moral que revela el crimen, sino la tutela del derecho ajeno mediante la represión de las conductas externas lesivas de tales derechos; sólo los actos externos que atenten contra otras personas o contra la sociedad, no los pensamientos ni los meros vicios morales, pueden ser objeto de represión, pues a ello se reducen las exigencias de utilidad social. La pena ha de ser asimismo útil para la prevención del delito, proporcional al mismo, y sólo con el grado de severidad imprescindible para conseguir sus fines. La tipificación de los delitos y de las penas ha de corresponder, a su vez, a leyes simples, claras, taxativas e irretroactivas, de manera que su aplicación garantice la máxima certeza posible, eliminando la discrecionalidad circunstancial tanto del juez como del soberano. Finalmente, el proceso ha de abandonar el modelo inquisitivo dominado por el secreto y la prueba legal, y donde el juez aparece como un enemigo del inculpado, para acoger el modelo acusatorio e informativo, basado en la imparcialidad del juez, en la publicidad y contradicción entre las partes, en la libre convicción judicial a partir de un material probatorio acumulado

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

bajo los principios de presunción de inocencia y de igualdad entre acusación y defensa.<sup>1</sup>

El párrafo tercero del artículo 14 abre una amplia serie de disposiciones constitucionales referidas al derecho penal, que se encuentran tanto en el propio artículo 14 como en el 16, 18, 19, 20, 21, 22 y 23. Se trata de cuestiones que afectan al núcleo mismo de la autonomía personal y que, por tanto, deben estar especialmente reguladas por el ordenamiento jurídico y, en particular, tuteladas por los derechos fundamentales, sobre todo teniendo en cuenta los enormes atropellos contra la dignidad humana que, como ya se ha mencionado, se han cometido y se siguen cometiendo mediante el uso del poder represivo del Estado.

El texto del párrafo tercero del artículo 14 constitucional es el siguiente: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”.

De este párrafo conviene estudiar tres aspectos distintos en los que se concreta el principio de legalidad en materia penal: a) la reserva de ley en materia penal; b) el principio de taxatividad penal, y c) la prohibición de analogía, dentro de cuya exposición haremos referencia también al principio de mayoría de razón.

Adicionalmente, también abordaremos la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad a las leyes penales, cuestión que no está expresamente establecida en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, sino en el primer párrafo del artículo 22 (adicionado mediante el decreto de reforma constitucional publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008).

Aunque el párrafo tercero del artículo 14 se refiere específicamente a la materia penal, debe entenderse —en una interpretación garantista— que sus principios deben observarse en todas las materias que sean susceptibles de imponer sanciones a los particulares, tal como ya fue explicado; así pues, los principios de reserva de ley, de taxatividad y de proporcionalidad se deben entender como aplicables al derecho administrativo sancionador y al derecho electoral sancionador, por mencionar solamente dos casos.

<sup>1</sup> “Notas sobre el origen y la evolución de los derechos humanos”, en López García, José Antonio y Real, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 43.

**MIGUEL CARBONELL**

---

## II. LA RESERVA DE LEY

El principio de legalidad en materia penal, que tiene como una de sus consecuencias a la reserva de ley, surge en el ámbito del pensamiento iluminístico-liberal, cuando se piensa que para salvaguardar adecuadamente la libertad de los ciudadanos se tenía que reservar a los órganos legislativos el poder para la creación y promulgación de disposiciones penales.<sup>2</sup> Aunque ya existía en algunos textos normativos anteriores, no es sino hasta el siglo XVIII cuando se universaliza y comienza a concebirse como un verdadero derecho individual.<sup>3</sup>

En el mismo sentido de lo que defiende J. J. Rousseau en *El contrato social*, el Marqués de Beccaria en su famoso ensayo *De los delitos y de las penas* sostenía que “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede, con justicia, decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma Sociedad”.<sup>4</sup>

En general, la reserva de ley puede entenderse como la remisión que hace normalmente la Constitución, y de forma excepcional la ley, para que sea justamente una ley y no otra norma jurídica la que regule una determinada materia. En otras palabras, se está frente a una reserva de ley cuando, por voluntad del constituyente o por decisión del legislador, tiene que ser una ley en sentido formal la que regule un sector concreto del ordenamiento jurídico.

La reserva de ley, siempre que se trate de un Estado que cuente con una Constitución rígida, presenta dos aspectos: por una parte, prohíbe la intervención, en las materias reservadas, de fuentes subordinadas a la ley o sublegislativas; por otra, y tal como se explica enseguida, prohíbe en ciertos casos al legislador reenviar la regulación de esas materias a otras fuentes distintas a la ley.

Si la reserva de ley es establecida precisamente por una ley o norma de rango legal su efecto será provocar la ilegalidad —y en México, por vía de consecuencia inmediata, la inconstitucionalidad— de los reglamentos o de cualquier otra norma sublegislativa que entre a regular

---

<sup>2</sup> Sobre las motivaciones originales del principio de legalidad véase Jesch, Dietrich, *Ley y administración*, Madrid, 1978 y Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, 1976, pp. 465 y ss., especialmente p. 468.

<sup>3</sup> Jiménez de Asua, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. II, 4a. ed., Buenos Aires, 1964, p. 387.

<sup>4</sup> Traducción de Las Casas (1774), Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 14.

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

esa materia. Dichas normas inferiores adolecerían de un “vicio de competencia”.

Sin embargo, si la reserva de ley es establecida por la Constitución, el efecto será también el de la imposibilidad de los reglamentos, pero en este caso, además, el Poder Legislativo no podrá prever o autorizar a los poderes reglamentarios del Ejecutivo para regular dicha materia, sino que tendrá que hacerlo por sí mismo; cuando la Constitución dispone que sea el Poder Legislativo el que regule una cierta materia, se entiende que dicha regulación tiene que ser “efectiva”, es decir, completa, suficiente y no puede servir como excusa para trasladar una facultad del legislativo a otros órganos.<sup>5</sup>

Las normas que contienen reservas de ley son una variante de las llamadas “normas sobre la producción jurídica”, ya que no se refieren de forma directa a la regulación de la conducta humana, sino que tienen por objeto otras normas. Por lo anterior, los destinatarios principales de las reservas de ley son los órganos que producen el derecho, que lo crean, y no aquellos encargados de su aplicación.

Igualmente, las reservas son normas sobre la competencia en tanto que la misma técnica de la reserva de ley consiste en una distribución —o asignación— de las potestades normativas: las normas que prevén las reservas de ley autorizan a un órgano determinado (en este caso el Poder Legislativo) para dictar normas en una materia concreta.

De forma congruente con lo anterior, Luis Prieto señala que “En materia penal... sólo la ley es competente para determinar *qué prohibir y cuánto castigar*... (Por lo que) es delito todo lo tipificado en una ley penal, pero sólo lo tipificado en una ley penal”.<sup>6</sup>

En la actualidad, la reserva de ley cumple una doble función: por un lado, una función de carácter liberal o garantista y, por otro, una función democrática.

- a) *La función liberal o garantista* consiste en que, a través de la reserva se tutelan los derechos de los ciudadanos contra las intromisiones del Poder Ejecutivo. Los ciudadanos solamente pueden ver restringida su libertad por virtud de una “ley”, no por actos del ejecutivo que no tengan sustento legal.<sup>7</sup> Por eso, se ha dicho que

<sup>5</sup> Guastini, Riccardo, *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, 2a. ed., Lima, Ediciones Legales, 2017, pp. 220-223.

<sup>6</sup> Prieto, Luis, *Curso básico de garantismo*, México, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2018, pp. 78 y 79.

<sup>7</sup> Guastini, Riccardo, *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, cit., pp. 217-219.

## MIGUEL CARBONELL

---

todo lo referido a los derechos fundamentales se encuentra sujeto a reserva de ley.

- b) *La función democrática* tiene que ver con que, en virtud de la reserva, se reconduce la regulación de ciertas materias al dominio del Poder Legislativo, el cual es representativo de las mayorías —como sucede, desde luego, con el Poder Ejecutivo, al menos en los sistemas presidenciales de gobierno—, pero también de las minorías políticas de un Estado. En palabras de Manuel Aragón:

Entendida la democracia como democracia pluralista, el Parlamento como órgano de representación de todo el pueblo y el gobierno sólo como órgano de representación de la mayoría, la reserva a la ley de determinadas materias no significa sólo la reserva al órgano más (directamente) democrático, sino también al órgano que por contener la representación de la pluralidad de opciones políticas permite que todas ellas (y no sólo la opción mayoritaria) participen en la elaboración de la norma.<sup>8</sup>

El problema de mayor entidad que tienen hoy frente a sí la teoría y la práctica de la reserva de ley, no es ya el de delimitar cuáles son las materias que se encuentran sujetas a la reserva, sino el de saber hasta qué punto debe desarrollar el legislador parlamentario una materia reservada y hasta qué punto esa materia puede ser “entregada” a la reglamentación del Poder Ejecutivo. Como señala Baño León “lo que preocupa en el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra es si el legislador tiene límites para pedir la colaboración del reglamento en las materias reservadas”.<sup>9</sup>

Es importante subrayar que la reserva de ley en materia penal solamente abarca el campo de la determinación de conductas punibles y el del establecimiento de sus respectivas consecuencias jurídicas, ya que fuera de esos dos temas la ley puede remitir al reglamento otras cuestiones que también tienen que ver con la materia penal. Así, por ejemplo, los reglamentos —siempre previa remisión de la ley— pueden regular lo

---

<sup>8</sup> Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 126.

<sup>9</sup> Baño León, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, Civitas, 1991, p. 21. Con razón se ha señalado que tan ilegítimo es que un reglamento del Poder Ejecutivo entre a regular una materia reservada a la ley, como que el propio Poder Legislativo otorgue competencia reguladora al Ejecutivo en aquellas áreas que la Constitución ha querido que sean reservadas a la “efectiva” regulación legislativa, *cf.* Guastini, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, p. 115. En Italia, sin embargo, tanto la doctrina como la Corte Constitucional han distinguido entre reservas “absolutas” y reservas “relativas” para describir la imposibilidad total o parcial de actuación de normas infralegales en algunas materias, Guastini, *Le fonti... cit.*, p. 117; véase también, Guastini, Riccardo, “Legge (riserva di)”, *Digesto*, 4a. ed., vol. IX, Turín, 1994.

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

relativo a la organización interna de los establecimientos penitenciarios<sup>10</sup> o al funcionamiento concreto de los centros que atienden a los adolescentes en conflicto con la ley penal.<sup>11</sup>

Ya apuntábamos que el principio de legalidad en materia penal tiene como una de sus consecuencias a la reserva de ley que los tipos penales y las consecuencias jurídicas de las conductas por ellos descritas estén establecidos en una ley, pero el principio de legalidad penal no se agota con la reserva, sino que se manifiesta en otras cuestiones que, además, pueden desprenderse también del párrafo tercero del artículo 14 constitucional; de este precepto pueden desprenderse al menos el principio de taxatividad penal, la prohibición de utilizar la analogía en esta materia y el principio de proporcionalidad, que siendo un principio general aplicable a todo el sistema de derechos fundamentales, tiene también una especial relevancia para la materia penal, como lo veremos más adelante.

### III. TAXATIVIDAD

El artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución señala que para que se pueda aplicar una sanción penal debe existir una ley “exactamente” aplicable a la conducta de que se trate. A partir de esa disposición podemos extraer un elemento “cualitativo” de la ley penal que vendría exigido por la Constitución; en efecto, para que una ley sea “exactamente” aplicable a una cierta conducta debe tener ciertas “cualidades” lingüísticas, pues es seguro que no toda descripción lingüística tendría la posibilidad de ser aplicada con exactitud a la conducta humana.

Así, por ejemplo, consideremos un enunciado normativo que dijera lo siguiente: “Se impondrán de cinco a siete años de prisión a la persona que se comporte de manera dañina respecto a otras personas o que altere el bienestar general de la sociedad”; con esa descripción, ¿cómo podría el juez realizar una “exacta” aplicación si los supuestos normativos están claramente indeterminados, son vagos y polisémicos? Por lo tanto, lo que nos está diciendo el párrafo tercero del artículo 14 es que las normas penales deben contar con ciertos elementos que nos permitan identificar claramente su campo de aplicación. A este deber de precisión y claridad de las normas se le conoce como el principio de “taxatividad” en materia penal.

<sup>10</sup> Véase la Ley Nacional de Ejecución Penal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de junio de 2016.

<sup>11</sup> Véase la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, también publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de junio de 2016.

## MIGUEL CARBONELL

---

La taxatividad de la ley penal consiste en que los textos que contengan normas sancionadoras describan claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quien las realice. La taxatividad es una especie del genérico principio de legalidad en materia penal y tiene por objeto preservar la certeza jurídica (que a su vez es una especie de la seguridad jurídica) y la imparcialidad en la aplicación de la ley penal.<sup>12</sup>

Luigi Ferrajoli describe el principio de taxatividad penal (que también se puede llamar “principio de estricta legalidad”) con las siguientes palabras:<sup>13</sup>

Este principio... puede ser caracterizado ahora como una *regla semántica metalegal de formación de la lengua legal* que prescribe al legislador penal: a) que los términos usados por la ley para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinada, por donde sea posible su uso como predicados “verdaderos de los” hechos empíricos por ellos denotados; b) que con tal fin sea connotada su intensión con palabras no vagas ni valorativas, sino lo más claras y precisas posible; c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predisuestas normas para su solución. De ahí se sigue, conforme a esta regla, que las figuras abstractas de delito deben ser *connotadas* por la ley mediante *propiedades o características esenciales* idóneas para determinar su *campo de denotación* (o de aplicación) de manera *exhaustiva*, de forma que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas, y de manera *exclusiva*, de modo que tales hechos no sean denotados también en proposiciones contradictorias por otras figuras de delito connotadas por normas concurrentes.

De manera parecida, Luis Prieto apunta que:

La taxatividad supone por tanto que las leyes penales sean claras y precisas, y que prescindan de apelaciones a conceptos centralmente vagos o que incorporen juicios de valor (mala conducta, inmoralidad, peligrosidad) a fin de que en su aplicación puedan formularse aserciones refutables y pueda en consecuencia mantenerse la concepción cognitiva y no volitiva de la jurisdicción; pues para que un hecho probado pueda calificarse jurídicamente como delito es preciso que la premisa normativa justamente

---

<sup>12</sup> Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva jurisprudencial)*, Madrid, Civitas, 2002, p. 21. Véase, también, Moreso, José Juan, “Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)”, *Doxa*, Alicante, núm. 24, 2001, pp. 525 y ss., en donde se plantea la interesante discusión sobre la distinta forma en que la taxatividad se aplica a los tipos penales y a las causas de justificación de ciertas conductas penalmente relevantes.

<sup>13</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, 9a. ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 121.

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

consista o incorpore referentes empíricos susceptibles de constatación, de modo que permita afirmar que aquellos hechos particulares son un caso del hecho genérico tipificado, es decir que se corresponden (son verdaderos) con lo previsto en la ley.<sup>14</sup>

Las propiedades o características esenciales que debe contener una ley para cumplir con el principio de taxatividad penal son parecidas, en alguna medida, a las que derivan del principio de reserva de ley, aunque van más allá: dichas características se pueden resumir en el concepto de elementos constitutivos del delito, es decir, en la acción (que debe ser exterior y empíricamente visible), en su efecto o resultado (que debe consistir en un daño tangible) y en la culpabilidad (que debe permitir la adscripción causal de la acción a la persona que la lleva a cabo).<sup>15</sup>

De acuerdo con lo anterior, violarían el principio de taxatividad penal todas las disposiciones legislativas que sancionen penal o administrativamente una conducta vagamente descrita o aquellas que dispusieran de consecuencias jurídicas también indeterminadas.

El principio de taxatividad ha sido reconocido por distintos tribunales nacionales e internacionales. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que “La norma punitiva aplicable ha de permitir predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracciones y el tipo y el grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa”.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que “Una norma no puede ser considerada «ley» a menos que esté formulada con suficiente precisión para permitir al ciudadano regular su conducta: debe ser capaz —con asesoramiento jurídico, si es necesario— de prever, en un grado razonable dadas las circunstancias, las consecuencias que pueden derivarse de una determinada acción”.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha hecho valer la doctrina de la “nulidad por vaguedad” para asegurar un estándar mínimo de calidad en la legislación penal, considerando que una norma vaga es contraria a la Constitución norteamericana; una norma es vaga según el criterio de la Corte cuando “hombres de inteligencia común deben necesariamente aventurar cuál es su significado y discrepar acerca de su aplicación”.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Prieto, Luis, *Curso básico de garantismo*, cit., pp. 82 y 83.

<sup>15</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 121.

<sup>16</sup> Los pronunciamientos citados se encuentran recogidos en Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal...*, cit., pp. 22-25.

## MIGUEL CARBONELL

---

La idea de que las leyes en general, y las leyes penales en particular, deben ser claras y precisas no es nueva; estaba ya presente en el pensamiento de la Ilustración, que con tanto énfasis intentó racionalizar y secularizar al máximo el poder punitivo del Estado.<sup>17</sup> Hobbes, Montesquieu, Rousseau, Beccaria y muchos otros pensadores coincidieron en la necesidad de que las leyes fueran breves, claras y sencillas, al alcance del entendimiento promedio de cualquier persona.<sup>18</sup> Era una de las muchas formas por medio de las cuales el pensamiento ilustrado intentaba disminuir las posibilidades de una aplicación arbitraria del derecho penal.

En concreto, Beccaria considera que la oscuridad de las leyes es un mal, que se hace mayor “cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cuál será el éxito de su libertad o de sus miembros en una lengua que forma de un libro público y solemne uno casi privado y doméstico”.<sup>19</sup>

La jurisprudencia mexicana sobre el principio de taxatividad ha ido evolucionando muy lentamente. Aunque en el pasado nuestros jueces federales fueron excesivamente deferentes con el legislador (pese a las evidentes fallas de técnica legislativa de las que adolecían y que siguen adoleciendo muchas normas penales, violando con ello la exigencia de taxatividad), ya podemos encontrar algunos pronunciamientos que se toman seriamente lo que ordena la Constitución en la materia que estamos analizando. Un ejemplo claro de ello es la siguiente tesis (énfasis añadido):

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS. El artículo 14, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Este derecho fundamental no se limita a ordenar a la autoridad jurisdiccional que se abstenga de interpretar por

---

<sup>17</sup> Como señala Luis Prieto, a través del principio de taxatividad penetran en el derecho penal “el racionalismo y la secularización: los tribunales humanos sólo pueden juzgar los hechos susceptibles de verificación empírica; el juicio sobre los pensamientos, sobre los rasgos del carácter, sobre las meras tendencias, pertenece al tribunal divino”, *La filosofía penal de la Ilustración*, cit., p. 43.

<sup>18</sup> Las citas pertinentes de sus obras se encuentran en Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 179 y 180.

<sup>19</sup> Beccaria, Cesare, *De los Delitos y de las Penas*, Madrid, Alianza, 1998, p. 38.

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

simple analogía o mayoría de razón, sino que es extensivo al creador de la norma. En ese orden, *al legislador le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito*; esta descripción no es otra cosa que *el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado*. Para determinar la tipicidad de una conducta, el intérprete debe tener en cuenta, como derivación del principio de legalidad, al de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley. Es decir, *la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación*. Así, *el mandato de taxatividad supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal, que lo que es objeto de prohibición pueda ser conocido por el destinatario de la norma*. Sin embargo, lo anterior no implica que para salvaguardar el principio de exacta aplicación de la pena, el legislador deba definir cada vocablo o locución utilizada al redactar algún tipo penal, toda vez que ello tornaría imposible la función legislativa. Asimismo, a juicio de esta Primera Sala, es necesario señalar que en la aplicación del principio de taxatividad es imprescindible atender al contexto en el cual se desenvuelven las normas, así como sus posibles destinatarios. Es decir, la legislación debe ser precisa para quienes potencialmente pueden verse sujetos a ella. En este sentido, es posible que los tipos penales contengan conceptos jurídicos indeterminados, términos técnicos o vocablos propios de un sector o profesión, siempre y cuando los destinatarios de la norma tengan un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento. El principio de taxatividad no exige que en una sociedad compleja, plural y altamente especializada como la de hoy en día, los tipos penales se configuren de tal manera que todos los gobernados tengan una comprensión absoluta de los mismos, específicamente tratándose de aquellos respecto de los cuales no pueden ser sujetos activos, ya que están dirigidos a cierto sector cuyas pautas de conducta son muy específicas, como ocurre con los tipos penales dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas.

No son muchos los casos en los que se ha concluido con la declaratoria de inconstitucionalidad de algún tipo penal por resultar violatorio del mandato de taxatividad, pero uno de ellos se puede observar en la siguiente tesis:

FALSEDAD DE DECLARACIÓN RENDIDA ANTE AUTORIDAD DISTINTA DE LA JUDICIAL. EL ARTÍCULO 247, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL DIEZ DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO, QUE ESTABLECE LA SANCIÓN APLICABLE A DICHO DELITO, VIOLA LA GARANTÍA DE EXACTA APLICA-

## MIGUEL CARBONELL

---

CIÓN DE LA LEY PENAL. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en la tesis P. IX/95, de rubro: “EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA”, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo I, mayo de 1995, página 82, que la mencionada garantía, prevista en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la ley, ya que el mandato constitucional exige, para su cabal cumplimiento, que también la ley sea concebida en forma tal que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos, delito y pena, sean claros, precisos y exactos, a fin de evitar confusión en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Ahora bien, en congruencia con tal criterio, debe decirse que al disponer el artículo 247, fracción I, del código punitivo citado que la sanción aplicable al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas faltare a la verdad, será de dos a seis años, en adición a una multa de cien a trescientos días de multa, viola la garantía constitucional de referencia. Ello es así, porque al establecer como sanción a la conducta típica consistente en falsedad de declaración rendida ante autoridad pública distinta de la judicial, “de dos a seis años”, el legislador no precisó debidamente la consecuencia jurídica del delito de que se trata, creando incertidumbre en la aplicación de la pena y permitiendo la actuación arbitraria de la autoridad encargada de imponerla, o de otras autoridades, quienes con base en interpretaciones contrarias a lo dispuesto por el artículo 14 constitucional, suponen que se trata de la pena de prisión. Además el mero establecimiento de un mínimo y un máximo de tiempo no conlleva, indefectiblemente, a considerar que la pena respectiva sea la de prisión, ya que no es ésta el único medio sancionatorio que la autoridad judicial puede imponer por un tiempo determinado, según se advierte del catálogo de penas contenido en el artículo 24 del referido Código Penal, que señala otras sanciones que pueden aplicarse por el mencionado periodo, a saber: tratamiento en libertad, semilibertad, trabajo a favor de la comunidad, confinamiento, prohibición de ir a un lugar determinado, suspensión de derechos, inhabilitación o suspensión de funciones o empleos y vigilancia de la autoridad.<sup>20</sup>

Otros ejemplos más recientes se pueden observar en las dos (muy interesantes, por cierto) tesis siguientes:

DELITO CONTRA LA SEGURIDAD DE LA COMUNIDAD. EL ARTÍCULO 165 BIS, FRACCIONES I, IV Y VII, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN

---

<sup>20</sup> Tesis 1ª XLI/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, Nove-na Época, Primera Sala, junio de 2001, p. 238.

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

QUE LO PREVÉ, VULNERA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el principio de legalidad reconocido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige que en la formulación de normas penales se cumpla con lo siguiente: a) la reserva de ley, por virtud de la cual los delitos sólo pueden establecerse en una ley formal y material; b) la prohibición de aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de alguna persona; y, c) el principio de taxatividad, según el cual, las conductas punibles deben estar previstas en la ley de forma clara, limitada e inequívoca, sin reenvío a parámetros extralegales, que implica la posibilidad de imponer penas por analogía o por mayoría de razón y la prohibición de tipos penales ambiguos. Por tal motivo, el legislador está obligado a estructurar de manera clara los elementos del tipo penal, delimitar su alcance de acuerdo con los bienes tutelados, determinar el sujeto responsable y sus condiciones particulares y especiales, así como las penas que deben aplicarse en cada caso. En razón de lo anterior, el artículo 165 bis, fracciones I, IV y VII, del Código Penal para el Estado de Nuevo León, al establecer que “Comete el delito contra la seguridad de la comunidad (...) quien sin causa justificada incurra en dos o más de los siguientes supuestos: I. Posea o porte, en su persona, en el vehículo en el que se encuentre o se le relacione con éste ...; IV. Posea o se desplace o se le relacione con éste (...) uno o varios vehículos robados ...; VII. Posea, utilice o se le relacione con uno o varios vehículos sin placas ...”, genera problemas de interpretación lingüística por la ambigüedad y la vaguedad del significado que el juzgador puede asignar a la expresión “se le relacione”, toda vez que provoca dudas, incertidumbre y confusión al tratar de entender el contexto al que está referido; esta imprecisión o indeterminación de lo que debe comprenderse por el vínculo de “relación” entre el sujeto activo y el objeto, no permite distinguir con claridad la finalidad que persigue el supuesto jurídico. De manera que, ante la falta de objeto o fin determinado, respecto a qué debe entenderse por esa “relación”, la norma penal genera un vacío sobre los supuestos que colman la descripción típica y se transfiere al juzgador la elección de la actualización, que puede decidir a partir de apreciaciones subjetivas o interpretaciones abiertas y generales desde un esquema cerrado o estricto de aplicación o tan abierto que cualquier elemento de relación —objeto, subjetivo, concreto, abstracto, etcétera— es válido para colmar los supuestos hipotéticos descritos en la norma penal. Aunado a ello, también genera problemas para determinar si la “relación” con el objeto a que se refiere la norma penal, está vinculada con la autoría o participación del sujeto activo en la comisión del delito, porque también puede interpretarse que esa “relación” está determinada por una acción ilícita diversa, que pueda ser atribuida al mismo sujeto activo, como el robo del vehículo o las acciones desarrolladas para identificar un automóvil de forma ilegal. Consecuentemente el artículo 165 bis, frac-

## MIGUEL CARBONELL

---

ciones I, IV y VII, del Código Penal para el Estado de Nuevo León, vulnera el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad.

ATENTADO CONTRA LA SEGURIDAD DE LA COMUNIDAD. EL ARTÍCULO 171 QUÁ-TER, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE TAMAULIPAS, REFORMADO MEDIANTE DECRETO NO. LXII-256, PUBLICADO EN EL PERIÓDICO OFICIAL DE ESA ENTIDAD EL 9 DE JULIO DE 2014, QUE PREVÉ AQUEL DELITO, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LEGALIDAD EN MATERIA PENAL, EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. El precepto aludido al sancionar con prisión de 7 a 15 años y multa de 200 a 400 días de salario, a quien sin causa justificada posea o porte, en su persona, en el vehículo en el que se encuentre o se le relacione con éste, o en el lugar donde se le capture, uno o varios instrumentos fabricados con clavos, varillas o cualquier otro material, que puedan ser utilizados para dañar o impedir el paso de los vehículos conducidos por particulares o por los elementos de las fuerzas armadas o las instituciones de seguridad pública, viola los principios de seguridad jurídica y legalidad en materia penal, en su vertiente de taxatividad, reconocidos por los artículos 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, derivado de la imprecisión con que está construido ese tipo penal, ya que: a) Basta con que alguien —sujeto indeterminado— posea o porte uno o varios instrumentos fabricados con esos materiales, para que probablemente sea objeto de sanción por parte del Estado; b) Permite la arbitrariedad en su aplicación, pues no obstante que en el párrafo primero se acote que incurrirá en el delito, quien “sin causa justificada” se ubique en la hipótesis descrita, esa sola referencia no origina la validez de la norma, pues lo cierto es que en definitiva deja al arbitrio de la autoridad investigadora o jurisdiccional decidir quién o quiénes pueden ser detenidos y posteriormente enjuiciados, por el simple hecho de traer consigo o en un vehículo motor, uno o varios de los citados instrumentos; c) Sanciona la portación o posesión de instrumentos de “cualquier otro material”, distinto a los clavos y varillas, lo que es ambiguo y genérico, toda vez que en este significado pueden encontrarse infinidad de materiales, cuya composición puede ser de goma, plástico, cristal o metal, sin que su simple tenencia —presentada en la forma acabada de un instrumento fabricado con cualquiera de esos elementos— adquiera el matiz criminal a la luz del derecho penal; y, d) Castiga también la portación o posesión “en el lugar donde se le capture” a la persona, lo que es vago, impreciso y genera confusión, ante la eventual interpretación de que sea factible que la transgresión penal se produzca dentro de un domicilio.

La jurisprudencia también ha sostenido que la simple falta de definición de algunos conceptos no puede acarrear la inconstitucionalidad de una ley; aunque se trata de una tesis que, al menos en apariencia, no se

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

refiere en concreto a la materia penal, es obvio que su utilización en algunos casos puede ir en contra del potencial controlador que el principio de taxatividad tiene sobre la actividad del legislador; la tesis mencionada es la siguiente:

LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO PUEDE DERIVAR DE LA FALTA DE DEFINICIÓN DE LOS VOCABLOS O LOCUCIONES AHÍ UTILIZADOS, EN QUE EL LEGISLADOR PUEDA INCURRIR. Es cierto que la claridad de las leyes constituye uno de los imperativos apremiantes y necesarios para evitar o disminuir su vaguedad, ambigüedad, confusión y contradicción; sin embargo, de un análisis integral de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se llega a la conclusión de que ninguno de los artículos que la componen establece, como requisito para el legislador ordinario, el que en cada uno de los ordenamientos secundarios —considerando también a los de la materia penal— defina los vocablos o locuciones ahí utilizados. Lo anterior es así, porque las leyes no son diccionarios y la exigencia de un requisito así, tornaría imposible la función legislativa, pues la redacción de las leyes en general se traduciría en una labor interminable y nada práctica, teniendo como consecuencia que no se cumpliera, de manera oportuna, con la finalidad que se persigue con dicha función. De ahí, que resulte incorrecto y por tanto, inoperante, el argumento que afirme que una norma se aparta del texto de la Ley Fundamental, porque no defina los vocablos o locuciones ahí utilizados, pues la contravención a ésta se debe basar en aspectos objetivos que generalmente son los principios consagrados en ella, ya sea prohibiendo una determinada acción de la autoridad en contra de los particulares gobernados u ordenando la forma en que deben conducirse en su función de gobierno. Además, del análisis de lo dispuesto por los artículos 94, párrafo séptimo y 72, inciso f), de la Carta Magna, se advierte el reconocimiento, por parte de nuestro sistema jurídico, de la necesidad de que existan métodos de interpretación jurídica que, con motivo de las imprecisiones y oscuridades que puedan afectar a las disposiciones legales, establezcan su sentido y alcance, pero no condiciona su validez al hecho de que sean claras en los términos que emplean.<sup>21</sup>

Del principio de taxatividad penal no puede desprenderse la *cantidad* de penalización que un ordenamiento puede imponer a ciertas conductas ni tampoco el número de conductas que pueden caer bajo la consideración de las leyes penales; lo que sí asegura la taxatividad es que toda regulación penal tenga cierta *calidad*, de forma que sea clara y pueda ser comprendida por sus destinatarios. La taxatividad, como lo

<sup>21</sup> Clave: 1a., Núm.: LXXXVII/2002. Amparo directo en revisión 258/2002. Gerardo Pérez Labariega. 11 de septiembre de 2002. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

## MIGUEL CARBONELL

---

indica Ferreres, “no se refiere a la «cantidad» de libertad, sino a su «calidad»: garantiza que la libertad individual se pueda desplegar dentro de fronteras seguras”.<sup>22</sup>

Para regular la “cantidad” de conductas que se pueden “criminalizar” y la “cantidad” de sanción que se puede imponer a quienes las realicen se utiliza el criterio de proporcionalidad. Tomando en conjunto la taxatividad y la proporcionalidad podemos contar con estándares pertinentes para ir construyendo una legalidad penal constitucionalmente adecuada desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo.

Respecto al principio de taxatividad la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente en el *caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*:

121. La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana.

Obviamente, la taxatividad no debe ser excesiva, pues en caso de que el legislador intente una regulación extremadamente detallista corre el riesgo de producir una “infrainclusión”, la cual se genera “cuando, por un exceso de precisión o detalle en la descripción de las conductas típicas, quedan fuera del reproche penal comportamientos que de acuerdo con las razones justificatorias deberían estar incluidas”.<sup>23</sup>

También se puede caer en el riesgo contrario, al producirse una “sobreinclusión”, la cual se genera cuando “determinadas conductas que no deberían ser objeto de sanción penal porque se consideran justificadas, no puedan sin embargo escapar al reproche”.<sup>24</sup> Esto último, si el legislador intenta detallar en exceso las conductas materiales que pueden suponer un ejercicio de legítima defensa, pues de esa forma habría

---

<sup>22</sup> Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal...*, cit., p. 45.

<sup>23</sup> Prieto, Luis, *Curso básico de garantismo*, cit., pp. 86 y 87.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 87.

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

quizá otras que quedarían fuera de la previsión legislativa y tendrían, en consecuencia, que ser objeto de sanción penal.

### IV. PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA

El párrafo tercero del artículo 14 constitucional, cuyo texto ya se ha transcrito establece que no podrán imponerse, en los juicios del orden penal, penas por simple analogía o por mayoría de razón. Se trata de un mandato constitucional que sirve para reforzar el significado de los principios de reserva de ley y de taxatividad en materia penal.

Es decir, lo que nos indica el artículo 14 es que el juzgador en materia penal no puede acudir a métodos hermenéuticos como la analogía y la mayoría de razón para imponer una sanción penal y, en consecuencia, debe atenerse a lo que pueda resolver utilizando otros métodos interpretativos en los que se observe la reserva de ley (en el sentido de mandato constitucional por el que se excluyen del ámbito penal fuentes normativas distintas a la ley) y la taxatividad (en el sentido de que las disposiciones que sirvan de base para imponer una sanción penal deban ser claras, concretas y específicamente aplicables a la conducta que se pretende sancionar).

Sobre la prohibición de la analogía en el derecho penal, Luigi Ferrajoli indica que es un corolario del principio de (estricta) legalidad. Este autor señala que

En la medida en que sea posible afirmar de las figuras de calificación penal definidas por las leyes, gracias a su conformidad con el principio de legalidad, que son verdaderas o falsas respecto a los hechos que se examinan, es obvio que no hay sitio para el razonamiento analógico. A la inversa, el uso por parte de la ley, con contraposición con el principio de estricta legalidad, de fórmulas elásticas o carentes de denotación determinada permite la que se ha llamado “analogía anticipada”.<sup>25</sup>

La última observación de esta cita de Ferrajoli es muy importante porque señala que la prohibición de analogía, siendo coherente con el mandato de taxatividad de la ley penal, debería ser oponible también al legislador.

El propio Ferrajoli nos recuerda que la prohibición de analogía se aplica solamente para la analogía *in malam partem*, es decir, la que es desfavorable para el reo. En sentido contrario, la analogía puede perfec-

<sup>25</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 382.

## MIGUEL CARBONELL

---

tamente admitirse en la interpretación de las excusas absolutorias o en cualquier aspecto que beneficie al acusado.<sup>26</sup>

Riccardo Guastini nos explica que desde el punto de vista jurídico la aplicación analógica es “la aplicación de una norma a un supuesto de hecho *no previsto* por ella, pero *semejante* al previsto por la misma”.<sup>27</sup> Lo que está prohibiendo el mandato constitucional es justamente la aplicación por el juez de normas que no están *expresamente previstas* en la ley como constitutivas de delito y que, por tanto, se refieren a conductas que no son sancionables desde el punto de vista penal. Podríamos decir que la *semejanza* no puede ser tenida en cuenta en materia penal, sino que por la importancia de los bienes jurídicos que están en juego se requiere prácticamente la identidad entre la conducta a sancionar y la descripción típica contenida en la ley.

El argumento de la mayoría de razón, también llamado argumento *a fortiori*, es muy parecido al argumento analógico y, de hecho, podríamos decir que es una subespecie de éste. Guastini describe el argumento de la mayoría de razón con las siguientes palabras:

El argumento *a fortiori* se presenta, *grosso modo*, en esta forma: la disposición D (“si F1, entonces G”) conecta la consecuencia jurídica G al supuesto de hecho F1; pero el supuesto de hecho F2 merece, *con mayor razón*, la misma consecuencia jurídica; así pues, la disposición D debe ser entendida en el sentido de que la consecuencia G debe aplicarse también al supuesto de hecho F2.<sup>28</sup>

Lo importante para nuestro tema es destacar que, de nuevo, en el uso del argumento de mayoría de razón, el intérprete no utiliza una norma que haya sido *expresamente* puesta por el legislador, sino que la deduce de la existencia de “mayores razones”. Esa deducción creativa es lo que prohíbe el artículo 14 constitucional. Lo que el juez penal debe hacer es aplicar solamente las normas que el legislador haya expresamente considerado como descriptivas de conductas típicas y aquellas otras que contengan las sanciones correspondientes para quien realice esa conducta.

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 382. Ferrajoli apunta que: “La analogía está en efecto excluida si es *in malam partem*, mientras que se la admite *in bonam partem*, al estar dirigida su prohibición, con arreglo al criterio general del *favor rei*, a impedir no la restricción, sino sólo la extensión por obra de la discrecionalidad judicial de la esfera legal de la punibilidad”. En el mismo sentido, Prieto, Luis, *Curso básico de garantismo*, cit., p. 88.

<sup>27</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 93.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 38.

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

### V. PROPORCIONALIDAD Y LEGISLACIÓN PENAL

Las nociones que acabamos de estudiar (reserva de ley, taxatividad y prohibición de analogía) son más o menos conocidas y se han empleado de alguna manera por la jurisprudencia de nuestros tribunales, sobre todo en los años más recientes. Hay, sin embargo, un concepto al que se le ha puesto menos atención por parte de los jueces mexicanos, pero que puede ser muy interesante para hacer más exigente y rigurosa la intervención de la ley penal en el ámbito de las libertades personales.

Me refiero al principio de proporcionalidad como límite de actuación del legislador ordinario en materia penal. La pregunta a resolver sería la siguiente: ¿se puede aplicar dicho principio al control de constitucionalidad de las leyes penales? y, en caso afirmativo, ¿bajo qué requisitos y con qué consecuencias? Vamos a realizar algunas breves observaciones sobre esta cuestión, en la que sin duda hará falta profundizar en el futuro.

Recordemos de forma sumaria que el principio de proporcionalidad exige que cualquier determinación de una autoridad que restrinja los derechos fundamentales es aceptable en caso de que no vulnere el contenido esencial del derecho de que se trate, y siempre que sea proporcional. Para que se verifique la proporcionalidad es necesario que se observen los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; es decir, existirá proporcionalidad cuando: a) la regulación o limitación de un derecho fundamental sea adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; b) la medida adoptada sea la más benigna posible respecto del derecho en cuestión, de entre todas las que revistan la misma idoneidad para alcanzar el fin propuesto, y c) las ventajas que se obtengan con la restricción deben compensar los posibles sacrificios del derecho para su titular y para la sociedad en general.<sup>29</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado sus propios estándares respecto al principio de proporcionalidad. En algunos casos llevando a cabo el análisis con base en el test de los tres pasos y, en otros, considerando la existencia de un cuarto paso (véase al respecto las tesis 2013156, 2013143, 2013152, 2013154 y 2013156).<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003, pp. 35 y 36.

<sup>30</sup> También en la jurisprudencia alemana han aplicado test de proporcionalidad de cuatro pasos. Véase al respecto el comentario de Schlink, Bernhard, "El principio de proporcionalidad", en varios autores, *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría*,

## MIGUEL CARBONELL

---

¿Cómo se aplica lo anterior a las leyes en materia penal? La reflexión sobre este tema debe partir del hecho de que cualquier ley penal supone una intervención en los derechos fundamentales, concretamente sobre el derecho de libertad, según el cual, toda persona puede hacer lo que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico. La proporcionalidad supone un límite a la “cantidad” de prohibiciones que el legislador puede establecer, así como a la cantidad de “penalización” que se puede determinar para una conducta penalmente regulada; es decir, la proporcionalidad en materia penal vendría dada por el monto de la sanción que el legislador decide imponer para la realización de X o Y conducta.

Ferrajoli explica el principio de proporcionalidad con las siguientes palabras:<sup>31</sup>

El hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser *adecuada* al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez *en relación* con la naturaleza y la gravedad del otro. El *principio de proporcionalidad* expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico.

El mismo Ferrajoli admite que la literatura existente sobre el principio de proporcionalidad de las penas “es casi inexistente”.<sup>32</sup>

La proporción que debe existir entre los delitos y las penas había sido advertida ya por Beccaria, quien señalaba de forma tajante que debe “haber una proporción entre los delitos y las penas”. Esta necesidad surge, para el autor, de la siguiente consideración:

Si el placer y el dolor son los motores de los entes sensibles, si entre los motivos que impelen a los hombres aun a las más sublimes operaciones, fueron destinados por el invisible legislador el premio y la pena, de la no exacta distribución de éstas nacerá aquella contradicción (tanto menos observada, cuanto más común) que las penas castiguen los delitos de que hayan sido causa. Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja.<sup>33</sup>

---

*aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 117 y ss.

<sup>31</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 397 y 398.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 399.

<sup>33</sup> *De los Delitos y de las Penas*, cit., pp. 39, 41 y 42.

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

A partir de la proporcionalidad se puede enjuiciar tanto el límite mínimo como el límite máximo de la pena establecida para cierto delito; es decir, la proporcionalidad puede ser vulnerada tanto porque la pena máxima es muy alta como por el hecho de que lo sea la pena mínima. Para Ferrajoli la pena mínima debería de quedar prácticamente abierta en la ley a lo que dispusiera el juez,

a mi juicio —escribe Ferrajoli—, al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo.<sup>34</sup>

Sin embargo, en términos generales, nuestro autor sostiene que la pena mínima debe ser más desventajosa que la ventaja que se obtiene de cometer un delito, pues de otra manera la pena sería vista como una especie de *tasa* que se tendría que cubrir por el responsable de la conducta delictiva, lo que le quitaría cualquier pretensión disuasoria.<sup>35</sup>

Por lo que hace al límite máximo de la pena, Ferrajoli considera que no debe superar a la violencia informal que, en su ausencia, sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas, aunque reconoce que este criterio no se presta para una comparación precisa entre la cantidad de pena que se asigna a un delito y la cantidad de pena que se asigna a otro.<sup>36</sup> La consideración de conjunto que el autor hace sobre el límite máximo que puede tener una pena para no romper el principio de proporcionalidad se contiene en el siguiente párrafo:<sup>37</sup>

Aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que

<sup>34</sup> *Derecho y razón*, cit., p. 400.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 399 y 400.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 401.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 402.

## MIGUEL CARBONELL

---

la prevista para el segundo. En todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal.

Por desgracia, el criterio de Ferrajoli nos orienta como punto de partida, pero no aporta muchos elementos que nos permitan clarificar la forma en que, desde el punto de vista externo, podamos valorar la gravedad de un delito, al menos en el párrafo que se acaba de transcribir. El mismo autor considera, sin embargo, que la gravedad de un delito —y por tanto la proporcionalidad de la pena— se puede determinar a partir del daño que se genera con la comisión de la conducta delictiva y del grado de culpa que tiene el sujeto, aunque admite que “el problema es precisamente el del peso que haya de asignarse a cada uno de los dos criterios respecto del otro”.<sup>38</sup>

Un ejemplo de aplicación del principio de proporcionalidad en la legislación penal lo encontramos en la sentencia 136/1999 del Tribunal Constitucional Español (*caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna*). En ese caso, el Tribunal considera que la sanción penal que se podía imponer a los acusados

podrá estimarse constitucionalmente legítima si en la formulación del tipo y en su aplicación se han respetado las exigencias propias del principio de legalidad penal... y si además no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada (Fundamento Jurídico 20).

Es decir, el Tribunal va más allá del simple principio de reserva de ley e introduce la consideración de la proporcionalidad de la pena, poniéndola en relación con el efecto disuasorio que pudiera tener respecto del ejercicio de los derechos fundamentales. En concreto, el Tribunal expresa preocupación por el posible efecto que la criminalización excesiva de ciertas conductas (como la apología del terrorismo) pudiera tener sobre libertades tan importantes como la de expresión, la de participación política o la de información.

El Tribunal reconoce que el ejercicio ilícito de esas libertades puede dar lugar a una sanción, pero reitera que una reacción penal excesiva frente a ese ejercicio puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente estableci-

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 399.

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

dos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada.<sup>39</sup>

¿Cómo saber si estamos frente a una determinación legislativa que resulta no proporcional? El Tribunal afirma que

para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis 'si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes'... En segundo lugar, deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena (Fundamento Jurídico 23).

Desde la importante reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, el primer párrafo del artículo 22 de nuestra carta magna señala que "Toda pena debe ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado".

Esta previsión expresa nos ofrece una excelente plataforma para aplicar en la práctica lo que hemos señalado respecto a la proporcionalidad en materia penal. De hecho, con cautela y poco a poco, ya la jurisprudencia de nuestros tribunales federales ha comenzado a darle forma al mandato constitucional. Así lo ha hecho en las siguientes tesis:

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

<sup>39</sup> Sobre este punto, Luis Prieto advierte lo siguiente: "Una condición de legitimidad de toda pena es que resulte proporcionada, pero en ese juicio de proporcionalidad ha de reconocerse un peso importante al argumento en favor de los derechos, admitiendo que, si bien inevitablemente toda medida punitiva tiene efectos disuasorios sobre el uso de la libertad, se convierte en inaceptable cuando dicha disuasión resulta excesiva. En pocas palabras, ya sea argumentando a partir de las penas, ya haciéndolo a partir de las conductas tipificadas, a mi juicio la proporcionalidad representa una exigencia constitucional que pesa sobre el conjunto del derecho punitivo", "La limitación constitucional del legislador penal" en su libro *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 296.

## MIGUEL CARBONELL

---

de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido; de manera que las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes. Así, el legislador debe atender a tal principio de proporcionalidad al establecer en la ley tanto las penas como el sistema para su imposición, y si bien es cierto que decide el contenido de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas conforme al principio de autonomía legislativa, también lo es que cuando ejerce dicha facultad no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe observar los postulados contenidos en la Constitución General de la República; de ahí que su actuación esté sujeta al escrutinio del órgano de control constitucional —la legislación penal no está constitucionalmente exenta—, pues la decisión que se emita al respecto habrá de depender del respeto irrestricto al indicado principio constitucional.

La Corte nos advierte, con toda razón, que la proporcionalidad en materia penal (al poner bajo análisis la correlación lógica entre delito, pena y bien jurídico tutelado como lo ordena el artículo 22 constitucional), es distinta al test de proporcionalidad general en materia de derechos humanos. Se trata de dos aspectos diferentes, cuya metodología exige una clara diferenciación (véase al respecto las tesis 2007342 y 2007343).

Respecto a la metodología para aplicar el análisis de proporcionalidad en materia penal, la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha hecho la siguiente precisión:

PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SU ESTUDIO DEBE LLEVARSE A CABO ATENDIENDO A LOS NIVELES ORDINALES Y NO A LOS CARDINALES O ABSOLUTOS DE SANCIÓN. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación advierte la complejidad de establecer un sistema de proporcionalidad de las penas que obedezca a una lógica estricta de proporcionalidad en términos de niveles cardinales o absolutos de sanción, propia de la corriente retribucionista, es decir, un sistema en el que se distribuye la pena de acuerdo con principios de justicia derivados de las intuiciones compartidas por la comunidad. Así, de acuerdo con este modelo, la sociedad y el legislador deben asegurarse de que el delincuente reciba la pena que lo sitúe en el puesto cardinal que le corresponde en atención a su culpabilidad exacta, de conformidad con las definiciones soberanas. Sin embargo, esta concepción es criticable porque puede derivar en resultados que, si bien reflejan las intuiciones de justicia de la comunidad, pueden ser injustos medidos con el baremo de una verdad trascendente en términos de justicia, debido al elevado nivel de subjetividad que implica. Por el contrario, resulta más adecuado hacer un juicio de proporcionalidad de las penas en términos de una lógica de niveles ordinales, es decir, realizar el análisis a

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

partir de un orden general establecido en el sistema de acuerdo a la escala prevista por el legislador en grandes renglones, para que, de forma aproximada, pueda determinarse qué pena es la adecuada. De este modo, es más fácil identificar si el principio de proporcionalidad se ha violado cuando un delito de determinada entidad, ubicado en sentido ordinal dentro de un subsistema de penas, se sale de ese orden y se le asigna una pena superior; además, este modelo ofrece ventajas, como que las personas condenadas por delitos similares deben recibir sanciones de gravedad comparable y por delitos de distinta gravedad penas cuya onerosidad esté correspondientemente graduada.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hay algunos pronunciamientos sobre el principio de proporcionalidad de las penas, pero varios de ellos son para enfatizar que la proporcionalidad puede violarse también por “defecto”, es decir, cuando existen lesiones a bienes jurídicos relevantes pero son objeto de sanciones verdaderamente menores o escasas, produciendo de esa manera impunidad<sup>40</sup> (véase al respecto, por ejemplo, lo sostenido por la Corte Interamericana en las sentencias *Caso Masacre de La Rochela versus Colombia*, párrafo 196 en general, y específicamente sobre desproporcionalidad por defecto, *Manuel Cepeda Vargas versus Colombia*, párrafos 150 y 153, y *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) versus Colombia*, párrafo 459).

---

<sup>40</sup> El concepto de desproporción por defecto o “prohibición por defecto” tiene su origen en la jurisprudencia alemana sobre el principio de proporcionalidad y sirve para la “determinación del grado mínimo de cumplimiento de ciertos deberes estatales de *protección a la persona*”, Montealegre, Eduardo *et al.*, “Presentación. La actualidad del principio de proporcionalidad y de la ponderación en Alemania”, en varios autores, *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*, cit., p. 15. Un análisis doctrinal de la “desproporcionalidad por defecto” y la correspondiente “prohibición de protección insuficiente” puede verse en Clérico, Laura, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en varios autores, *Desafíos a la proporcionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 385 y ss.