

¿Proporcionalidad o equilibrio de penalidades? Comentario al criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a los niveles ordinales y cardinales para analizar su constitucionalidad*

Gerardo Gómez Álvarez**

SUMARIO: I. *Objeto del comentario.* II. *Argumentación de la decisión judicial.* III. *Perspectivas comparadas.* IV. *Conclusiones.* V. *Referencias.*

I. Objeto del comentario

Como objeto material, se tiene la tesis aislada originada del amparo directo en revisión 85/2014, resuelta el 4 de junio de 2014 por unanimidad de cuatro votos (ante la ausencia de un ministro), en la que se determinó que la verificación constitucional de proporción en sanciones previstas por el legislador ordinario debe realizarse conforme al esquema argumentativo de los parámetros ordinales de la pena. El objeto teleológico consiste en realizar una aportación a la construcción de argumentos que puedan utilizarse en la decisión judicial sobre la proporcionalidad punitiva, mediante la confronta de diversas posturas tanto doctrinales como jurisprudenciales de otros países y las conclusiones propios de quien suscribe.

* Localización: Décima Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, Libro 10, Septiembre de 2014, p. 589, tesis aislada, Constitucional, Número de tesis: 1a. CCCX/2014. Registro IUS: 2007341.

** Maestrante en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Nayarit, del Padrón Nacional de Posgrados de Calidad del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

II. Argumentos de la decisión judicial

En principio, la defensa de la persona sentenciada a 28 años y cuatro meses de prisión por haberse cometido el delito de secuestro exprés agravado, consideró que la sanción penal prevista en el Código Penal del Distrito Federal era desproporcionada, porque al ser tan elevada en su número de años de prisión, violentaba excesivamente su derecho fundamental de libertad y que además, ésta pena era inidónea porque tampoco disuadía en la sociedad dicha conducta criminal.

Además, en sentido estricto tampoco guarda proporción, porque ese anti-jurídico consiste en privar de la libertad por el tiempo necesario para cometer el diverso de extorsión; mientras que otras modalidades más graves, como los fines sexuales y la retención de menores, contemplan una penalidad menor.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación comenzó el análisis de la coyuntura expuesta, con una precisión metodológica en la que estableció que el *test* de proporcionalidad en derechos fundamentales desarrollado por el doctrinista Robert Alexy era incompatible para examinar la proporcionalidad de penas que impone el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹

En esa tesitura, se explicó que el *test* de proporcionalidad debe utilizarse tratándose de la colisión de dos derechos o bien, de dos principios, mediante el escrutinio de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad (ambos que corresponden a posibilidades fácticas) y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (respecto de posibilidades normativas).

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

De tal manera, que a criterio de la Primera Sala, es mejor utilizar cualquier otra metodología para aplicar el mandato del artículo 22 constitucional a casos particulares.

Parte de estas razones ya habían sido utilizadas en el Amparo Directo en Revisión 181/2011, aprobado por unanimidad de cinco votos, en la sesión del

¹ En el precedente, se cita la obra: Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002.

6 de abril de 2011, donde también se estableció en criterio que constituye jurisprudencia vigente, que la alusión de proporcionalidad originada del artículo 22 constitucional, en forma exclusiva recoge lo que en la doctrina penal se denomina la concepción estricta del principio de proporcionalidad en materia penal.

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

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

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

Esa lógica se apoyó en la doctrina del “juicio de proporcionalidad de penas en términos de niveles ordinales” de Paul H. Robinson, que examina si dentro del subsistema de penas de delitos similares la analizada tiene o no una pena superior, mientras que las penalidades de los delitos de distinta naturaleza deben estar correspondientemente graduadas. El mismo autor precisa que esta forma se distingue de los niveles cardinales, en el que el delincuente debe recibir la pena de conformidad a su culpabilidad exacta y las definiciones soberanas.²

² Véase Robinson, Paul, *Disbributing Principles of Criminal Liability. Who Should be Punished, How Much*, Oxford University Press, 2008. Hay una versión castellana de traducida por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Manolo Cancio.

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

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

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

III. Perspectivas comparadas

1. Doctrina

Como fue referido, el precedente judicial objeto del presente análisis incluye dos premisas doctrinales: 1) Que el *test* de proporcionalidad de los derechos fundamentales de Robert Alexy es inaplicable; y 2) Que el mandato del artículo 22 constitucional se ciñe a una proporción estricta de pena y, por ende, que el mecanismo para su análisis conforme a los niveles ordinales que desarrolló Paul H. Robinson es el correcto.

Respecto a la primera referencia, se indicó que dicho esquema argumentativo es incompatible para verificar la proporcionalidad de las penas, toda vez que este debe generarse a partir de la armonización de dos principios o de dos reglas, de forma tal que si se está en presencia de un ejercicio ponderativo entre una regla (el tipo penal de que se trate) y un principio constitucional (proporcionalidad de penas), el *test* de proporcionalidad de Robert Alexy sería inaplicable.

Pero también cabe señalar que existen múltiples posiciones teóricas, como por ejemplo la desarrollada por De la Mata Barranco, quien afirma que el concepto y contenido del principio de proporcionalidad no puede ser diferente en cada disciplina del ordenamiento jurídico, pero su alcance y ámbito de aplicación sí difiere en cada materia, en atención al resto de principios y presupuestos propios que definen su finalidad. Por tanto, en el derecho penal por medio de este principio deben rechazarse tanto el establecimiento de conminaciones penales como de imposición de sanciones, que prescindan de una relación valorativa en forma global y desde la finalidad que pretenda conseguirse con su previsión.³

Entonces, si bien es cierto que puede confirmarse que el test de proporcionalidad de los derechos fundamentales de Robert Alexy —tal cual—, no es aplicable tratándose de penalidades, también lo es que esta circunstancia no debe tener como consecuencia, desconocer el desarrollo teórico que ha tenido el particular principio de proporcionalidad en materia penal.

Por ejemplo, el doctrinista Santiago Mir Puig lo conceptualiza como el fundamento constitucional a los límites materiales del derecho penal, que condiciona la legitimidad del Estado para sancionar a las personas conforme a la gravedad de la conducta antijurídica. Mismo que incluye y se complementa de las bases esenciales en la materia: la necesidad de la pena, la subsidiariedad, el principio de última ratio, la fragmentariedad, la intervención mínima, la lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos-penales.⁴

Más específico, dentro del marco de la construcción de tipos penales, Manuel Moreno Melo define a este principio como el mandato constitucional dirigido a los entes estatales —en este caso, el legislativo— para que produzca leyes en materia penal que establezcan una punibilidad que sea necesaria e idónea para lograr una prevención general del delito y que sea gradual en atención al bien jurídico tutelado.⁵

³ De la Mata Barranco, Norberto J., *El principio de proporcionalidad penal*, España, Tirant lo Blanch, 2007, p. 58.

⁴ Mir Puig, Santiago, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, México, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 73 y 74.

⁵ Moreno Melo, Manuel, *Principios constitucionales de derecho penal*, México, Ubijus, 2015, p. 84.

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

Teresa Aguado Correa, los precisa de la siguiente manera. *La necesidad*, se encuentra vinculada con el concepto de “intervención mínima” de la potestad punitiva del Estado, o sea, que se encuentre legitimada la reacción de gobierno más grave en contra de las personas a través de la tipificación de conductas, este elemento debe justificarse con la finalidad de proteger bienes jurídicos relevantes y no meros valores éticos o morales cuya afectación social o particular sea mínima. La idoneidad se refiere a que la penalidad sea cualitativamente apta para conseguir la finalidad que la sanción penal se propone.⁶ Y la proporcionalidad en sentido estricto tiene que ver con el ejercicio de confronta con los tipos penales ya creados, para evidenciar cómo el legislador impone sanciones más o menos severas a tipos con idénticos bienes jurídicos o algunos de ellos que evidentemente son de mayor o menor importancia.⁷

2. Jurisprudencia en Alemania, España y Colombia

El Tribunal Constitucional de Alemania, al resolver mediante sentencia bVerfGE90,145 tuvo que determinar si las disposiciones legales que penalizaban el comercio ilegal de productos de cannabis, transgredían a la Constitución de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, sí se utilizó el esquema clásico de argumentación de proporcionalidad pero conforme las características propias en materia penal.⁸

Se estudió: 1) si la ley era adecuada conforme a la posibilidad de lograr el resultado deseado (evitar el aumento de índices de drogadicción), 2) su grado de necesidad, al valorar, si era posible utilizar otro medio —la prisión— igualmente efectivo pero con menor restricción de derechos (la libertad) y final-

⁶ Vinculación directa con el principio de lesividad penal.

⁷ Aguado Correa, Teresa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, España, Edersa, 1999, pp. 154, 162, 163, 270 y 280.

⁸ Rudolf, Huber (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 104-114.

mente la proporción estricta (el número de años). Todo ello dentro del marco del bien jurídico que tutelan las disposiciones penales tildadas de inconstitucionales, la ponderación entre la gravedad de la intervención y la justificación real de los motivos del legislador, así como la verificación del cumplimiento al exceso de una reglamentación excesiva o proporcionalidad en sentido estricto.

Este precedente se llevó a cabo hace más de una década en 1994, y como ya se hizo referencia, de manera implícita sí se analizaban los elementos del principio de proporcionalidad sobre la base y perspectiva particular del derecho penal. Esta forma de verificar la compatibilidad constitucional de la penas permitió que el órgano jurisdiccional se involucrara a tal grado en las cuestiones sustantivas o de fondo del asunto, que para resolver tuvieron que establecer si podía utilizarse como premisa, que los alemanes tenían o no un “derecho a drogarse”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de España en la sentencia 136/1999 tuvo que resolver si era constitucional o no sancionar penalmente la publicación de información y videos de grupos terroristas.

Dicho órgano expresó que el principio de proporcionalidad en materia penal surge de la prerrogativa constitucional de estricta legalidad penal,⁹ de manera que aquel se complementa de los diversos de taxatividad y previsibilidad. En ese sentido, la ley penal debe garantizar que el sacrificio de los derechos de las personas sea el mínimo imprescindible. De esa manera, el ente de control constitucional sostuvo que primero debe evitarse un menoscabo innecesario o excesivo de derechos como consecuencia de la aplicación de un tipo penal. Y en un segundo momento, que en el supuesto del merecimiento de la represión del estado, ésta sea cuantitativamente efectiva.

En la resolución de mérito y en congruencia con anteriores¹⁰ se reafirmó que para lograr el correcto escrutinio constitucional es necesario tomar en consideración: 1) el objetivo de la pena, ya sea prevención general o de prevención especial; 2) Que la pena también se encuentre vinculada a la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, así como las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena. También se dijo que la pena además de la ser necesaria e idónea

⁹ A diferencia de México, en España no se tiene en forma explícita previsto el principio de proporcionalidad de las penas.

¹⁰ STC 55/1996 y STC 161/1997.

debía ser estrictamente proporcionada y estos conceptos no se emplearon de manera teórica, sino que fueron confrontados con todos los componentes del contexto real del asunto.

En 2001 la Corte Constitucional de la República de Colombia, tuvo que determinar la constitucionalidad de las disposiciones legales penales que establecieron como atenuante punitiva de la pena del delito de aborto, cuando el feto se hubiere concebido sin el consentimiento de la mujer.¹¹

Para ello, también se realizó un ejercicio de proporcionalidad en materia penal, verificándose si existía una finalidad legítima en la norma, si la sanción era necesaria, útil y ponderada o estrictamente proporcionada y si el beneficio obtenido era superior al sacrificio que impone la restricción.

IV. Conclusiones

Desde la perspectiva de quien elabora el presente comentario jurisprudencial, es posible puntualizar lo siguiente. En efecto, el *test* de proporcionalidad de derechos fundamentales que impulsó Robert Alexy no es viable con la finalidad de establecer si una pena es proporcional; sin embargo, la estructura (necesidad, idoneidad y estricta proporcionalidad) sí es aceptada para tal efecto, no sólo en la teoría sino también en diversa jurisprudencia internacional.

Tanto en el criterio de tesis objeto del presente comentario como el precedente jurisprudencial sobre el que se basó, la Suprema Corte sostuvo que el mandato constitucional del artículo 22 se equipara en términos doctrinales a la estricta proporción de penas. Esta interpretación del principio de proporcionalidad previsto en el artículo mencionado es restrictiva y pudiera contravenir su teleología, puesto que de conformidad a la iniciativa y dictamen elaborados en escenario legislativo, queda claro que el objetivo de este principio va mucho más allá de la proporción estricta, ya que la intención de incorporar dicho principio a la constitución, —entre otras más— fue instituir una orden precisa a todos los creadores de tipos penales, para que tuvieran en consideración al establecer sanciones; la magnitud del bien jurídico a proteger, la visión global de todo el sistema de penalidades para preferir la más benigna y evitar la prisión por antonomasia.

¹¹ Sentencia C-647/01.

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

Dicho esquema argumentativo se constriñe a comparar la penalidad (años de prisión) de tipos penales similares (ej., delitos contra la libertad). Este mecanismo, además relegar la valoración de la intervención mínima y la lesividad de la norma penal se vuelve disfuncional en diversas situaciones. Por ejemplo, sería imposible verificar la proporcionalidad penal de un delito “novedoso”, como aquellos contra la ecología, delitos informáticos o alguna nueva categoría, pues al no tenerse un símil de comparación la herramienta se vuelve inútil.

Por otra parte, al ser un ejercicio meramente comparativo de penas en delitos similares, la Suprema Corte se obligaría con este método a declarar constitucionalmente proporcional una penalidad de 40 a 50 años de prisión por el delito de abuso de confianza, en el supuesto hipotético que el legislador ordinario de la entidad federativa hubiere elevado sin mesura la pena de todos los delitos patrimoniales (piénsese 35 a 55 años de prisión).

Estas características hacen que el sistema utilizado se vuelva más una herramienta de equilibrio del número de años de prisión previstas para delitos cuyo bien jurídico es similar o idéntico. Empero, como lo afirma Juan María Terradillos,¹² la proporcionalidad y coherencia la punitiva no se trata de establecer una adecuación en términos de equivalencia entre el supuesto y la sanción, sino que se cause el mal mínimo posible.

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

¹² Terradillos Basoco, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad como principios limitadores del poder punitivo*, México, Ubijus, 2011, p. 50.

Sin duda, prescindir de una interpretación restrictiva de este principio y utilizar un esquema argumentativo más integral pudiera resultar mejor en términos de congruencia en la toma de las decisiones judiciales en la materia e ineludiblemente se volvería más benéfico para la certidumbre de los derechos humanos de la sociedad mexicana.

V. Referencias

Bibliográficas

- Aguado Correa, Teresa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, España, Edersa, 1999.
- Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- De la Mata Barranco, Norberto J., *El principio de proporcionalidad penal*, España, Tirant lo Blanch, 2007.
- Robinson, Paul H., *Disbributing Principles of Criminal Liability. Who Should be Punished, How Much*, Oxford University Press, 2008. Hay una versión castellana de traducida por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Manolo Cancio.
- Mir Puig, Santiago, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, México, Tirant lo Blanch, 2012.
- Moreno Melo, Manuel, *Principios constitucionales de derecho penal*, México, Ubijus, 2015.
- Rudolf, Huber (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- Terradillos Basoco, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad como principio limitadores del poder punitivo*, México, Ubijus, 2011.

Jurisprudenciales

Localización: Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, Libro 10, Septiembre de 2014, p. 589, tesis aislada, Constitucional, Número de tesis: 1a. CCCX/2014. Registro IUS: 2007341.