



# El test de proporcionalidad en la Suprema Corte

Aplicaciones y desarrollos recientes



Diana Beatriz González Carvallo  
Rubén Sánchez Gil  
*Coordinadores*



Suprema Corte  
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios  
Constitucionales  
SCJN

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/)

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

Primera edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

Segunda edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tirant lo Blanch, 2023.

© Diana Beatriz González Carvallo  
Rubén Sánchez Gil

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Avenida José María Pino Suárez núm. 2  
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc  
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH  
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO  
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502  
Hipódromo, Cuauhtémoc, 06100, Ciudad de México  
Telf: +52 1 55 65502317  
[infomex@tirant.com](mailto:infomex@tirant.com)  
[www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/)  
[www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISBN: 978-84-1056-172-4

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

**Control constitucional, proporcionalidad  
y ley penal. A propósito del control  
constitucional realizado por la Suprema  
Corte de Justicia de la Nación sobre  
el Decreto 153 en Michoacán\***

---

Diana Patricia Arias-Holguín\*\*

\* Este texto se derivó del proyecto de investigación "El principio de proporcionalidad en el control de la constitucionalidad de las normas que regulan la imposición e individualización de la pena en el ordenamiento colombiano", financiado por el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia en la convocatoria de proyectos de menor cuantía para 2009, y cuya investigadora principal es Diana Patricia Arias-Holguín. El proyecto contó con la asesoría de la doctora Gloria Patricia Lopera Mesa.

\*\* Profesora e integrante del grupo de investigación Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

**Sumario:** A. Introducción; B. Argumentos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acerca de la constitucionalidad del Decreto 153 de 2016 que reforma el artículo 94 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo; C. Reflexiones en torno al debate constitucional del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acerca de la acción de inconstitucionalidad del 103/2016; I. El control constitucional de la ley penal; II. Idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la reforma incorporada por el Decreto: especial referencia al voto concurrente del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea; D. Consideraciones finales.

## **A. Introducción**

Las siguientes reflexiones tienen por objeto el acuerdo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), cuya instructora fue la ministra Norma Lucía Piña Hernández y el secretario Adrián González Utusástegui; en el acuerdo se resolvió la acción de inconstitucionalidad 103/2016, promovida por la Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Michoacán de Ocampo, contra el Decreto 153 del 24 de octubre de 2016, por el cual se reformó el artículo 94 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo, en el sentido de aumentar el máximo la pena de prisión de 40 a 50 años para los delitos graves del fuero común y en los eventos de concurso.

El análisis del acuerdo del Pleno se efectuará conforme a la metodología empleada en el proyecto de investigación "El principio de proporcionalidad en el control de la constitucionalidad de las normas que regulan la imposición e individualización de la pena en el ordenamiento colombiano". En esta investigación se partió de la tesis doctoral *Principio de*

*proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales* (Lopera, 2006), que indaga los presupuestos, posibilidades y consecuencias que tiene el uso del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de la ley penal.

Los cargos que se presentaron como suficientes para solicitar la declaratoria de invalidez del decreto 153 del 24 de octubre de 2016 se proyectan tanto sobre asuntos procedimentales como sustanciales. En esta oportunidad el tema central será valorar los argumentos relativos a que un aumento del máximo de pena de 40 a 50 años para los delitos graves del fuero común y para los eventos de concursos transgrede los principios de progresividad, proporcionalidad y razonabilidad.

Los argumentos del demandante respecto a los temas indicados son: 1) tal aumento de pena al disminuir derechos de los imputados o sentenciados es regresiva; 2) la pena de 50 años para estos eventos es "inusitada y trascendental, cruel, denigrante o infamante, por tanto, adversa a los fines de la Carta Magna Federal en lograr la reinserción social"; 3) la reforma del Decreto 153 del 24 de octubre de 2016 transgrediría "el nuevo sistema de justicia penal porque atento a la teleología de este sistema oral, acusatorio y adversarial la pena de prisión sólo debe imponerse en casos excepcionales", y 4) se plantea que una vez que se ha establecido un límite máximo, las penas no deben ser aumentadas de una forma indiscriminada (acuerdo del Pleno).

Algunos de los argumentos del Poder Ejecutivo de Michoacán para oponerse a la declaratoria de invalidez del Decreto 153 relacionados con el tema central de este escrito son: 1) la reforma no es arbitraria, porque responde a un reclamo de la sociedad para "prevenir la comisión de delitos, desanimando así a los posibles delincuentes". Añade que la adecuación de las normas respecto de los niveles delincuenciales y el crecimiento de los delitos no es una regresión ni un atentado a la progresividad de los derechos humanos; 2) se plantea que la posibilidad de realizar un juicio de proporcionalidad de la pena en el momento de su individualización

judicial permite afirmar que la reforma no hace nulo un derecho humano; 3) refiere que el aumento de la criminalidad en materia de delitos graves justifica el aumento de la pena (acuerdo del Pleno). Finalmente, expone que

con la reforma no se transgrede el principio de reinserción social y que tampoco existe oposición al nuevo sistema de justicia penal, puesto que las normas penales persiguen un fin único el cual es la protección de los bienes jurídicos frente a lesiones o puestas en peligro, a través de la amenaza penal. Agrega que la penalidad de los delitos no afecta de manera directa a las personas con el sólo hecho de establecerlas en la norma, sino que es necesario que concurran ciertos supuestos para que se actualice la imposición de la sanción (acuerdo del Pleno, p. 9).

En el mismo sentido de lo expuesto en los párrafos que preceden se pronuncia el Poder Legislativo de Michoacán acerca de los argumentos transcritos en el acuerdo del Pleno, además de que se afirma la correspondencia del aumento de pena con el fin de cumplir la reinserción social y el nuevo sistema acusatorio; se destaca lo siguiente: "en la especie, la progresividad se ubica en la justificación del incremento motivado por la gravedad de la inseguridad e intranquilidad que la ciudadanía vive en el Estado de Michoacán. Agrega que la reforma favorece a la sociedad, dado que aquella requiere tranquilidad" (acuerdo del Pleno, p. 6).

En las líneas que siguen, en primer lugar, se describirá el debate constitucional que se desarrolló acerca del examen de la norma demandada desde los principios de proporcionalidad y razonabilidad en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y cuya posición mayoritaria se pronuncia y confirma la validez de la reforma efectuada por medio del Decreto 153. En segundo lugar, se valorarán cada uno de los argumentos expuestos, en especial los relativos a la tensión entre los fines de reinserción social y los de prevención general que parecen estar en el vórtice del conflicto constitucional y, además, las cargas argumentativas que impone un control constitucional como el que sugiere el principio de

proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) para pronunciarse acerca del conflicto que surge entre los derechos humanos de los imputados o sentenciados y la protección de bienes jurídicos por medio del aumento de pena para los delitos graves de fuero común y el concurso.

### **B. Argumentos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acerca de la constitucionalidad del Decreto 153 de 2016 que reforma el artículo 94 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo**

La posición mayoritaria de la SCJN confirma la validez de la reforma al artículo 94 de la Constitución de Michoacán, basada en que el aumento de pena referido no es una medida regresiva ni desproporcionada. Se inicia la argumentación al respecto, se destacan algunos rasgos del principio de progresividad establecido en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El primero es su vinculación con el derecho a la dignidad humana en el sentido de que la progresividad impide una interpretación restrictiva de las normas que tutelan los derechos humanos, todos, no sólo los vinculados con los derechos sociales y económicos, y, además, favorece interpretaciones que amplíen el alcance de su protección. Lo segundo es que las normas internacionales que protegen los derechos humanos se conciben como estándares mínimos en la medida en que los principios fundamentales, concebidos como mandatos de optimización, exigen a los Estados su satisfacción en la mejor medida posible, según las posibilidades jurídicas y fácticas, lo cual impone la obligación a las autoridades estatales de progresar en su protección por los medios apropiados.<sup>1</sup> Asimismo, se expresa que no sólo existe la obligación de garantizar los derechos humanos, sino que se impone un deber de "no dar marcha atrás" en cuanto a los niveles de respeto alcanzados con respecto a los derechos humanos (acuerdo del Pleno).

---

<sup>1</sup> Acerca de la concepción de los derechos como mandatos de optimización, véanse Lopera (2006) y Bernal (2007).

Con fundamento en otras decisiones del Pleno de la SCJN,<sup>2</sup> se reafirma que el principio de progresividad no es de protección absoluta cuando se trata de la disminución en la protección de un derecho humano, es decir, cuando se proyecta sobre la prohibición de regresividad. De lo que se trataría es de analizar el conflicto entre derechos en el marco constitucional para lograr una protección equilibrada de ellos, lo cual podría implicar, si se dan las condiciones, que estará justificada la disminución en la protección de uno de ellos. Esto en línea con pronunciamientos tanto de la Corte Interamericana de Derechos humanos como de la Comisión Interamericana de Derechos humanos,<sup>3</sup> desde las cuales se estableció que los presupuestos para valorar una justificación plena de la disminución del derecho son: 1) si se incrementa el grado de tutela de un derecho humano y 2) si se logra un equilibrio razonable en la protección de los derechos en juego, sin que se afecte en exceso la eficacia de uno de ellos. Lo anterior impone un análisis del derecho individual en función de considerar las implicaciones colectivas de las medidas adoptadas (acuerdo del Pleno).

Para efectuar el análisis de si la decisión de aumentar la pena de 40 a 50 años para los delitos graves del fuero común y los eventos de concurso es una medida que encuentra plena justificación constitucional, la Suprema Corte reiteró la premisa de que en materia de política criminal el legislador tiene una amplia libertad de configuración. Ésta es un bastión fuerte de la decisión que, por su fundamentación y decisión, expresa en el control constitucional una amplia deferencia por el legislador.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Por todas las decisiones citadas, tribunal pleno al resolver la contradicción de tesis 366/2013.

<sup>3</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación se refiere a los casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 103. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de Admisibilidad y Fondo No. 38/09, *Caso 12.670, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras Vs. Perú*. párr.140.

<sup>4</sup> Respecto al margen de acción epistémico del legislador en materia de política criminal, véase Lopera (2008, pp. 196 y ss.).

En tal medida, frente al primer cargo del demandante relativo a que el aumento de pena a 50 años contraría el artículo 22 de la Constitución Política, por comportar una pena inusitada y cruel, se desarrolla la disertación para dotar de sentido la expresión de pena inusitada que invoca el hecho de que no se trate de una pena cruel por desproporcionada.

La alusión que la SCJN realiza a la proporcionalidad es la correspondiente a la proporcionalidad de la pena, la cual despliega sus efectos tanto en el ámbito de la criminalización primaria como al momento de la determinación e individualización judicial de la pena. En el primer nivel, se demanda al legislador que al establecer el catálogo de penas fije la calidad y la cantidad de éstas, en atención de los criterios objetivos, como la importancia del bien jurídico tutelado, la gravedad del injusto (su lesividad), etcétera, y apele a criterios subjetivos, como la realización del comportamiento a título de dolo o culpa. En este plano, la proporcionalidad de la pena se vincula a un juicio de igualdad, que demandaría penas iguales para injustos culpables iguales y penas diversas según las diferencias entre el grado de injusto y culpabilidad (Von Hirsch, 1998, pp.45-47; Lopera, 2006, pp. 172 y ss.; Lopera y Arias, 2010, pp. 101 y ss.).

En relación con el argumento propuesto por el demandante relativo a que el aumento de pena de 40 a 50 años para los delitos graves y los concursos desconocería al artículo 18 de la Constitución Política, que reconoce el fin de reinserción social como prioritario en el sistema penitenciario, la Suprema Corte le adjudica, acorde con las últimas reformas a la Constitución, que debe interpretarse como un derecho constitucional de los sentenciados, y adscribe la finalidad de resocialización a una percepción del infractor como sujeto de derechos, en concreto, titular de derechos humanos, que sufre el dolor penal en un contexto en el que cual se le debe proveer de condiciones para que se reinerte a la sociedad y pueda participar de forma plena en el sistema social, para que desarrolle las destrezas, por medio del trabajo y el estudio, para vivir en el futuro una vida sin delitos.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> En este aspecto, "la Primera Sala de este Alto Tribunal ha sostenido diversos criterios para justificar la pena no es posible aludir a una especie de "*función moralizadora*" por parte del Estado. Más bien, el

Después de exponer lo anterior, se afirma que la reforma introducida por el Decreto 153 no es regresiva, porque el incremento para los delitos calificados como graves o en los eventos de concurso no contraría los artículos 18 y 22 de la Constitución. Las razones principales son las siguientes:

1. Ni la Constitución o algún tratado de derechos humanos reconocido por el Estado mexicano impone un *quantum* máximo de pena de prisión.
2. La reforma fue adoptada por el legislador de Michoacán dentro de los amplios márgenes de su libertad configurativa de la política criminal, y atendió a las necesidades de prevención general de los delitos.

las necesidades sociales existentes en ese momento, como fue el alto incremento delictivo en el Estado de Michoacán respecto de delitos de mayor entidad relacionados con el bien jurídico que tutelan, dentro de los cuales se mencionó el feminicidio, con lo cual se justificó el incremento del plazo máximo de las penas privativas de libertad, que también podrá contemplarse como máxima para aquellos delitos calificados como graves por la ley y, también, en el caso de los concursos (acuerdo del Pleno, pp. 38-39).

3. El accionante no vinculó argumentos relativos a la desproporcionalidad de la pena en relación concreta con los delitos respecto a los cuales se analiza si el incremento punitivo es desproporcionado, porque no hay criterios para valorar esto en abstracto. Textualmente se aduce:

debido a que el artículo 94, párrafo segundo, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo,

---

Estado debe valorar los resultados de una serie de estrategias que faciliten la reintegración del individuo a la sociedad, apoyándose para ello en el respeto de los derechos humanos dentro del presidio, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte, como textualmente lo refiere el citado precepto constitucional" (acuerdo del Pleno, p. 34) (cursivas dentro del texto original). En torno a una interpretación del fin resocializador afín a un entendimiento del individuo infractor como un sujeto de derechos, véanse Silva (1992, pp. 263-264) y Demetrio (1999, p. 64).

analizado en este asunto no prevé un tipo penal, sino que establece el plazo máximo de las penas privativas de la libertad, el cual podrá establecerse como máximo para delitos calificados como graves por la ley y, también, en el caso de los concursos; no se está en aptitud jurídica de establecer si ese plazo máximo para las penas privativas de la libertad resulta excesivo o desproporcionado, incluso carente de razonabilidad; porque para ello resulta necesario examinar las leyes que prevén los tipos penales en los que se pudiera haber considerado como plazo máximo de la pena privativa de la libertad el contenido en la reforma de la Constitución Local; sin que hayan sido controvertidas por la accionante, lo que imposibilita su estudio (acuerdo del Pleno, p. 40).

Se reafirma que ese aumento de pena de la prisión es próximo a la finalidad de la pena porque en México y en otros países se considera que el dolor penal provocado por el encierro es adecuado para el restablecimiento del orden social y "en cuanto que sea hasta por cincuenta años para la comisión de ciertos delitos no la hace perder esa correspondencia, pues tal aspecto sólo se relaciona con su aplicación" (acuerdo del Pleno, p. 41). Tampoco puede concluirse que en abstracto una pena de 50 años no tienda a la resocialización. Para efectuar este análisis se tendría que considerar un tipo penal específico, cuestión que tampoco fue propuesta en la acción de inconstitucionalidad y, por tanto, no puede tomarse en cuenta en la decisión.<sup>6</sup>

Para valorar los aspectos que llevaron a la posición mayoritaria a confirmar la validez de la reforma del artículo 94 de la Constitución de Michoacán, resulta de suma importancia destacar dos puntos que están

---

<sup>6</sup> "Debido a que para estar en condiciones de efectuar una afirmación como la propuesta por el accionante, habría que realizar el estudio de proporcionalidad y razonabilidad en un tipo específico que dentro de los parámetros mínimo y máximo, en este último previera el plazo de cincuenta años de prisión, para que al examinar la proporción y razonabilidad suficientes entre la cuantía de la pena y la gravedad del delito, se considere entre otros aspectos, la viabilidad de lograr mediante su aplicación, la reinserción social del sentenciado. Lo que en el caso no puede examinarse porque no fue controvertido algún precepto que previera una pena en esos términos" (acuerdo del Pleno, p. 41).

presentes en la discusión sobre el control constitucional de la ley. El primero alude a los límites funcionales que deben salvaguardarse cuando se efectúa el control por parte de las cortes que tienen la función de velar por la supremacía de la Constitución como fuente del derecho, en especial cuando se trata de la ley penal; esto, vinculado con la decisión acerca de la intensidad con la cual se efectúa el control constitucional.<sup>7</sup> El segundo punto alude a la incorporación de una estructura argumentativa con la cual efectuar ese control, esto es, al asumir que los derechos fundamentales pueden ser limitados es imprescindible determinar si, de acuerdo con las circunstancias fácticas y las condiciones de posibilidad de la realización del derecho, su intervención es proporcionada en sentido amplio, es decir, es idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto.

Hasta ahora se puede afirmar que la posición mayoritaria asume que el margen de acción epistémico del legislador en materia de política criminal admite un control constitucional dirigido sólo a "extirpar exabruptos" cuando se crea una ley penal, con lo que se adopta una decisión intensamente deferente con el legislador, aun cuando la creación de una norma penal o el endurecimiento del castigo comporta una intervención intensa en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Esto implica el reconocimiento de que el legislador en materia penal puede adoptar decisiones con base en premisas empíricas inciertas, y la aceptación de que las cargas de argumentación y de la prueba recaen sobre quien demanda la constitucionalidad de la disposición.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Al respecto, Lopera (2008, p. 196): "el margen de acción que se confiere al legislador para decidir sobre la base de premisas inciertas se amplía o reduce en función de la intensidad con que tales decisiones afecten derechos fundamentales. Si en razón de aquellos márgenes de acción legislativos el control que puede practicar el Tribunal ha de limitarse únicamente a extirpar exabruptos o si, por el contrario, puede tener mayor intensidad. Y es que, precisamente, una de las razones que se esgrime a favor del empleo del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad es que se trata de una estructura de argumentación con la cual se trata de conciliar el respeto a la libertad de configuración del legislador con un control material de sus decisiones que procure la máxima efectividad de los derechos fundamentales. Con tal fin se introduce una graduación en la intensidad del control sobre las decisiones del legislador, en función de la intensidad con que éstas afectan los derechos fundamentales".

<sup>8</sup> Lopera (2008, p. 200): "Control leve o de evidencia: empleado frente a intervenciones leves en derechos fundamentales. En este caso la carga de la argumentación y de la prueba sobre la incons-

La intensidad del control constitucional que se efectuó en el acuerdo del Pleno respecto a la reforma que aumentó la pena para los delitos graves del fuero común y los concursos en Michoacán fue objeto de pronunciamiento en el voto particular y en los votos concurrentes presentados en el debate de la Suprema Corte. Los describiré para después proponer algunas reflexiones en torno al control constitucional de la ley penal, las relaciones entre el principio de proporcionalidad de la pena y la proyección de los fines de la pena en los subprincipios del juicio de prohibición de exceso (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

En la primera línea argumental, esto es, la posibilidad o no de realizar control constitucional a la ley penal, está el voto concurrente formulado por el ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá, quien, al menos, en este aspecto, estima que al ser los toques máximos de las penas medidas de política criminal y no derechos, son asuntos cubiertos por una amplia libertad de configuración legislativa porque son "instrumentos de matiz variable que deben responder a un determinado contexto de seguridad, a cuestiones culturales y desde luego, sociológicas" (acuerdo del Pleno).<sup>9</sup> Dicha salvedad se acompaña de una insistencia de que la reinserción social y la proporcionalidad son derechos que sólo pueden ser evaluados en relación con tipos penales concretos.

En una dirección opuesta, el ministro Luis María Aguilar Morales formula un voto particular en el que alerta acerca de las implicaciones de la decisión adoptada por la mayoría del Pleno, en el sentido de que a la larga llevaría a concluir que respecto a la definición legislativa de los toques

---

titucionalidad de la medida recae sobre el demandante (atendiendo a la presunción de constitucionalidad de las leyes). La certeza de las premisas en las que debe apoyar su argumentación ha de ser elevada o, en sentido contrario, la constitucionalidad de la norma enjuiciada debe apoyarse sobre premisas "no evidentemente falsas".

<sup>9</sup> A esta argumentación parece subyacer una concepción coherentista de los derechos fundamentales. Al respecto, Lopera (2006, pp. 143-158).

máximos de pena no hay posibilidad de efectuar un control constitucional.<sup>10</sup> Destaca que el decreto evaluado al establecer un tope máximo sin tener en consideración los tipos penales específicos inhibe la evaluación constitucional para verificar su compatibilidad con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

En el voto particular se estima que renunciar a una mínima evaluación entre la correspondencia del delito y de la pena para valorar su razonabilidad elimina la posibilidad de realizar control constitucional alguno, cuestión que se agrava cuando el aumento de pena es en función del concepto de delito grave, que deja serias dudas acerca de su taxatividad, lo cual, a su parecer, es una evidencia de la escasa razonabilidad de la reforma.

Para reforzar tal argumentación inicia una disertación de lo que puede considerarse como delito grave conforme al ordenamiento jurídico mexicano, y estima que esto puede significar delitos cuya pena exceda de cinco años de prisión (Código Nacional de Procedimientos Penales) o aquellos que están señalados de forma taxativa en el artículo 19 de la Constitución federal, como homicidio doloso, feminicidio, robo en casa habitación, enriquecimiento ilícito, entre otros. Hace énfasis entonces en que se podría llegar a la imposición de una pena de 50 años para delitos de una gravedad considerablemente diversa, por ejemplo, tanto para el robo en casa habitación como para el delito de feminicidio (acuerdo del Pleno).

<sup>10</sup> "De hecho, la Primera Sala de esta Suprema Corte (quien de manera más abundante ha desarrollado este tópico con motivo de la vocación que su especialización supone), ha llegado al punto de sostener que *'la legitimidad democrática del legislador penal le otorga un amplio margen de acción epistémico en materia de política criminal. Esto significa que en todos aquellos casos en los que exista incertidumbre sobre las premisas empíricas en las que se apoya la actuación del legislador, debe entenderse que existe a su favor la presunción de que éstas son verdaderas'*". En esa línea, y derivado del mismo asunto, se sostuvo que *"la modificación de la pena prevista para cierto delito presupone que el aumento en las penas es una medida eficaz para prevenir la incidencia de este delito, esto al no existir evidencia que muestre que esta premisa es manifiestamente falsa, debe considerarse que se trata de una medida causalmente idónea para la consecución de los fines perseguidos"* (acuerdo del Pleno, p. 3). (cursivas dentro del texto original).

Sumado a la argumentación de falta de taxatividad de la reforma cuando se realiza una alusión genérica a delito grave, y la inexistencia de una mínima motivación que permita evaluar la proporcionalidad y razonabilidad del aumento de la pena que se propone, cuestiona que se cumpla el requisito para determinar que una medida de disminución en la protección de un derecho humano no es regresiva porque redundaría en la protección de otro derecho, lo que configura una situación de equilibrio que permite concluir que la disminución está justificada. Esto lo afirma porque no le parece suficiente la declaración, sin presentar la evidencia empírica que la refuerce, de la necesidad del endurecimiento punitivo en virtud del aumento de la criminalidad en Michoacán porque "resultaría cuestionable afirmar llanamente, en el contexto de la proporcionalidad y razonabilidad de las penas, que la sociedad en general está interesada en la existencia de penas de prisión de mayor duración" (acuerdo del Pleno, p. 10).

Hasta aquí se puede plantear que el voto particular del ministro Luis María Aguilar Morales defiende un control exigente de constitucionalidad en el que la carga de argumentación y de prueba corresponderían al legislador,<sup>11</sup> porque se reconoce una intensidad alta en la afectación de los derechos fundamentales con la norma que aumenta el máximo de pena para los delitos graves y los concursos en Michoacán. Así, textualmente:

Si el análisis de este tipo de normas parte de reconocer una libertad de configuración legislativa en sus términos más amplios, considero que lo mínimo exigible es la ejecución de ejercicios reforzados de motivación que permitan conocer el proceso de creación y elección de los parámetros elegidos para la imposición de penas de prisión (acuerdo del Pleno, p. 9).

---

<sup>11</sup> Lopera (2008, p. 200): "Control estricto o control material intensivo: se aplica a intervenciones en derechos fundamentales especialmente intensas. En este caso la carga de argumentación y de prueba corresponde al legislador, quien debe apoyar la intervención sobre la base de premisas empíricas que tengan una certeza elevada".

En la segunda línea argumental, esto es, en la evaluación constitucional del aumento de pena para los delitos graves y los eventos de concurso de delitos incorporada en el Decreto 153 mediante la estructura argumentativa de la proporcionalidad, se expresa el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien en su voto concurrente defiende que tal decisión es regresiva, pero la disminución en la protección de los derechos a la libertad personal de los imputados y sentenciados es proporcionada. Llega a dicha conclusión después de aplicar el test de proporcionalidad y establecer la legitimidad del fin de la medida legislativa de Michoacán; declara además su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En este sentido, estima que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debió efectuar el control constitucional del aumento de pena y declararlo conforme a la Constitución una vez que se demostrara la superación de los estándares de evaluación del test de proporcionalidad.

No se describirá en este momento el examen de constitucionalidad realizado por el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, a ello se volverá más adelante, cuando se aborde la segunda línea argumental, esto es, las condiciones con las cuales se efectúa el test de proporcionalidad y el papel que juegan los fines de la pena en la verificación de cada uno de los subprincipios.

### **C. Reflexiones en torno al debate constitucional del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acerca de la acción de inconstitucionalidad del 103/2016**

#### **I. El control constitucional de la ley penal**

El derecho penal es un subsistema de control social que reacciona a la violencia de los hechos catalogados como delitos con una violencia organizada: la de la pena; por ello, la doctrina penal ha señalado que es una institución antinómica por definición, al pretender asegurar la libertad mediante la agresión de la misma. Así, la discusión en torno a su legitimidad debe afrontar esa tensión; la cual en el Estado constitucional y

democrático de derecho impone la exigencia no sólo de responder a la violencia del delito, sino también a la obligación de limitar la violencia del castigo estatal, rodeando su ejercicio de un conjunto de límites y garantías que a la postre pueden comportar una reducción de la eficacia preventiva de la pena (Ferrajoli, 1997, pp. 331 y ss; Roxin, 1997, pp. 95 y ss; Lopera, 2006, p. 175 y ss; Lopera y Arias, 2010, p. 148).

Tal tensión es reconocida en el ordenamiento constitucional mexicano, como lo evidencia la decisión del pleno que se comenta. Esto se confirma por la inclusión del principio de progresividad en la Constitución Política, su vinculación con el principio de dignidad humana, así como la interpretación constitucional de la progresividad que hace la Suprema Corte, en la línea de ampliar su alcance e incluir en su radio a los derechos humanos de naturaleza individual; junto a ello expresa también esta opción la prohibición de penas crueles del artículo 22 de la Constitución y la interpretación del fin resocializador establecido en el artículo 18 de la norma superior, de tal modo que se impone la percepción del sujeto infractor como titular de derechos, como un sujeto al que se debe rodear de las condiciones materiales necesarias para que se inserte en la sociedad y pueda vivir una línea sin delitos.

Tal reconocimiento confirma la opción, acorde con los presupuestos constitucionales, de un modelo en el cual el logro de los fines de prevención de la violencia del delito no puede hacerse por medio de un ejercicio desmedido de violencia punitiva estatal que suponga un sacrificio excesivo de los derechos del individuo infractor (Ferrajoli, 1997, pp. 321 y ss.; Alcácer Guirao, 1998, pp. 366 y ss.; Lopera, 2006; Lopera y Arias, 2010, p. 148).

La determinación de si el endurecimiento de la pena es un sacrificio excesivo de los derechos humanos de los infractores y, por tanto, se trata de una medida que disminuye la protección de un derecho de modo injustificado, reclamaría el empleo del test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Justamente, la consi-

deración de un conflicto entre derechos y a su vez el reconocimiento de éstos como mandatos de optimización, que explícitamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación incluye en el acuerdo del Pleno que es objeto de reflexión en estas líneas, reafirma esta consideración.

Las implicaciones de pensar que los derechos en conflicto fungen como mandatos de optimización presupone considerar los derechos desde una base conflictivista, esto es, la percepción de los derechos fundamentales o humanos como un entramado de principios y reglas que implica una concepción amplia del supuesto de hecho del derecho, la distinción entre el contenido inicial y el contenido definitivo del derecho; la admisión de la existencia de límites externos al derecho y la determinación de que el contenido definitivo de los derechos es el resultado de una ponderación (Lopera, 2006, pp. 105-142).

En consecuencia, la evaluación de la decisión de un aumento de pena de 40 a 50 años para los delitos graves del fuero común y los concursos, relativa a la confirmación de su correspondencia con la Constitución Política, porque no implica un sacrificio excesivo de los derechos de los imputados o sentenciados en Michoacán, aconsejaba, como lo expuso el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en su voto concurrente, la activación de una estructura argumentativa que integrara los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La aplicación de ese estándar argumentativo para confirmar que con el aumento de pena para los delitos graves y el concurso no se ha superado la prohibición de exceso no asegura una decisión de protección definitiva de los derechos humanos de los imputados o sentenciados, porque el entendimiento de esos derechos como mandatos de optimización implica la admisión de que pueden ser restringidos cuando son más fuertes las razones que se oponen a su protección (Lopera, 2006, pp. 138 y ss.), como sería, por ejemplo, si después de la argumentación se llega a la conclusión de que la búsqueda de los fines de prevención general que pretende el aumento de la pena de prisión para reducir la comisión de

delitos graves en Michoacán pesan más que los derechos intervenidos de los imputados o sentenciados con el referido endurecimiento de la respuesta penal.

No obstante, el anterior reconocimiento, el estándar de evaluación que implica la determinación de la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto sí da un derecho a la argumentación a quienes, como es el caso de la reforma constitucional del Decreto 153, tienen que sufrir las consecuencias de la restricción, posiblemente justificada, de sus derechos. En este sentido, en respuesta a por qué es preferible una concepción conflictivista de los derechos fundamentales que los considere un mandato de optimización, se afirma que:

no existe un derecho general, definitivo y concluyente, pero sí existe lo que pudiera llamarse un derecho a la argumentación, un derecho a que la conducta sea enjuiciada como el ejercicio de un derecho en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales, cuyo resultado, como ya se ha dicho, queda librado al juicio de ponderación. Como es obvio, los derechos no ofrecen cobertura a cualquier conducta, pero sí imponen una carga de justificación o argumentación sobre las restricciones que se impongan. Ese es, a mi juicio, el sentido último de un constitucionalismo de los derechos. (Prieto, 2004, p. 61).

Precisamente esto es lo que implica defender una concepción de los derechos como mandatos de optimización, como normas con estructura de principios cuya protección se plantea *prima facie* y cuya tutela definitiva es el resultado del balance de las razones a favor y en contra de su protección. El balance debe hacerse explícito en los fundamentos de la decisión como condición necesaria para considerar que se trata de una decisión justificada (Lopera, 2006, pp. 138 y ss.).

En tal punto, como lo plantea Lopera (2006, p. 159), se advierten las ventajas de una concepción conflictivista de los derechos, que es la que presupone necesariamente un control constitucional mediante el test de

proporcionalidad. Tal estructura argumentativa, plantea la autora, hace posible presentar y contraponer las razones alrededor de la protección definitiva de dichas posiciones iusfundamentales y permite concluir que su limitación no está justificada y, por tanto, es inconstitucional o, por el contrario, argumentar que hay razones de mayor peso, alrededor de los fines que se persiguen con las medidas que se oponen a su protección y, que, por tanto, se trata de una restricción justificada y constitucional.

De crucial importancia para el debate del Pleno de la Suprema Corte en el asunto que concierne a estas líneas es la consideración de que una argumentación que pondere las razones a favor o en contra de la protección de los derechos permite "contraponer a la presunción de constitucionalidad que rige a favor de la ley, que impone una carga de argumentación a quien pretenda cuestionarla, la carga que pesa sobre el legislador (y demás poderes públicos) de justificar toda intervención en derechos fundamentales" (Bernal Pulido, 2003, pp. 479 y ss; Lopera, 2006, p. 576).

Como puede advertirse por lo expuesto, hay razones perentorias para defender un control exigente de constitucionalidad en materia penal, entre otras cosas, porque cuando el legislador adopta la decisión de su empleo opta por el medio más drástico de limitación de la libertad en un sistema social.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> "en contra de un control de mínimos cabe señalar que el reconocimiento unánime del derecho penal como el más severo mecanismo de control social de que dispone el Estado conduce a que, del mismo modo en que se reclaman para este sector del ordenamiento reglas más estrictas de formación del lenguaje legal, mayores garantías procesales o criterios más exigentes de valoración de la prueba, también ha de imponerse un control de constitucionalidad más riguroso del que en la actualidad se lleva a cabo y, más aún, del que cabe practicar en relación con otro tipo de intervenciones legislativas en derechos fundamentales dotadas de un menor contenido aflictivo. Y ello porque el recurso al derecho penal no expresa la opción por un instrumento cualquiera de política legislativa, sino la voluntad de emplear la herramienta más contundente con que cuenta el Estado para disciplinar la conducta de los ciudadanos, no sólo en razón de la especial aflictividad de sus sanciones —privación de la libertad y de otras posiciones iusfundamentales especialmente significativas y necesarias para que el individuo pueda desenvolverse plenamente en sociedad— sino también por la peculiar carga simbólica que va asociada a la definición de una conducta como delito y de una determinada sanción como pena, las cuales incorporan un plus de gravedad que en principio está

En tal sentido, se respalda la argumentación del ministro Luis María Aguilar Morales, al señalar que la omisión del Poder Judicial de Michoacán de hacer una fundamentación suficiente del aumento de pena en relación con los delitos en concreto cometidos y la ausencia de evidencia empírica para justificar la necesidad de ese aumento en función de los fines de prevención general son datos que aconsejarían un examen más intenso de constitucionalidad que el que fue empleado por la mayoría del Pleno de la Suprema Corte.

En este punto es importante pronunciarse respecto al argumento de que finalmente la determinación legal de un aumento del máximo de pena para los delitos graves y las hipótesis de concurso, al tener su proyección en abstracto, esto es, como amenaza legal de pena, escapa a los cuestionamientos de desproporcionalidad, porque la intervención en los derechos fundamentales se efectuaría es en el momento de la imposición judicial y ejecución de la pena.

Un tope máximo de pena es una decisión de política criminal que comporta una amenaza potencial a los derechos fundamentales, amenaza que se consumará con su aplicación en el momento de la imposición judicial y ejecución de la pena y, por ello, es una medida cuya constitucionalidad debe ser enjuiciada.<sup>13</sup> Todas las consecuencias afflictivas, directas e indirectas, deben ser tenidas en cuenta al efectuar el balance de los costes que, en términos de libertad, reviste la creación de una sanción penal que tiene vocación de ser impuesta y ejecutada (Lopera, 2006, pp. 297 y ss).

---

ausente cuando la misma prohibición y la misma sanción son disciplinadas por conducto de otras normas del ordenamiento. Esta opción deliberada por los máximos medios ha de estar sometida a una especial carga de legitimación, así como a una fiscalización especialmente exigente por parte del órgano que tiene a su cargo el control de constitucionalidad de las leyes" (Lopera, 2008, p. 202).

<sup>13</sup> Además, "Una vez examinado de qué modo la ley penal interviene derechos fundamentales, tanto a través de sus prohibiciones como de sus sanciones, queda por decir que el aumento de las leyes penales en una sociedad redundará en una disminución correlativa de la libertad de todos sus miembros. Si esto parece claro mirado desde el costado de las prohibiciones, a las que están sometidos todos los individuos, también es cierto si se mira desde el lado de las penas, ya que éstas, como viene a recordarnos Ferrajoli, no recaen sólo (ni necesariamente) sobre los culpables, sino que también amenazan a los inocentes. Ello también debe ser tenido en cuenta al momento de expedir y controlar la constitucionalidad de las leyes penales" (Lopera, 2005, p. 32).

La premisa descrita en el párrafo anterior se conecta con el concepto de intervención en un derecho fundamental que presupone el control constitucional por medio del test de proporcionalidad. En éste se agrupan todas las consecuencias afflictivas directas e indirectas que se desencadenan de la aplicación de la pena. De este modo, la pena de prisión no sólo afecta de forma directa la libertad, sino que amenaza otros derechos intervenidos por el régimen penitenciario al que se verá sometido el ciudadano en caso de su imposición y ejecución, e incluso de otros derechos en función de la duración del encierro en instituciones carcelarias. Además, se señala el carácter estigmatizador que encierra siempre la intervención penal y que adquiere su mayor expresión cuando la pena es aplicada y ejecutada. En esta medida se propone que en el concepto de intervención se considere la afeción al honor que siempre se produce con ocasión de la intervención penal (Lopera, 2006, pp. 297 y ss.; Lopera y Arias, 2010, pp. 63-79).<sup>14</sup>

Desde la perspectiva del Estado constitucional de derecho es difícil sostener que el legislador penal está libre de control, máxime si se trata del subsistema de control social que busca sus cumplir sus cometidos al causar dolor a los ciudadanos, cuyos derechos de libertad deben también ser protegidos de una intervención estatal desmedida, como se adujo al principio de estas líneas.<sup>15</sup>

Hay un segundo aspecto de la discusión constitucional del acuerdo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que amerita una mención. Este atañe directamente a las proyecciones del principio de propor-

<sup>14</sup> Respecto del proceso de estigmatización que se produce con las penas, por todos, véase Baratta (2004, pp. 197-198).

<sup>15</sup> En tal línea, Pietro (2004, p. 65). Además, como se ha expuesto, la tesis conflictivista de los derechos fundamentales, que es la que habilita el empleo del test de proporcionalidad para enjuiciar la constitucionalidad de las intervenciones a estos derechos, al concebir el supuesto de hecho de la norma en un sentido amplio admite todas las posiciones ius-fundamentales adscribibles al contenido inicial del derecho, que tienen protección sólo *prima facie*, que logra la calificación de contenido definitivo del derecho y su protección definitiva, después de que se afirme, por medio del test de proporcionalidad, que las razones a favor de su protección pesan más que las razones en contra.

cionalidad en derecho penal o, en concreto, a las diferencias y relaciones del principio de proporcionalidad de la pena y el de proporcionalidad en un sentido amplio (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).<sup>16</sup>

Tal línea de argumentación fue propuesta por el voto concurrente del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Allí se alude a la proporcionalidad en un sentido amplio, el cuál es señalado por Lopera (2006) como una consecuencia más del "efecto de irradiación" de la Constitución, y de la jurisprudencia de su máximo intérprete sobre el resto del ordenamiento, entre ellos, la legislación penal.

Lopera (2006) plantea que la "proporcionalidad en sentido amplio" es el resultado de la integración de otros límites o garantías sustanciales.<sup>17</sup> Así, la evaluación de la legitimidad del fin y de la idoneidad del medio exigen una orientación preventiva del ejercicio del poder de castigar, sólo se puede justificar la pena cuando ésta se crea, se impone o se ejecuta para alcanzar fines externos al castigo, esto es, la tutela de bienes jurídicos, mediante la prevención de futuros delitos (Lopera, 2006, pp. 409 y ss.). En el subprincipio de necesidad, la evaluación pasa por la integración, cuando se trata de la norma de sanción, del principio de subsidiariedad (*ultima ratio*) que exigiría la evaluación del medio en función de que no existan medios alternativos igualmente eficaces, para el logro del fin de protección de bienes jurídicos, y menos lesivos para los derechos fundamentales, esto implica el reconocimiento de que la pena es un mal que sólo alcanza legitimidad en función de su imperiosa necesidad (Lopera, 2006, pp. 459 y ss.).

Además de la idoneidad y la necesidad de la pena, en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se evalúa si la satisfacción de los

<sup>16</sup> La existencia en el derecho penal de un principio de proporcionalidad de la pena y sus diferencias con un principio de proporcionalidad en sentido amplio, compuesto por subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, es planteado por la doctrina (Lopera, 2006, pp. 228 y ss.; Mir Puig; 2009, pp. 1358-1373); etc.

<sup>17</sup> En relación con la legitimidad del fin y a los subprincipios de la proporcionalidad, véanse Lopera (2006, pp. 326-545) y Bernal (2005, pp. 135-138).

finés que respaldan la intervención estatal del derecho pesa más que los costos que ella representa para los derechos afectados tanto por las prohibiciones como con las penas, evaluación que es coherente con una perspectiva utilitarista del castigo. Es en este subprincipio en el que tiene cabida una evaluación de la proporcionalidad de la pena, como uno de los tantos criterios que se emplean para realizar ese balance. El juicio de proporcionalidad de la pena se integrará concretamente en la evaluación de la intensidad de la afectación de los derechos fundamentales, ésta será intensa si la medida enjuiciada, en este caso la pena, es más alta que la establecida para delitos de igual o mayor gravedad (Lopera, 2006, p. 505 y ss). Aquí, como lo expuso el pleno de la SCJN, se trata de la verificación del respeto por la igualdad en el proferimiento del dolor penal.

Una mención especial amerita el juicio de proporcionalidad propuesto en el voto concurrente del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien estimó que un aumento del tope máximo de pena para los delitos graves del fuero común y los concursos era una medida adecuada por ser idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto. En este punto, sin comprometer una opinión respecto a la desproporcionalidad de la reforma al artículo 94 de la Constitución de Michoacán, mencionaré algunos aspectos que, según los resultados de la investigación doctoral de Lopera (2006), que es el punto de partida de este escrito, se tienen en cuenta en la evaluación constitucional de las medidas que intervienen derechos fundamentales en materia penal.

#### **D. Idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la reforma incorporada por el Decreto 153, especial referencia al voto concurrente del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea**

Hay dos presupuestos básicos del voto concurrente que es objeto de consideración en este apartado. El primero es que la modificación del *quantum* máximo de pena es una medida regresiva que disminuye el margen de protección de un derecho humano. La segunda es que, al tratarse de un

asunto de política criminal, el Poder Legislativo tiene "*un amplio margen de acción epistémico* (...). De esta manera, he considerado que en aquellos casos en los que exista incertidumbre sobre las premisas empíricas en las que se apoya la actuación del legislador, *debe entenderse que existe a su favor la presunción de que éstas son verdaderas*".<sup>18</sup> (Cursivas dentro del texto original).

Con tales presupuestos se declara que el aumento de pena de 40 a 50 años efectuada en la reforma del Decreto 153 en Michoacán persigue un fin legítimo porque es "...evidente que la medida impugnada está dirigida a garantizar de mejor manera la seguridad pública de todos los ciudadanos, lo que claramente constituye un *fin constitucionalmente legítimo*". (Cursivas dentro del texto original). Es idónea porque una pena de 50 años de prisión para los delitos graves, dentro de los que se encuentra el feminicidio, puede tener mayores efectos preventivos que una pena de 40 años.

Respecto al juicio de idoneidad y necesidad del aumento de pena para los delitos graves y los concursos de hechos punibles asume que la debilidad en torno a la certeza empírica de las razones que avalan la idoneidad del aumento de pena para el fin de prevención general y su necesidad se resuelven a favor de la constitucionalidad de la medida, en este caso la reforma del artículo 94 de la Constitución de Michoacán. Esto en virtud de ese amplio margen de acción epistémico con el que cuenta el legislador cuando se trata de la política criminal.

Lo primero que se puede plantear respecto al referido voto concurrente es que cuando efectúa la evaluación desde la perspectiva de la proporcionalidad en sentido amplio, con coherencia, acepta que el aumento de pena propuesto en la reforma de la Constitución de Michoacán es la

---

<sup>18</sup> Esta segunda premisa se apoya, y también las consecuencias que de ella se derivan para los juicios en los subprincipios de idoneidad y necesidad, en el Amparo directo en revisión 181/2011. Quejoso: Miguel Pérez García o Miguel López Aguilar. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

disminución de un derecho humano, por lo que se trataría de una medida *prima facie* regresiva y, además, reconoce ese amplio margen de acción epistémico que cubre las decisiones de política criminal del legislador.<sup>19</sup>

Lo segundo implica señalar que aunque las referidas premisas son asumibles desde la perspectiva de esta estructura argumentativa, hay algunos criterios que no fueron considerados en la evaluación del voto concurrente y que, según Lopera (2006), son necesarios para poder dar plena garantía al derecho a la argumentación que tienen los ciudadanos que verán amenazados sus derechos con la ley penal, en el caso concreto, con el aumento de pena para los delitos graves y los concursos en Michoacán.

El primer aspecto que se debe considerar tiene que ver con la naturaleza conflictiva de la intervención penal, la cual, como se expuso, persigue fines instrumentales a través de medios que comportan una intervención intensa en los derechos de los ciudadanos. Esto implica que en la radiografía del conflicto constitucional habrá que establecer, por un lado, los fines que respaldan el aumento de la pena referido y, por el otro, los derechos intervenidos que operarían en la argumentación como razones en contra del incremento punitivo.

Por el lado de los principios que respaldan el aumento de pena se encontrarían los fines preventivos generales, que son los fines inmediatos de la reforma que plantea un aumento de la pena en el extremo máximo del marco legal para los delitos graves y los concursos, los cuales tienen como fin mediato la protección de los bienes jurídicos. En relación con los principios que operarían en la argumentación constitucional como razones en contra del incremento punitivo se tiene el fin resocializador, siempre que se entienda que una pena de larga duración puede ser calificada como una medida que lo dificulta,<sup>20</sup> y los derechos fundamentales que se ven

<sup>19</sup> Respecto al margen de acción epistémico del legislador y sus consecuencias para el control de la ley penal a través del juicio de proporcionalidad, véase Lopera (2006, pp. 252 y ss).

<sup>20</sup> Al respecto, véase Baratta (2004, pp. 194-195): "Exámenes clínicos realizados mediante los clásicos test de personalidad han mostrado los efectos negativos del encarcelamiento sobre la psique de

amenazados con el establecimiento de una pena de 50 años en el proceso de la criminalización primaria. Respecto a los principios en conflicto se consideraría los siguientes aspectos.

En la discusión del acuerdo del Pleno de la SCJN se traza como fin de la medida enjuiciada la prevención general, en el voto concurrente y en la argumentación de la posición mayoritaria parece asumirse el fin preventivo general negativo y en la argumentación del Poder Legislativo local parece reivindicarse el fin de prevención general positiva. No es el caso pronunciarse acerca de los problemas de fundamentación empírica que tiene el fin de prevención general.<sup>21</sup> Puede asumirse que los fines de prevención general de un aumento de pena, con los cuales se pretende tutelar los bienes jurídicos, son principios con respaldo constitucional porque, como lo expone el acuerdo del Pleno, no existe una norma constitucional o internacional que expresamente prohíba un aumento del tope máximo de aflicción penal. Y esto, como lo expone el voto concurrente analizado en este apartado, estaría cubierto por ese amplio radio de acción epistémico del legislador en materia de política criminal.

En relación con los derechos que se oponen al aumento de pena se tiene que, desde la perspectiva del fin de resocialización, las penas de larga dura-

---

los condenados y la correlación de estos efectos con la duración de éste. Los estudios de este género concluyen que la 'posibilidad de transformar un delincuente violento asocial en un individuo adaptable a través de una larga pena carcelaria no parece existir' [E. Paresch, 1961]". Sobre los efectos de prisionalización que se producen en especial cuando se sufren penas de larga duración, véase Echeverri (2010, pp.157-166). En relación con las penas de larga duración en México y las dificultades para alcanzar el fin resocializador, CNDH-México (2016, pp. 54 y ss).

<sup>21</sup> En relación con este tema, Alcácer (1998, pp. 388-389) expresa que ni la prevención general negativa ni la positiva son empíricamente verificables; enfatiza que hay unanimidad en entender que actualmente se verifica un desconocimiento general de cómo actúa socialmente la pena. Además, Larrauri señala que "en realidad lo único que se sabe, y ello como mera hipótesis inductiva, es que una sociedad en la que no existiera el Derecho penal estaría sumida en mayores cotas de violencia social que otra en que sí existiera o dicho de otra forma, que el Derecho penal es, con carácter general, preventivamente efectivo en relación a una razonable evitación de conductas lesivas para la libertad de los individuos" (Larrauri, 1998, p. 741), y aduce que la prevención general constituye "la más perfecta de las ideologías, porque empíricamente ni se deja confirmar ni se deja desmentir". Acerca de las dificultades de comprobación empírica de los fines de prevención general, véase Lopera (2006, pp. 419 y ss.).

ción se han estimado como contraproducentes para el lograr el objetivo de que el infractor pueda en un futuro participar del sistema social y vivir una vida en libertad sin la realización de delitos.<sup>22</sup> Significado que adjudica la Suprema Corte a este fin, el cual, además, califica como un derecho constitucional.

La evaluación desde el fin resocializador puede efectuarse en el momento que se produce la amenaza de pena de larga duración, porque puede sostenerse, con fundamento empírico, que el establecimiento de la pena de prisión en esos *quantums* es contraproducente para el logro de ese fin, porque, como se adujo, cuando éstas se crean en el momento de la determinación legal de la pena habilitan y a la vez ordenan su imposición en el momento de la determinación judicial. Condición que, a su vez, posibilita su ejecución en la fase de criminalización terciaria.<sup>23</sup>

La consideración de las afectaciones potenciales a los derechos es propia de la teoría de los derechos fundamentales que dan cobertura a la aplicación de la proporcionalidad en un sentido amplio. Precisamente, la asunción de un supuesto de hecho amplio y la consideración no sólo de las afectaciones sino de las amenazas de afectación a los derechos permiten que en la evaluación de la constitucionalidad de las medidas esto sea tenido en cuenta al argumentar ante los ciudadanos que el *quantum* de pena está justificado porque se trata de una medida que persigue un fin legítimo y es idoneidad necesaria y proporcionada en sentido estricto. Esto obviamente no inhibe la evaluación de la proporcionalidad de la medida a la luz de las contingencias del caso concreto, en el momento de la imposición e individualización de la pena, en especial en los sistemas constitucionales que incorporan el control difuso de constitucionalidad.

---

<sup>22</sup> Véase Baratta (2004).

<sup>23</sup> Habría que considerar incluso las condiciones bajo las cuales sería ejecutada esa pena de larga duración en las prisiones de Michoacán; cuestión que también debería ser valorada en el control constitucional de ese aumento de pena. Respeto a los derechos humanos en las prisiones mexicanas, véanse Cuéllar, López y Martínez (2017, pp. 205 a 230) y CNDH-México (2016).

Ahora bien, la evaluación del aumento de pena propuesto en la reforma de la Constitución local desde la perspectiva de la idoneidad, en la misma línea del voto concurrente, se satisface sólo con la confirmación de que hay un vínculo de causalidad positiva entre ese aumento de pena y el fin disuasor o de prevención general. Por tanto, la evaluación de la idoneidad no exige la demostración plena de la eficacia empírica del aumento de la pena, no obstante la posible incertidumbre que pueda tenerse alrededor de ella, así como la certeza de su carácter contraproducente para otro de sus fines, en tanto amenaza la posibilidad de resocialización, si bien no tiene la capacidad para sustentar una falta de idoneidad de la medida, sí son razones que se deben considerar en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, son condiciones que debilitan la certeza empírica de los fines que respaldan la intervención en el derecho fundamental.<sup>24</sup>

En el subprincipio de necesidad<sup>25</sup> se trataría de comparar la pena de 50 años para los delitos graves y los concursos con la de 40 años y evaluar si existe una idoneidad equivalente, porque es evidente la menor lesividad de esta última, en atención a su duración, para los derechos intervenidos y el fin resocializador. De nuevo, habría que declarar, con ocasión de ese

---

<sup>24</sup> Lopera (2006, pp. 409-432) expresa respecto al juicio de idoneidad que cuando este se proyecta sobre la norma de sanción, supone evaluar si la pena que se impone en el caso concreto contribuye de algún modo a la satisfacción de los fines preventivos generales y especiales. Además, este juicio es débil porque basta, para concluir que la medida legislativa es idónea, con el hecho de que posiblemente la pena favorezca la consecución de al menos uno de los fines. Además, en caso de empate, esto es, cuando no haya razones suficientes para desvirtuar que el castigo alcance algunos fines, pero en cambio resulta contraproducente para otros (por ejemplo, para el fin resocializador), debe afirmarse su idoneidad, en atención al principio de vinculación del juez a la ley. En todo caso, las dudas en torno a la idoneidad de la medida se tienen en cuenta en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

<sup>25</sup> En cuanto al subprincipio de necesidad, afirma Lopera (2006, pp. 459 y ss.) que no se trata de la búsqueda de alternativas al derecho penal porque ese terreno es exclusivo del legislador, está vedado para los jueces cuando deciden el caso concreto, por el contrario, éste implica la búsqueda de medios alternativos en el catálogo de penas elaborado por el legislador, tratando de establecer si los medios alternativos alcanzan el fin que se persigue con un menor sacrificio o lesividad para los derechos fundamentales, pero con una idoneidad equivalente. Las dudas en torno a la idoneidad de la medida legislativa deben resolverse a favor de ella. La opción por resolver cualquier incertidumbre en torno a la necesidad de la medida, a favor de ella, encuentra justificación en el principio de vinculación del juez a la ley.

amplio margen de acción epistémico del legislador penal, que al no haber una prueba de que éstas ostentan la misma eficacia, y que, quizá, una pena mayor sí refuerza esos fines preventivos generales se está ante una razón suficiente para declarar la constitucionalidad de la medida, incluso, a pesar de que ese aumento de pena amenaza de forma más intensa el mencionado fin resocializador, que de acuerdo con lo declarado por la Suprema Corte también es un fin del castigo en México.

Por lo anterior, el reproche que realiza el voto particular del ministro Luis María Aguilar Morales relativo a la falta de taxatividad de la locución *delito grave* y la debilidad en torno a la fundamentación empírica de las necesidades de prevención general con ocasión del aumento de la criminalidad en Michoacán no tienen la capacidad de fundamentar una falta de idoneidad o la necesidad del endurecimiento de la respuesta penal, no obstante, esto sí debilita la certeza empírica en torno a su eficacia preventiva y eficiencia y, por ello, son criterios que se deben considerar en el subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto.

Conforme a la propuesta de Lopera (2006, pp. 525 y ss.) del control de la ley penal por medio de tal estructura argumentativa, en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto donde cobran importancia las dudas en torno a la calidad epistémicas de las razones que llevan al legislador a intervenir de un determinado modo los derechos fundamentales.<sup>26</sup> Por lo que si bien, como lo propone el voto concurrente comentado, existe una amplia configuración legislativa de la política

---

<sup>26</sup> En el voto concurrente se afirma "La medida es proporcional en sentido estricto. Por último, y como también se sostuvo en el multicitado amparo directo en revisión 181/2011, al analizarse el aumento de una pena, lo que tiene que realizarse en la grada de proporcionalidad es una ponderación entre los beneficios que pueden esperarse de la protección penal del bien jurídico y los costes derivados de la sanción penal desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados por ésta. Análisis que —se explicó— "está condicionado por el amplio margen de apreciación que el legislador tiene para realizar el balance entre los beneficios y los costos de la intervención penal". De este modo, en el caso concreto es posible sostener que los costos que supone el aumento del límite de las penas en los derechos fundamentales de los sentenciados, se ven compensados por la importancia que tiene disuadir con mayor intensidad los delitos más graves de la entidad (y, en particular, el delito de feminicidio). Además, no se advierte que el aumento de 40 a 50 años resulte abiertamente irrazonable o que *per se* anule por completo los derechos de los sentenciados.

criminal y esto permea el juicio de proporcionalidad, en el balance de qué pesa más, si la afectación de los derechos intervenidos con el endurecimiento de la aflicción penal o los fines de prevención general del conjunto de conductas que se disputarían la calificación de graves, las dudas en torno a la certeza de la idoneidad y la necesidad de la medida, en este caso la pena de 50 años, para el fin legítimo propuesto, la prevención general, son razones que juegan en contra de la constitucionalidad de la reforma en el juicio ponderación.<sup>27</sup>

La libertad configurativa del legislador, sobre todo si se adopta un control exigente, no inhibe del juicio de constitucionalidad el empleo de los criterios vinculados con la afectación o los costos en los derechos de los ciudadanos, incluso si éstos son imputados o sentenciados con ocasión de un "delito grave". Un proceder contrario reduce la evaluación de las medidas estatales por medio de la proporcionalidad a una mera cláusula de estilo.<sup>28</sup> La afirmación de la proporcionalidad de las medidas pasa por darle un lugar en la argumentación a la afectación de los derechos, incluidas aquellas que se producen por la amenaza legal de pena

En cuanto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, expone Lopera (2006, pp. 497 y ss.) que involucra una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de la aplicación de la pena para la protección de bienes jurídicos y los costos que implica para los derechos

---

<sup>27</sup> Es así cuando se asume que al tratarse de la ley penal el control constitucional debe ser exigente. A pesar de que en el voto concurrente que se analiza en este apartado se plantea realizar un juicio de proporcionalidad que agote la evaluación de la medida desde todos los subprincipios de la proporcionalidad, éste parece asumir, en sintonía con la posición mayoritaria de la Suprema Corte, la activación de un control constitucional leve de la ley penal.

<sup>28</sup> Lopera y Arias (2010, p. 191) se refieren al empleo del test de proporcionalidad para realizar el control constitucional a la decisión de imposición judicial de la pena en el ordenamiento colombiano, plantean: "Extraer las consecuencias normativas del principio de proporcionalidad podría parecer algo inusual en nuestra cultura jurídica, donde ha imperado una tradición fuertemente legalista. En este módulo defendemos que la utilización de esta herramienta puede y debe ser algo más que una cláusula de estilo de la que no se deriva consecuencia alguna. Igualmente, buscamos evidenciar que una aplicación rigurosa del principio de proporcionalidad no riñe con el mandato de vinculación del juez a la ley; por el contrario, éste le permite hacer una interpretación y una aplicación integral de todos los mandatos legales y constitucionales que está llamado a tener en cuenta al momento de fundamentar la imposición de una pena".

fundamentales.<sup>29</sup> La idea es determinar si la satisfacción de los principios que respaldan la intervención logra compensar la afectación que se produce en los derechos fundamentales. De este modo, para determinar el peso de los principios en juego, la autora propone lo siguiente:

En primer lugar, los grados de afectación y de satisfacción de los principios en tensión, en este caso, por un lado, los fines de prevención general y los bienes jurídicos protegidos mediante las prohibiciones de las conductas que dan pie a la calificación de delitos graves, que como se expuso en el voto particular del ministro Luis María Aguilar Morales van del feminicidio al robo en casa de habitación, y, por el otro, el fin resocializador y los derechos directamente afectados por la amenaza de una pena de 50 años, esto es, entre otros, la libertad y el derecho al honor; en segundo lugar, se debe valorar el peso abstracto de los principios que están

---

<sup>29</sup> En relación con los juicios que integran el momento de la ponderación dentro de la estructura argumentativa integrada en el test de proporcionalidad, Bernal (2006, pp. 63-63) expone que "Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro". De acuerdo con esta ley, la estructura de la ponderación puede dividirse en tres pasos que Alexy identifica con claridad: 'En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro'. Es importante advertir que el primero y el segundo paso de la ponderación son análogos. Ambas operaciones consisten en: establecer la importancia de los principios en colisión. Con esta expresión nos referiremos en adelante a estos dos pasos. Alexy sostiene que en ambos pasos puede alcanzarse la commensurabilidad mediante la referencia a una escala triádica, en la que las intensidades 'leve', 'moderada' y 'grave' especifican el grado de importancia de los principios en colisión. Ahora bien, la importancia de los principios en colisión no es la única variable relevante en la ponderación. La segunda es el 'peso abstracto' de los principios. El peso abstracto de los principios puede variar de acuerdo con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos. Asimismo, este peso puede establecerse con referencia a valores sociales positivos. De este modo, por ejemplo, puede sostenerse que el principio de protección de la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto, es obvio, para poder ejercer la libertad es necesario estar vivo. De forma similar, los tribunales constitucionales de varios países han atribuido un peso abstracto mayor a los derechos fundamentales sobre otros principios, y a la libertad de expresión y al derecho a la intimidad sobre otros derechos fundamentales, debido a la conexión del primero con la democracia y del segundo con la dignidad humana. A lo anterior debe sumarse una tercera variable S, que se refiere a la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto. La variable S se basa en el reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios en colisión pueden tener un grado diverso de certeza y esto puede afectar el peso relativo que se atribuya a cada principio en la ponderación".

en conflicto, y, en tercer lugar, la seguridad de las premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor y en contra del aumento de la pena.

Para establecer el grado de afectación que produce la imposición de la pena en los derechos fundamentales se debe determinar a su vez lo siguiente (Lopera, 2006, pp. 505 y ss.):

1. El alcance de la intervención. Esto se determina analizando cuáles y cuántas posiciones iusfundamentales se ven implicadas. Cuántas más posiciones sean intervenidas con una amenaza de la pena, mayor será el grado de afectación.

2. La probabilidad de que se produzca la intervención. Será mayor en las hipótesis del juicio de individualización judicial e imposición de la pena y será menor cuando se trata de amenazas o afectaciones potenciales a estos derechos, que es lo que se produce en el momento de la criminalización primaria, como en el caso de un aumento legal del tope máximo de pena que es la medida que debatió la Suprema Corte en el acuerdo del Pleno.

3. La duración de la intervención en los derechos fundamentales. Cuánto más larga sea la duración de la pena mayor será la intervención en los derechos fundamentales.

4. La comparación con la sanción prevista para delitos de similar naturaleza. Conforme a este criterio, la afectación de derechos fundamentales se considerará en especial intensa cuando la pena que se imponga sea más drástica que la establecida para delitos de igual o menor lesividad. En este punto tiene lugar el juicio de proporcionalidad de la pena, que como lo indicó el ministro Luis María Aguilar Morales, al considerar la falta de taxatividad de la reforma en cuanto a la lista de delitos que admiten tan consideración, podría dar pie a situaciones de intensa desigualdad.

Para establecer el grado de satisfacción de los principios que respaldan la intervención, se tienen los siguientes criterios (Lopera Mesa, 2006, pp. 511 y ss.):

1. La lesividad de la conducta sancionada. Entre mayor sea la lesividad del comportamiento, su prohibición con amenaza de pena contribuirá en mayor medida a la protección de los bienes jurídicos; de este modo, la satisfacción será mayor en el caso de acciones lesivas y menor en el de eventos sólo peligrosos; comportará mayor grado de satisfacción el peligro concreto que el peligro abstracto. Modalidad de imputación subjetiva: el grado de satisfacción será mayor en el caso de los delitos dolosos que en los culposos.

2. La contribución que preste a los fines de la pena. Será mayor cuando la imposición de la pena favorezca el logro de más fines y cuanto mayor sea la intensidad de la contribución.

El peso abstracto de los principios en juego. Al respecto, Lopera expresa:

Mediante la variante del peso abstracto se da cabida en la ponderación al reconocimiento de que, pese a la igual jerarquía formal de los principios en colisión, la importancia de cada uno de ellos desde el punto de vista material puede ser diferente, de acuerdo con el distinto valor que ellos ostenten en el sistema jurídico (Lopera, 2006, pp. 513 y ss).

La autora propone, entre otros, los siguientes criterios para determinar la variable: 1) la jerarquía constitucional de los principios que se establece de acuerdo con el reconocimiento directo o indirecto, en la Constitución, de los principios que respaldan o contradicen la imposición de la pena; 2) La prioridad de los principios que reflejan derechos individuales respecto de aquellos que expresan derechos colectivos, y 3) la vinculación de la posición ius fundamental afectada o protegida con el principio democrático y la dignidad humana.

La falta de taxatividad en torno a las conductas delictivas que serán susceptibles de la calificación de delitos graves puede dificultar este juicio, aunque no lo impiden al atender la argumentación que propone el ministro Luis María Aguilar Morales en su voto particular. Con esos criterios, los delitos que ameritan tal calificación atentan contra bienes jurídicos de naturaleza individual, exigen formas de imputación subjetiva dolosas y se trataría de tipos penales de lesión. No obstante, esa falta de taxatividad sí puede mermar el peso de los principios o razones que están a favor del aumento de pena, como se expuso con anterioridad.

Finalmente, en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto debe establecerse la certeza de las premisas empíricas que respaldan o contradicen la imposición de la pena. En este sentido, expone Lopera (2006, pp. 526-527) que mientras las premisas empíricas que respaldan la imposición de la pena versan principalmente acerca del grado de idoneidad y la necesidad de la sanción penal, las premisas que operan en su contra son las referidas a su grado de lesividad para los derechos fundamentales y a su falta de necesidad para alcanzar los fines preventivos. Aquí deben tenerse en cuenta las dudas<sup>30</sup> establecidas en cuanto a la idoneidad y la necesidad de un aumento de pena de 50 años para los delitos graves del fuero común y los concursos, conforme a la reforma del párrafo segundo del artículo 94 de la Constitución de Michoacán.

#### **D. Consideraciones finales**

La aplicación del test de proporcionalidad para evaluar si la disminución en la protección de un derecho está ajustada a la Constitución es una de las consecuencias, como se expuso, de la constitucionalización de los derechos y la supremacía de la Constitución como fuente del derecho. No obstante, hasta dónde se llevan los límites del control constitucional de la ley penal es una cuestión anclada a profundas condiciones cultu-

---

<sup>30</sup> Tanto las relativas a la falta de fundamentación empírica de las necesidades de prevención general como su carácter contraproducente para el fin resocializador.

rales y sociales de los ordenamientos jurídicos de los distintos países (Lopera, 2011, p. 136).

En tal sentido, puede afirmarse que aun cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación acepta en el acuerdo del Pleno la posibilidad de realizar un control constitucional a la ley penal, una vez asume que los derechos afectados con un aumento de pena para los delitos graves y los concursos en Michoacán son mandatos de optimización y, con ello, se da cobertura a la aplicación del test de proporcionalidad. En dicha evaluación hay una adscripción a un control leve de constitucionalidad que se satisface con la verificación de que no se trató de un medio prohibido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ni por los tratados internacionales de derechos humanos que vinculan al Estado y que, además, se trate de un medio que persiga un fin legítimo, en este caso, el fin preventivo general. En definitiva, reduce el examen constitucional a que la norma penal no "constituya un exabrupto".

Lo expuesto en el párrafo anterior permite concluir que en el acuerdo del Pleno objeto de estas líneas se verifica una intensa deferencia al legislador penal.<sup>31</sup> Tal deferencia no es en sí misma objetable,<sup>32</sup> no obstante,

<sup>31</sup> Respecto a una tendencia a la adscripción de un control constitucional débil de la ley penal que se adhiere a una intensa deferencia al legislador en el caso del Tribunal Supremo Español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase Fossas (2015, págs. 305-332). La misma tendencia advierte Lopera (2011, p.136) en el ordenamiento chileno.

<sup>32</sup> Al respecto, Lopera (2011, p. 136): "El diseño de sistemas de justicia constitucional, así como sus modos de funcionamiento efectivo, representan intentos de resolver la tensión entre constitucionalismo y democracia inherente al modelo de estado constitucional. En el debate teórico sobre cuál puede ser el diseño institucional que mejor acomode ambas exigencias ha ganado terreno la tesis que descarta una respuesta general y, en cambio, admite la "dependencia contextual", de modo tal que, como sostiene Juan Carlos Bayón, si "la justificación de un diseño institucional depende de un balance entre su valor intrínseco y su valor instrumental, se ha de admitir que cuál sea el diseño institucional preferible es una cuestión inevitablemente dependiente del contexto, de manera que para diferentes condiciones sociales habrá que considerar justificados procedimientos de decisión distintos". Lo anterior no sólo vale, en el sentido que propone Bayón, para discutir sobre la pertinencia de adoptar un modelo de constitucionalismo "débil", que reserve la última palabra a las mayorías parlamentarias, o un modelo "fuerte" que establezca mecanismos de rigidez y control judicial de constitucionalidad de las leyes. La tesis de la "dependencia contextual" también ha de ser considerada cuando se trata de examinar la postura de mayor o menor deferencia que adopta el Tribunal Constitucional respecto del Legislador en aquellos sistemas que han optado por introducir sistemas de

en este texto se presentan algunas de las razones por las cuales, conforme a la postura minoritaria expresada en el voto particular del ministro Luis María Aguilar Morales, se estima importante defender un control exigente de constitucionalidad cuando se trata de una norma que aumenta el *quantum* máximo de una pena de prisión considerablemente alta.

En todo caso, una evaluación constitucional exigente de la reforma constitucional planteada por el Decreto 153 del 24 de octubre de 2016 no puede comprometer una conclusión de inconstitucionalidad de tal endurecimiento penal, aun cuando se asumen los reparos en torno a la ausencia de taxatividad respecto de los delitos frente a los que procede y su carácter contraproducente para el fin resocializador. No obstante, un control más exigente de la norma cuestionada sí satisface la demanda de un ejercicio argumentativo robusto cuando se trata de la afectación de derechos producida por la determinación legal de la pena. Tal conclusión se adhiere a la perspectiva que asume que

dato que la definición del alcance de los derechos fundamentales dista de moverse en el plano de lo indiscutible, los instrumentos argumentativos empleados en el control de constitucionalidad de las leyes han de estar diseñados para ser operativos más allá del umbral de lo evidente, pues sólo con una configuración más exigente del control es posible estimular un debate real y a fondo sobre las decisiones de la mayoría que afecten derechos fundamentales, y lograr que el juicio abstracto de constitucionalidad pueda cumplir con la función que hoy en día constituye su principal justificación, cual es la de "asegurar que no decaiga la práctica constitucional de pedir y dar razones en el espacio público de la democracia" (Lopera, 2008, p. 207).

Se concluye con la insistencia de que lo único que garantiza un control exigente de constitucionalidad es la satisfacción del derecho de los ciu-

---

justicia constitucional. Al fin y al cabo, la exigencia y la intensidad del control de constitucionalidad de las leyes contribuyen de manera importante a definir el carácter "débil" o "fuerte" de un diseño concreto de constitucionalismo".

dadanos a la argumentación, que es lo mínimo a lo que puede aspirar un ciudadano en un Estado constitucional y democrático de derecho cuando se trata de una medida que involucra las condiciones bajo las cuales se profiere el dolor penal en un sistema social. Este derecho, como se expuso, es lo que constituye "el sentido último del constitucionalismo de los derechos" (Prieto, 2004, p. 61).

## Fuentes

Alcácer, R. (1998) "Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 51, pp. 365-588.

Baratta, A. (2004), *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI.

Bernal, C. (2005), *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Bernal, C. (2006), "La racionalidad de la ponderación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 26, núm. 77, pp. 51-75

\_\_\_\_\_ (2007), "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios: ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?", *Doxa*, núm. 30, pp. 273-291.

CNDH-México (2016), *Racionalización de la pena de prisión*. Villanueva C., R. (coord)., 1a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Cuéllar, A., López, A. y Loera A. (2017), "Derechos humanos y ejecución penal en el nuevo sistema de justicia de México", *Acta Sociológica*, núm. 72, pp. 205-230, disponible en: «<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>».

org/licenses/by-nc-nd/4.0/)» (última fecha de consulta: 5 de julio de 2020).

Demetrio, E. (1999), *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, U. de Salamanca.

Echeverri, J. A. (2010), "La prisionalización, sus efectos psicológicos y su evaluación", *Revista Pensando Psicología*, vol. 6, núm. 11, pp. 157-166.

Ferrajoli, L. (1989), *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 1a. ed. en castellano (1995). Andrés Ibáñez, P., Ruiz Miguel, A., Bayón, J. C., Terradillos Basoco, J. y Cantarero, R. (trads.), Madrid, Trotta.

Fossas E. (2015), "Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, pp. 305-332.

Larrauri, E. (1998), "Criminología crítica: abolicionismo y garantismo", *Nueva Doctrina Penal*, pp. 719-752.

Lopera Mesa, G. P. (2004), "Los derechos fundamentales como mandatos de optimización", *Doxa*, núm. 27, pp. 211-246.

\_\_\_\_\_ (2005), "El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas. (Una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana)", *Nuevo Foro Penal*, 67, pp. 13-63.

\_\_\_\_\_ (2006), *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

\_\_\_\_\_ (2008), "El Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales", en Carbonell. M. (coord). *Principio*

*de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, pp. 173-207, México, CNDH-CEDH.

\_\_\_\_\_ (2011) "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia", *Revista de Derecho*, vol. XXIV, núm. 2, pp. 113-138.

\_\_\_\_\_ y Arias, D. P. (2010). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada.

Mir Puig, S. (2009), "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal", en Orts, E. (coord.) *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. 2, pp. 1357-1382.

Prieto L. (2004), "El constitucionalismo de los derechos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, pp. 47-72.

Roxin C. (2001), *Derecho penal. Parte general*. T. I. Luzón Pena, D. M., Díaz y García Conlledo, M. y De Vicente Remesal, J. (trads.), 2a. ed., Madrid, Civitas.

Silva, J. M. (1992), *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch.

Von Hirsch, A. (1998), *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid.

