

# LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN MÉXICO. SU APLICACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Por

LUIS FELIPE GUERRERO AGRIPINO\* / LEANDRO EDUARDO ASTRAIN BAÑUELOS\*\*  
Doctor en Derecho / Doctor en Derecho  
Universidad de Salamanca / Universidad de Guanajuato

[lfga@ugto.mx](mailto:lfga@ugto.mx) / [eduardoastrain@hotmail.com](mailto:eduardoastrain@hotmail.com)

*Revista General de Derecho Penal* 26 (2016)

**RESUMEN:** La teoría del bien jurídico se encuentra seriamente cuestionada en Alemania a partir de su desconocimiento en un caso concreto resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, al considerar que la misma no tiene sustento constitucional, siendo sustituida por el test de proporcionalidad en materia de derechos humanos. En México, por el contrario, dicha teoría ha sido elevada a rango constitucional y por lo tanto se traduce en un límite al ejercicio de la potestad punitiva para todos los operadores del sistema penal mexicano.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho penal, bien jurídico protegido, potestad punitiva, política criminal, test de proporcionalidad, sistema jurídico mexicano, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

**SUMARIO:** Introducción. I. La teoría del bien jurídico. II. Crisis de la teoría del bien jurídico. III. La teoría del bien jurídico en el sistema jurídico mexicano. IV. Reflexión final. Fuentes consultadas.

## THE CONSTITUTIONALITATION OF THE LEGAL GOOD THEORY IN MEXICO. ITS APLICATION IN THE MEXICAN LEGAL SYSTEM

**ABSTRACT:** The legal good theory is being questioned seriously in Germany as a cause of its lack of knowledge in a specific case settled by the German Federal Constitutional Tribunal, considering that the aforementioned theory hasn't had constitutional support, it has been substituted by the proportionality test in human rights issues. On the contrary, in Mexico such a theory has been enacted to a constitutional range, hence it is turned into a limit to the punitive power for all the operators of the Mexican Penal System.

**KEYWORDS:** Criminal law, protected legal good, punitive power, criminal policy, proportionality test, Mexican Legal System, Political Constitution of the United Mexican States.

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesor titular del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno del Campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato, México. Rector General de la Universidad de Guanajuato, México.

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Profesor titular del Departamento de Derecho del Campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato, México.

SUMMARY: Introduction. I. The legal good theory. II. The legal good theory's crisis. III. The legal good theory in the Mexican legal system. IV. Final considerations.

## INTRODUCCIÓN

Desde sus orígenes el Derecho Penal fue concebido como un medio para evitar que la venganza privada fuera excesiva y por ende desproporcionada frente al daño o agravio causado por el infractor a la víctima. Por ello, no es de extrañar que se le asumiera como un derecho eminentemente protector del delincuente, de tal suerte que fue considerado por Franz Von Liszt como la *carta magna del delincuente* y como la *barrera infranqueable de la política criminal*.<sup>1</sup> Ello ha influido considerablemente en la construcción del edificio conceptual que le da soporte y legitimidad al Derecho Penal propio de un Estado Constitucional, mismo que ha evolucionado de tal manera que la Dogmática Penal se constituye como una de las ramas de la ciencia jurídica que presenta mayor riqueza teórica. Como lo refiere Eduardo García de Enterría, en el ámbito de la teoría del delito se han precisado tanto los conceptos y se han desarrollado tanto las preposiciones que el producto final es una obra de arte de miniaturistas realmente admirable.<sup>2</sup> Este alto grado de desarrollo científico se puede apreciar en la *teoría del bien jurídico*, la cual se considera la base a partir de la que se construye y limita al Derecho Penal, por lo menos en los países influenciados por la ciencia de Derecho penal alemana, como es el caso de España, México y la gran mayoría de los de Latinoamérica.

En efecto, existe casi un acuerdo unánime en considerar que la función del Derecho Penal, por lo menos en un Estado Constitucional<sup>3</sup>, es la de proteger aquellos bienes jurídicos que resultan indispensables para garantizar la vida pacífica de los individuos en la sociedad. Así, se pretende que mediante esta rama del Derecho, los bienes jurídicos

---

<sup>1</sup> Refiere Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito*, traducción de la segunda edición alemana de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 1997, pp. 138 y 223, que tales expresiones fueron utilizadas por Von Liszt por primera vez en un informe del año de 1893 para la Unión Internacional de Derecho Penal (IKV), impreso en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905 y reimpresso en 1970.

<sup>2</sup> Citado por Polaino-Orts, Miguel, *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal. Fundamentos y función del Derecho penal. Autodeterminación e imputación normativa. Criminalidad organizada y Derecho Penal del Enemigo*, primera edición, México, Editorial Flores, 2016, p. 12.

<sup>3</sup> Debemos reconocer que en los Estados totalitarios o facistas, el Derecho Penal se utiliza como un medio para legitimar las políticas públicas, muchas de ellas poco respetuosas de los derechos humanos.

de mayor importancia no sean lesionados ni con los delitos ni con las penas. Por tanto, no puede justificarse la criminalización de aquellos comportamientos que no lesionen o al menos pongan en peligro concreto a un bien jurídico.

Sin embargo, existen voces críticas respecto a esta posición, al estimar que la función protectora del Derecho penal no tiene sustento en la realidad, pues el aparato punitivo desencadena su actuación una vez que se ha lesionado o al menos puesto en peligro al bien jurídico. Más aún, en un criterio reciente del Tribunal Constitucional alemán, se ha afirmado que la *Teoría del bien jurídico* no tiene fundamento constitucional en Alemania, al menos para determinar la legitimidad o ilegitimidad de un tipo penal particular, acudiendo al test de proporcionalidad en materia de derechos humanos para determinarlo. Con ello ha tomado actualidad en Alemania el debate en torno a la vigencia de esta teoría, que ha sido defendida por un sector importante de la doctrina alemana, particularmente por la *Escuela de Frankfurt* de Derecho penal. Sin embargo, en México aún no ha impactado tal discusión en el ámbito académico, aunque se puede apreciar en algunos criterios de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se ha adoptado el test de proporcionalidad para dar respuesta a ciertas problemáticas penales relacionadas con la proporcionalidad de las penas, lo cual puede no ser del todo acertado, pues dicho test está pensado para resolver conflictos entre normas protectoras de derechos humanos. Más aún, no debe pasar desapercibido que con la reforma constitucional en materia penal publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, se reformó, entre otras disposiciones, el párrafo primero del artículo 22 constitucional, y en que expresamente se elevó a rango constitucional la *Teoría del bien jurídico*.

En el presente estudio expondremos la importancia que tiene dicha teoría en el discurso que legitima el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, así como las implicaciones que conlleva su constitucionalización en México.

## **I. LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO**

Los primeros antecedentes en torno al bien jurídico en el Derecho penal los encontramos en la teoría de los derechos subjetivos de Anselm von Feuerbach. Para este autor, el Estado sólo podía desencadenar el aparato penal en el caso en que un comportamiento lesionara un derecho de los ciudadanos. En su Tratado de Derecho Penal, cuya primera edición data de 1801, el referido autor manifestaba que “puesto que la conservación de los derechos es el objetivo general de las leyes penales, serán objeto de sus conminaciones protectoras tanto los derechos de los súbditos, como también los

derechos correspondientes al Estado (como persona moral)".<sup>4</sup> La principal objeción que se hizo a la teoría de Feuerbach es que existían comportamientos que no lesionaban derecho alguno y que sin embargo eran sancionados con pena. No obstante ello, la importancia del pensamiento feuerbachiano en torno a este tema estriba en la identificación de la función protectora del derecho penal (y desde luego habrá que reconocer que efectivamente en algunos tipos penales se protegen derechos subjetivos de los ciudadanos).

Es Birnbaum quien en 1834, utiliza por primera vez la expresión *bien* para referirse al objeto de protección penal. Para el referido autor, los comportamientos delictivos no lesionaban derechos, sino bienes, pues como lo refiere Raúl González-Salas Campos, Birnbaum "quería que los valores morales y religiosos quedaran protegidos mediante el derecho penal; por ello empleó el término *bien*, más amplio que el de *derecho*".<sup>5</sup> En esta concepción inicial, se entendía al *bien jurídico* como un elemento constitutivo de todos los tipos penales, la razón que llevaba el legislador para criminalizar determinados comportamientos. Por lo tanto, una de las principales funciones del intérprete consistía en identificar cuál era el bien jurídico que en cada tipo penal quería proteger el legislador. Como afirma Santiago Mir Puig, el bien jurídico no nace como límite de *lege ferenda*, sino como producto del *positivismo (de lege data)*".<sup>6</sup>

Frente a este concepto que ha sido denominado "metodológico" se ha desarrollado otro que entiende al bien jurídico como un límite a la potestad punitiva del Estado, de tal suerte que tiene una función político criminal, según la cual, sólo se legitima la criminalización de comportamientos cuando los mismos lesionan o ponen en peligro concreto los bienes jurídicos de mayor importancia y que resultan indispensables para garantizar la vida en sociedad. Dado que el Derecho penal constituye el recurso más drástico con el que cuenta el Estado para resolver los conflictos sociales, la protección que hace de bienes jurídicos es subsidiaria y fragmentaria: intervine una vez que otros mecanismos menos lesivos resultan insuficientes para llevar a cabo eficazmente dicha protección y sólo frente a ataques que revelen mayor peligrosidad. Por lo tanto, sólo será legítima la intervención penal frente a comportamientos que realmente lesionen los bienes jurídicos de mayor valor o los pongan concretamente en peligro. Con ello, la

---

<sup>4</sup> Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, traducción al castellano de la catorceava edición alemana, traducción Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Argentina, Editorial Hammurabi, 1989, p. 65.

<sup>5</sup> González-Salas Campos, Raúl, *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*, segunda edición, México, Oxford University Press, 2001, colección Estudios Jurídicos, p. 7.

<sup>6</sup> Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, segunda edición, Argentina, Editorial B de f, 2003, colección Maestro del Derecho, número 5, p. 113.

teoría del bien jurídico ha servido para descriminalizar comportamientos que no cumplen con esta función político criminal, tales como el adulterio, las injurias, la homosexualidad, entre otros.

Pero resulta fundamental determinar qué se debe entender por bien jurídico como límite al ejercicio del poder punitivo. Claus Roxin nos dice que un concepto vinculante políticocriminalmente solo puede derivarse del sistema de valores contenido en la Constitución. Por ello, define a los bienes jurídicos como “las circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.<sup>7</sup> Esta concepción le viene previamente dado al legislador penal, pero no es previa a la propia Constitución.

Así las cosas, el bien jurídico se transforma en un límite material para la actuación de los principales operadores del sistema penal. En sede legislativa impone al legislador la obligación de solo tipificar comportamientos que realmente lesionen o pongan en peligro un bien jurídico de importancia trascendental para la sociedad, por lo que no tiene un cheque en blanco para criminalizar lo que quiera. En sede judicial, es un límite para el juzgador pues éste sólo podrá imponer una pena cuando en el caso concreto sometido a su consideración el inculpado efectivamente haya causado una lesión o puesta en peligro al bien jurídico.

## II. CRISIS DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

La función protectora de bienes jurídicos del Derecho penal es una premisa aceptada mayoritariamente en la dogmática penal, aunque con diversos matices. De ahí que sea asumida en diversos criterios de jurisprudencia y en algunos ordenamientos jurídico penales<sup>8</sup>. No obstante, algún sector de la doctrina ha negado rotundamente dicha función, entre los que destaca la posición del siempre controvertido profesor Günther Jakobs, para quien la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos también proviene de

---

<sup>7</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito*, traducción de la segunda edición alemana de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 1997, p.56. Negritas en el original.

<sup>8</sup> Por ejemplo, el Código Penal para el Estado de Aguascalientes la contempla en su Artículo 2º mismo que señala: “ARTÍCULO 2o.- Principios de intervención mínima, lesividad y exterioridad. Para que una acción u omisión sean consideradas delictivas, se requiere que afecten o pongan en peligro concreto, sin causa justificada, al bien jurídico tutelado por la ley penal. El bien jurídico es el interés individual o colectivo protegido por un tipo penal en particular. El resultado podrá ser de afectación, destrucción, disminución o compresión del bien jurídico tutelado o su puesta en peligro concreto, como probabilidad de afectación, destrucción, disminución o compresión del bien jurídico”.

procesos naturales, por lo que no define de manera exclusiva el injusto penal y más aún porque el aparato penal inicia su actuación una vez que el bien jurídico ha sido lesionado, inclusive en algunos de forma irreparable, por lo que la protección ha sido ineficaz<sup>9</sup>. Por ello, para el referido autor la función del Derecho penal es reafirmar la vigencia de la norma conculcada con el delito.

Más aún, la teoría del bien jurídico ha perdido su vocación original descriminalizadora de comportamientos que no lesionan bienes jurídicos, convirtiéndose en un criterio para justificar la criminalización de nuevos comportamientos. Por ello, una de las características que reviste el Derecho penal de la actualidad es el aumento en el número de conductas sancionadas con una pena, a través de tipos penales que protegen bienes jurídicos abstractos en los que basta que el autor despliegue la conducta típica para que se lesione formalmente el bien jurídico. Esto es, sean creados bienes jurídicos formales para justificar la criminalización de nuevos comportamientos. Al respecto, señala Winfried Hassemer que “la protección de bienes jurídicos se transforma así en un mandato para penalizar, en lugar de ser una prohibición condicionada de penalización; en un factor positivo para conseguir una correcta criminalización, en vez de ser un criterio negativo para la misma”<sup>10</sup>.

Sin embargo el golpe más duro a la teoría del bien jurídico provino del Tribunal Federal Constitucional Alemán al desconocer dicha teoría en el año de 2008, cimbrando el edificio conceptual de la dogmática penal sustentada en el bien jurídico, a partir de la resolución de un caso relacionado con el tipo penal de incesto.

En el año 2000, dos hermanos de sangre que habían sido separados cuando eran muy pequeños, se reencontraron. A partir de la muerte de su madre en diciembre de ese mismo año, el hermano, de veintitrés años, y la hermana de dieciséis, intensificaron su relación, de tal manera que mantuvieron una relación pública durante la cual procrearon entre 2001 y 2005 cuatro hijos. Después de presentar diversas denuncias por incesto, en el año de 2005 el varón fue condenado a 14 meses de prisión -se consideró que la mujer no era penalmente responsable al tener una discapacidad mental-. En 2007 el tribunal de segunda instancia confirmó la condena, por lo que en el mismo año la defensa acudió al Tribunal Federal Constitucional Alemán, alegando la inconstitucionalidad del tipo penal de incesto, en virtud de que violaba diversos derechos constitucionales como la libre

---

<sup>9</sup> Cfr. Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, segunda edición corregida, traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997, pp. 55-58.

<sup>10</sup> Hassemer, Winfred, “Viejo y nuevo Derecho Penal”, en *Personalidad, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, traducción Francisco Muñoz Conde y María del Pilar Díaz Pita, Colombia, Editorial Temis, 1999, p. 20.

determinación sexual, la no discriminación, igualdad, proporcionalidad y porque el tipo penal protegía la moralidad y no derechos legales.

En resolución dictada en febrero de 2008, dicho Tribunal decidió separarse de la teoría del bien jurídico al estimar que no tenía sustento constitucional. En tal sentencia señaló que “Conforme a la Constitución, las normas penales no están sujetas a ningún requerimiento que se pueda derivar de la teoría del bien jurídico en materia penal”.<sup>11</sup> Por lo que para determinar la constitucionalidad de la regulación penal del incesto decidió acudir al Test de proporcionalidad, mismo que se ha desarrollado en el ámbito de la ciencia del Derecho Constitucional y de los Derechos Humanos, para resolver conflictos que se presenten en normas protectoras de derechos humanos. Según el test o proporcionalidad, la norma es legítima si persigue un objetivo legítimo; si está capacitada para lograr ese objetivo; si es necesaria, es decir, que no exista un medio menos severo que tenga la misma efectividad y; si la norma es adecuada, es decir, proporcional en relación con el objetivo que se desea alcanzar. Y siguiendo este test, el Tribunal Constitucional determinó que era constitucional y por ende legítima la regulación penal del incesto, al estimar que la norma impugnada cumplía con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Las principales críticas que se han realizado a este test de proporcionalidad aplicado al ámbito penal han venido de la Escuela de Frankfurt. El propio Hassemer, refiere que “en caso de necesidad, la ponderación de intereses legitima la intervención en derechos y principios que son la base de nuestra cultura jurídica, como sucede, por ejemplo, con los principios de culpabilidad, proporcionalidad, *in dubio pro reo*, protección de la intimidad, etc.”<sup>12</sup> A decir del referido autor, prescindiendo de tales principios es como el derecho penal ha aumentado su eficacia. Por otro lado, Cornelius Prittwitz estima que en los juicios de ponderación, como en el caso del test de proporcionalidad, el Derecho puede hacer poco, y tampoco requerimos de una Corte Suprema, pues en todo caso bastaría un sabio o un grupo de sabios para resolver los conflictos sociales. Y concluye:

---

<sup>11</sup> Citada por Burchrd, Christoph, “El principio de proporcionalidad en el ‘Derecho Penal Constitucional’ o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania, en Ambos, Kai (Dir.) y Böhm, María Laura (Coord.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Colombia, Editorial Temis, 2012, p. 34.

<sup>12</sup> Hassemer, Winfred, “El destino de los derechos del ciudadano en el Derecho penal eficaz”, en *Personalidad, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, traducción Francisco Muñoz Conde y María del Pilar Díaz Pita, Colombia, Editorial Temis, 1999, p. 48.

“Una Corte que abiertamente argumenta así, aunque puede tomar una buena decisión, ya ha dejado de buscar (y encontrar) la respuesta del Derecho”.<sup>13</sup>

Por nuestra parte, consideramos que es incorrecta la utilización del test de proporcionalidad para resolver problemáticas relacionadas con el derecho penal, pues dicho test está pensado para resolver conflictos de normas protectoras derechos humanos. La riqueza conceptual del derecho penal no debe ser desplazada por constructos teóricos que responden a necesidades diversas a las que plantea el ejercicio del poder punitivo.

Los riesgos que representa la utilización del test de proporcionalidad en el ámbito penal ya han sido evidenciados. En un análisis concreto se puede llegar a soluciones contrarias aplicando la teoría del bien jurídico y el test de proporcionalidad, como aconteció en el caso del incesto antes referido, en detrimento de los principios que limitan a la potestad punitiva del Estado. Por ello, en todo caso se debería privilegiar la respuesta sustentada en la teoría basada en el sistema de valores que sustenta el edificio conceptual del Derecho penal.

### III. LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Sin lugar a dudas la teoría del bien jurídico ha influido de forma notable tanto en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación penal mexicanas. No son pocos los códigos penales en nuestro país que en su parte especial clasifican los tipos penales a partir del bien jurídico que protegen. La mayoría de los doctrinarios mexicanos, influenciados por la dogmática penal alemana, desarrollan sus postulados a partir de la función protectora de bienes jurídicos del derecho penal. Y en la jurisprudencia mexicana, encontramos gran cantidad de criterios sustentados en la teoría del bien jurídico.

Más aún, con la reforma constitucional que en materia penal se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, se elevó a rango constitucional dicha teoría al ser contemplada en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la última parte de su primer párrafo en los términos siguientes: “Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”. No obstante la importancia de la reforma en esta parte, al establecer en una frase toda una directriz política criminal que influye en todos los operados del sistema penal, la misma ha pasado casi desapercibida en el ámbito académico mexicano, ante el furor que

---

<sup>13</sup> Prittwitz, Cornelius, “La función del Derecho Penal en la sociedad globalizada del riesgo - defensa de un rol necesariamente modesto-”, en Ambos, Kai (Dir.) y Böhm, María Laura (Coord.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Colombia, Editorial Temis, 2012, p. 56.

representó la adopción del sistema acusatorio adversarial de corte garantista y la consolidación del régimen penal de excepción para la delincuencia organizada que también contempló la propia reforma.

Como bien es sabido, la reforma penal constitucional de 2008 fue el resultado del análisis conjunto de diversas iniciativas presentadas por diversos diputados pertenecientes a diferentes grupos parlamentarios de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. En la exposición de motivos del Dictamen de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados relativos a dicha reforma, se señaló en la parte que interesa que “En el actual primer párrafo del artículo 22 se propone establecer el principio de que toda pena debe ser proporcional al delito que se sancione y al bien jurídico afectado. Con lo anterior se pretende que el legislador secundario, al momento de determinar las penas, busque la congruencia entre la sanción y la importancia del bien jurídico que se tutela. Así, entre mayor sea la afectación, la pena debe ser mayor y viceversa”. Por su parte, en la exposición de motivos del Dictamen de las comisiones unidas de la Cámara de Senadores, también se dieron las mismas consideraciones al señalar que “Respecto a las modificaciones realizadas al artículo 22 constitucional, estas comisiones dictaminadoras coinciden plenamente con la colegisladora en la necesidad de establecer el en forma expresa el principio de la proporcionalidad de la pena, es decir, que toda pena que se prevea debe valorar el delito que se sanciona y el bien jurídico afectado. Con lo anterior se pretende que el legislador secundario, al momento de determinar las penas, busque la congruencia entre la sanción y la importancia del bien jurídico que se tutela”.

Como se aprecia, la teoría del bien jurídico ha sido adoptada por el Constituyente Permanente y aunque su intención fue relacionarla con el principio de proporcionalidad, es claro que de la propia exposición de motivos y de la redacción expresa del artículo 22 constitucional se desprende la función político criminal de protección de bienes jurídicos del Derecho penal, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica. Por lo tanto, a diferencia de lo argumentado por el Tribunal Constitucional Alemán, en México sí tenemos un referente constitucional por virtud del cual todos los operadores de las agencias de criminalización deben observar puntualmente la teoría del bien jurídico.

Ahora bien, de la exposición de motivos se desprende que el mandato va dirigido exclusivamente al legislador. Sin embargo, del texto del artículo constitucional no se aprecia tal circunstancia, por lo que toda vez que la norma reconoce un derecho humano, se debe realizar una interpretación *pro homine* extensiva por virtud de la cual también los órganos jurisdiccionales deben observarlo al individualizar la pena al caso concreto, tomando en cuenta, además otros factores como el grado de culpabilidad del autor.

En contrapartida, Sergio García Ramírez estima que las dos invocaciones que utiliza el Constituyente Permanente (delito y bien jurídico) pudieron reducirse a una sola, el delito, pues este concepto incorpora el bien jurídico que quiere proteger a través de la tipificación penal, por lo que “si el empleo de ambas expresiones -'delito que sancione' y 'bien jurídico afectado'- obedece a un deslinde deliberado, hubiera sido interesante que el dictamen de los diputados proporcionara la correspondiente explicación, que acaso no carecería -si es convincente- de trascendencia práctica”.<sup>14</sup>

Nosotros consideramos que la utilización expresa del término *bien jurídico afectado* por parte del constituyente permanente entraña a una decisión político criminal limitadora de la potestad punitiva del Estado.

Ahora bien, en lo tocante a la utilización del concepto bien jurídico por parte de la jurisprudencia mexicana, apreciamos que desde la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, se ha utilizado el concepto metodológico del bien jurídico en diversos criterios tanto por Tribunales Colegiados de Circuito como por la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando tanto en Pleno como en Salas. Sin embargo, es importante considerar que a partir de la reforma penal constitucional de 2008 encontramos algunos criterios que determinan la proporcionalidad de las penas no atendiendo al bien jurídico afectado, sino aplicando el test de proporcionalidad, como se puede apreciar en la tesis cuyo rubro es SECUESTRO EXPRESS. EL ARTÍCULO 163 BIS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL QUE LO SANCIONA, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA PENAL (TEST DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA PENAL), la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal determinó que proporcional, y por ende constitucional, la punibilidad prevista para el tipo penal de secuestro expreso contenido en el Código penal del Distrito Federal y que es de 20 a 40 años de prisión (por lo que el mismo razonamiento aplicaría para todos los tipos penales que contemplan una pena privativa de libertad de larga duración).<sup>15</sup>

En este criterio se aprecia lo grave de la aplicación del test de proporcionalidad en materia penal. Por fortuna, en los más recientes criterios jurisprudenciales, publicados en septiembre de 2014, la Primera Sala de la SCJN ha limitado el contenido del principio de proporcionalidad de las penas, distinguiéndolo del principio de proporcionalidad en

---

<sup>14</sup> García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, segunda edición, México, Editorial Porrúa, 2009, pp. 179-180.

<sup>15</sup> Cfr. Décima Época, Primera Sala de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, libro II, tomo I, noviembre de 2011, tesis: 1ª. CCXXXVI/2011 (9ª.), p. 209.

derechos humanos.<sup>16</sup> En la tesis identificable con el rubro PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SUS DIFERENCIAS CON EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES, ha clarificado que el test de proporcionalidad antes analizado es un medio para analizar una relación de principios que se encuentran en conflicto, es un test de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales, no de penas. En cambio, en el caso de la proporcionalidad de penas se analiza una regla (el tipo penal de que se trate) frente a un principio constitucional (el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 22 constitucional) para determinar si aquella regla satisface o no la exigencia del principio constitucional, esto es, si la pena es acorde o no en relación con el bien jurídico afectado. En este caso no es posible aplicar el test de proporcionalidad, pues no se está ante una colisión de dos principios.<sup>17</sup>

#### IV. REFLEXIÓN FINAL

En un Estado Constitucional, la función del Derecho Penal sigue siendo la de proteger bienes jurídicos para que no sean lesionados ni con los delitos ni con las penas. Esta afirmación constituye en México una decisión político criminal contenida en la Constitución Federal a partir de la Reforma al primer párrafo del artículo 22 en 2008. Por ello, la utilización del test de proporcionalidad en materia de derechos humanos resulta inconstitucional para el problema de la proporcionalidad de las penas, siendo que la resolución que se lleve a cabo aplicando dicho test también resulta inadecuado, pues al ponderar derechos se puede prescindir de algunos que se constituyen como límites a la potestad punitiva del Estado.

#### BIBLIOGRAFÍA

BURCHARD, Christoph, "El principio de proporcionalidad en el 'Derecho Penal Constitucional' o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania, en Ambos, Kai (Dir.) y Böhm, María Laura (Coord.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Colombia, Editorial Temis, 2012.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, traducción al castellano de la catorceava edición alemana,

---

<sup>16</sup> Sobre este la proporcionalidad en materia de derechos humanos véase Silva García, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, México, Editorial Porrúa, 2012.

<sup>17</sup> Cfr. Décima Época, Primera Sala de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, libro 10, tomo I, septiembre de 2014, tesis: 1ª. CCCIX/2014 (10ª.), p.590.

traducción Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Argentina, Editorial Hammurabi, 1989.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, segunda edición, México, Editorial Porrúa, 2009.

GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*, segunda edición, México, Oxford University Press, 2001, colección Estudios Jurídicos.

HASSEMER, Winfred, *Personalidad, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, traducción Francisco Muñoz Conde y María del Pilar Díaz Pita, Colombia, Editorial Temis, 1999.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, segunda edición corregida, traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997.

Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, segunda edición, Argentina, Editorial B de f, 2003, colección Maestro del Derecho, número 5.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal. Fundamentos y función del Derecho penal. Autodeterminación e imputación normativa. Criminalidad organizada y Derecho Penal del Enemigo*, primera edición, México, Editorial Flores, 2016.

PRITTWITZ, Cornelius, "La función del Derecho Penal en la sociedad globalizada del riesgo -defensa de un rol necesariamente modesto-", en Ambos, Kai (Dir.) y Böhm, María Laura (Coord.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Colombia, Editorial Temis, 2012.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito*, traducción de la segunda edición alemana de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 1997.