

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA
FACULTAD DE DERECHO MEXICALI**



**“NECESIDAD DE REFORMA AL ARTÍCULO 234 ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL
CÓDIGO PENAL FEDERAL, QUE PREVÉ EL DELITO DE USO DE
MONEDA FALSIFICADA, EN CUANTO A SU PENALIDAD”**

**TESIS
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO**

**PRESENTA
MARTÍN OROZCO TOLEDO**

**DIRECTOR
DRA. MARÍA CANDELARIA PELAYO TORRES**

ÍNDICE

Página

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO. TEORÍAS DE LA PENA Y/O TEORÍA DE LA PREVENCIÓN

1.1	Origen de la pena	1
1.2	Teorías de la pena	9
1.2.1	Teorías absolutistas	10
1.2.2	Teorías relativas	11
1.2.2.1	Teoría de la prevención general	12
1.2.2.2	Teoría de la prevención especial	14
1.2.3	Teorías mixtas o de la unión	16

CAPÍTULO SEGUNDO. GENERALIDADES SOBRE LA PENA

2.1	La pena en el derecho penal contemporáneo	19
2.2	Clasificación de las penas	20
2.2.1	Penas corporales	20
2.2.2	Penas infamantes	21
2.2.3	Penas privativas de derechos	21
2.2.4	Penas privativas de libertad	22
2.2.5	Penas pecuniarias	23
2.3	Teoría de la determinación de la pena	23

CAPÍTULO TERCERO. ANÁLISIS DEL TIPO Y PENALIDAD DEL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL

3.1	Tipo penal y sanción del primer y segundo párrafo	28
3.2	Elementos que constituyen la figura típica de la falsificación de moneda	29
3.2.1	Tipo objetivo	30
3.2.1.1	Conducta	30
3.2.1.2	Resultado	31
3.2.2	Tipo subjetivo	32
3.2.3	Objeto material	32
3.2.4	Sujeto activo	32
3.2.5	Sujeto pasivo	32
3.2.6	Bien jurídico tutelado	32
3.3	Tipo penal y sanción del tercer párrafo	33
3.4	Elementos que constituyen la figura típica de la falsificación de moneda	34
3.4.1	Tipo objetivo	34
3.4.1.1	Conducta	34
3.4.1.2	Resultado	35
3.4.2	Tipo subjetivo	35
3.4.3	Objeto material	35
3.4.4	Sujeto activo	35

3.4.5 Sujeto pasivo	35
3.4.6 Bien jurídico tutelado	35
3.5 La autonomía del delito de uso de moneda falsificada	36
3.6 La libertad provisional bajo caución	39
3.7 La improcedencia de los beneficios de sustitución de la pena de prisión y de condena condicional para el delito de uso de moneda falsa	42
CAPÍTULO CUARTO. ESTUDIO DE LA PENA PARA EL DELITO DE USO DE MONEDA FALSIFICADA CONFORME AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	
4.1 Principio de proporcionalidad	48
4.1.1 Presupuestos de aplicación del principio de proporcionalidad	53
4.1.1.1 La adscripción <i>prima facie</i> de una norma o de una posición a una disposición de derecho fundamental	53
4.1.1.2 La intervención legislativa en un derecho fundamental	55
4.1.2 Los subprincipios de la proporcionalidad	57
4.1.2.1 La idoneidad de la ley	58
4.1.2.2 La necesidad de la ley	61
4.1.2.3 La proporcionalidad en sentido estricto	64
4.2 Determinación de la pena conforme al artículo 22 constitucional	69
4.3 La pena del delito de uso de moneda falsificada conforme al principio de proporcionalidad	75
CAPÍTULO QUINTO. REGULACIÓN DEL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA EN LEGISLACIONES EXTRANJERAS	82
5.1 Delito de falsificación de moneda en el Código Penal Español	83
5.2 Delito de falsificación de moneda en el Código Penal Chileno	85
5.3 Delito de falsificación de moneda en el Código Penal Argentino	88
CONCLUSIONES	91
PROPUESTA	91
Fuentes de Información	94

INTRODUCCIÓN

El tema de investigación que se aborda en el presente trabajo se elabora con el deseo de que sirva como principio de elaboración jurídica para que su estudio y conocimiento se perfeccione y profundice, tiene justificación social y jurídica dadas las consecuencias legales que puede enfrentar cualquier persona víctima potencial de la obtención de un billete falso, sin estar en la mente de la persona la falsedad, ya sea a través de un cajero automático o de la caja de una institución bancaria y que por no tener pericia para revisar el billete recibido -tildado de falso- y pagar algún servicio con el mismo billete, tan sólo por ese “error” – ignorancia o falsa apreciación- y ante la imposibilidad material y jurídica de demostrar el desconocimiento de la falsedad del billete se deba enfrentar un proceso penal ante los tribunales jurisdiccionales en la comisión del delito de uso de moneda falsificada, previsto en el último párrafo del artículo 234 del Código Penal Federal y sancionado en el primer párrafo del mismo numeral con una penalidad de cinco a doce años de prisión y hasta quinientos días multa.

Aunado a lo anterior, en la praxis se presenta una incongruencia legal en cuanto a que el acusado de la comisión del delito de uso de moneda falsa tiene derecho a gozar del beneficio de la libertad provisional bajo caución, estado en que permanecerá en tanto se le dicta sentencia, y de ser considerado culpable y merecedor de una pena mínima de cinco años, y que por rebasar el límite máximo como requisito para que se le otorguen los beneficios de ley, no tendrá derecho a los mismos e irremediablemente tendrá de internarse voluntariamente en el centro de reclusión que le ordene el juzgador y en el caso de no hacerlo se ordenará su reaprehensión con la finalidad de compurgue la pena de prisión impuesta.

En el presente trabajo se sostiene que es injusta la pena de prisión que el legislador estimó debe ser reprochable en el inmerso tipo penal del delito de uso de moneda falsa, tomando en cuenta el principio de proporcionalidad de pena de prisión al delito que sancione y al bien jurídico afectado, conforme al artículo 22 constitucional toda pena debe ajustarse.

El análisis de la pena de prisión para el delito de uso de moneda falsa no se hace en forma aislada sino que se confronta con el diverso tipo penal de falsificación de moneda previsto en el segundo párrafo del artículo 234 del Código Penal Federal, con la finalidad de sustentar que las conductas previstas en ambas figuras delictivas se distinguen en su mayor o menor gravedad y por tanto no deben ser sancionadas con la misma penalidad.

En ese sentido, se hace un estudio desde un enfoque axiológico, respecto de la pena de prisión que debe corresponder al delito de uso de moneda falsa y al diverso injusto de falsificación de moneda.

Con base en lo anterior, nos propusimos como objetivos de investigación:

1. Sustentar si la sanción de cinco a doce años de prisión para el delito de uso de moneda falsa, previsto en el artículo 234 último párrafo, del Código Penal Federal, es violatoria del artículo 22 constitucional, es decir, si la sanción aludida para dicho ilícito, es excesiva y desproporcional al hecho delictuoso, en contraposición al delito de falsificación de moneda, que prevé el primer y segundo párrafo del artículo 234, del mismo ordenamiento legal;
2. Contrastar la incoherencia de una libertad provisional que irremediablemente tendrá como resultado una la privación definitiva de la libertad, sin derecho a recobrarla, sino que se tendrá que cumplir la pena de prisión en un centro de reclusión, ello ante la improcedencia de acceder a un beneficio de ley;
3. Proponer una reforma al artículo 234 último párrafo, del Código Penal Federal, que prevé y sanciona el uso de moneda falsa.

Para el desarrollo del trabajo de investigación formulamos como hipótesis las siguientes: 1. Una adecuada reforma al artículo 234, último párrafo, del Código Penal Federal, que prevea y sancione el delito de uso de moneda falsificada con una penalidad menor distinguiéndolo del diverso ilícito de falsificación de moneda, previsto y sancionado en el primer y segundo párrafo del artículo 234, del Código Sustantivo Penal, que en su comisión conlleva una mayor afectación a los bienes jurídicos tutelados por la norma penal, cumpliría con el principio de proporcionalidad de las penas al hecho delictuoso contenido

en el artículo 22, constitucional; 2. De reformarse el artículo 234 último párrafo, del Código Penal Federal, que prevea y sancione el delito de uso de moneda falsificada con una penalidad menor distinguiéndolo del diverso ilícito de falsificación de moneda, traería un gran beneficio para los sentenciados culpables por la comisión del citado ilícito, ya que la pena de prisión impuesta podría ser sustituida por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, tratamiento en libertad o multa a juicio del juzgador, en lugar de compurgarse la pena de prisión en un centro de reclusión, cuando previamente ha sido puesto en libertad provisional por no ser un delito considerado como grave por la ley penal.

Para el logro del presente trabajo se utilizó como técnica de investigación la documental, pues se desarrolló con base en los textos, preceptos legales, resoluciones judiciales, etc., y el método exegético, sistemático, para fundamentar argumentativamente las conjeturas propias de las hipótesis de trabajo.

La sistemática del presente trabajo se funda en el desarrollo de los temas divididos en tres capítulos: en el primero se aborda el tema de las teorías de la pena y/o teoría de la prevención; en el segundo las generalidades sobre la pena y en el tercer capítulo se tratan los aspectos valorativos sobre el delito de uso de moneda falsificada.

1.1 ORIGEN DE LA PENA

Explicar el significado de la pena como forma de castigo, que por siglos ha sufrido el hombre, nos obliga a retomar algunas ideas que se esconden en el pasado. El propósito de este retorno, es conocer y discurrir cuales fueron los motivos que permitieron el poner en práctica el derecho de punir. Quiénes fueron sus iniciadores y con qué fin.

Para poder responder, es más justificado recurrir a la historia del derecho penal. Trasladarnos al origen del castigo, nos lleva necesariamente a la venganza privada, a la ley del talión a la represión desmedida, cuya práctica era observada antes de que César Bonesana marqués de Beccaria ofreciera una serie de medidas que ponían entre dicho los abusos del derecho penal de esa época, impregnado con las ideas de pecado y expiación, en donde el delincuente era considerado como un pecador sujeto a purgar sus penas.

Fue en el año de 1764 cuando César Beccaria dio a conocer su libro de los delitos y de las penas, el cual “apareció en forma anónima en Livorno durante el verano”.¹ El derecho penal vigente, no era otra cosa más que la desproporción del castigo; mediante un proceso inquisitorial, la verdad del condenado era arrancada a través de la tortura, bajo una confesión de culpabilidad y a través del tormento que se aplicaba al reo, se ratificaba esa culpabilidad. La desigualdad entre los condenados atendía a la clase de la cual pertenecían, la propia ley eximia de las penas corporales y aflictivas a los delincuentes nobles, tan sólo por el hecho de pertenecer a esa clase.

¹ César Beccaria, De los delitos y de las penas, introducción de Francisco Tomás y Valiente, p. 9

Asimismo, la indeterminación de la pena en los textos legales, consentía que el legislador impusiera la pena y el castigo de acuerdo a su arbitrio. Ante un derecho descriptivo y casuístico, el juzgador empleaba la analogía para dictar su sentencia, rebasando con esta actitud lo previsto por el legislador.

“La oscuridad de las leyes, la aún mayor de la doctrina, (y así sucedía en Castilla) la ausencia de fundamentos de hecho y de derecho como justificación expresa de cada sentencia penal, hacía posible que la legalidad de estas fuese más escasa y el margen del arbitrio judicial enorme”.²

Vale la pena señalar las penas que en esa época se aplicaban y con ello constatar la política criminal que prevalecía. Las disposiciones jurídicas dirigidas para sancionar las acciones leves eran escasas, por ejemplo, se castigaba con la pena de destierro de una ciudad, la prisión por mucho tiempo, la venganza pública o pecuniaria. Las que estaban cargadas de rudeza eran las que se consideraban graves como: los azotes, presidio en minas o arsenales, mutilaciones (de ojos, de orejas, de manos, de lengua), galera por (tiempo o a perpetuidad) y la de mayor rigor, la pena de muerte, la cual era la que con mayor frecuencia se aplicaba cuando se confesaban culpables por los delitos de herejía, magia, sacrilegio, todos los comprendidos bajo la rúbrica de delitos de lesa majestad humana, sodomía o bestialidad, robo y homicidio. La ejecución era diversa, es decir, había varias formas de castigar al sentenciado para privarlo de la vida, en ello el juzgador elegía la forma más dolorosa y tardada, con el fin de sembrar el terror entre los gobernados. Sin duda, esta actitud para mantener un control absoluto a través de la intimidación se explicaba plenamente cuando quien en ese momento detentaba acudía al empleo de sanciones como: la muerte de saeta, la de hoguera, la de aceite hirviendo, el despedazamiento, la romana pena de culleum contra el parricida, la decapitación, el garrote, la horca. Foucault nos ilustra cuando transcribe parte del proceso al que fue

² Ibid., p. 28

sometido Robert Franáois Damiens, condenado a morir después de sufrir ante la multitud la tortura de que fue objeto.³

Luis de la Barreda ha dicho que “no se tortura por motu proprio ni por generación espontánea. Se hace porque así lo manda algún superior jerárquico o porque, aun sin el mandamiento expreso, es la práctica común a la que suele acudirse ante la complacencia o la tolerancia de un jefe”⁴ o tal vez la ignorancia e incapacidad de quien en ese momento detenta el poder lo hace echar mano de la regla no escrita que hasta nuestros días se hace evidente: ganarse el respeto ante los demás a través de la intimidación y el temor. En ese sentido, se ha llegado a la tortura física, psicológica y hasta la muerte.

Al iniciar Beccaria una lucha frontal contra la pena de muerte a través de las anotaciones hechas en su libro, marca el inicio de una nueva época en el derecho penal y en la ejecución de las sanciones.

Aún cuando el marqués milanés decidió sacar a la luz pública sus ideas en contra de la pena de muerte, poco antes, en el año 1748, de manera parcial, Carlos Luis de Secondat, Barón de la Brade y de Montesquieu, escribía en su obra “El espíritu de las Leyes”, como en la sanción de algunos delitos, no era prudente recurrir a esta pena, no así en otros que según su punto de vista merecían ser castigados con esa sanción, tal vez es el caso de cuando se refiere a los delitos de la tercera clase:

“Son los que turban la tranquilidad de los ciudadanos, las penas han de ser de la naturaleza de la cosa y referirse a dicha tranquilidad como la prisión, el destierro y otras que colmen los espitas inquietos y restablezcan el orden”.⁵

³ Michel Foucault, Vigilar y castigar, p. 11 y ss.

⁴ Luis de la Barreda Solórzano, La tortura en México, p. 20,

⁵ Carlos Luis Montesquieu y Brade, del espíritu de las leyes, lib. XII, Cap, IV, p. 126

Cuando Montesquieu habla de los delitos de la tercera clase, se refiere a los que contienen “una simple lesión de policía, pues los que perturban la tranquilidad atentando a la vez contra la seguridad, deben ser incluso en la cuarta clase”,⁶ a este tipo de acciones se les debían aplicar los suplicios y la pena de muerte, las cuales serán impuestas cuando se “violara la seguridad de otros hasta el punto de quitarle la vida o querer quitársela”.⁷

De igual forma y en favor de la pena de muerte, Juan Jacobo Rousseau en el Contrato Social señala:

“El que quiere conservar su vida a expensas de los demás, debe también exponerlas por ellos cuando sea necesario. En consecuencia, el ciudadano no es juez del peligro a que la ley lo expone, y cuando el soberano le dice: “Es conveniente para el estado que tu mueras” debe morir, puesto que bajo esa condición ha vivido en seguridad desde entonces y su vida no es ya solamente un beneficio de la naturaleza sino un don condicional del Estado. La pena de muerte infligida a los criminales puede ser más o menos desde un mismo punto de vista: para no ser víctima de un asesino es por lo que se consiente en morir si se degenera en tal. En el Contrato Social, lejos de pensarse en disponer de su propia vida, sólo se piensa en garantizarla, y no es de presumirse que ninguno de los contratantes premedite hacerse prender. Por otra parte, todo malhechor atacando el derecho social, conviértese por su delito en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y se hace a la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal es más como a enemigo que como a ciudadano”.⁸

⁶ Idem.

⁷ Idem.

⁸ Juan Jacobo Rousseau, El contrato social, lib. II, cap V, p. 45

Luis Jiménez de Asúa⁹, señala que la filosofía penal liberal se encuentra se concreta en el pensamiento de Beccaria en una formula jurídica que resultaba del Contrato Social de Rousseau: el principio de legalidad de los delitos y de las penas: nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley.

Pareciera que la influencia de estos pensadores ilustrados¹⁰ hizo que Beccaria expusiera todos sus argumentos en contra de la pena de muerte. Así, el movimiento abolicionista suscitó una serie de comentarios tanto a favor como en contra, de esta manera Cuello Calón anota las razones de algunos enemigos de esta pena:

“Que la cárcel perpetua es suficiente para apartar a los hombres del delito, que muchos delincuentes por vanidad o fanatismo, afrontar la muerte sin miedo, pero que ni el fanatismo ni la vanidad persisten dentro de los muros de la prisión; que su ejecución es para la mayoría de los que presencian un espectáculo que no origina el saludable terror que la ley supone”.¹¹

Beccaria no fue fundador de la ciencia penal, esta ya existía. Desde la baja Edad Media hasta el siglo XVIII los juristas se apoyaban en los textos romanos justinianeos, a los cuales no se les resta valor, pero sí eran carentes de humanismo, iniciador de un derecho penal liberal que logró sacudir el escenario jurídico del pragmatismo en el que estaba inmerso, con “Los delitos y las Penas representó por la fuerza lógica de su existencia, el punto de inicio de la ciencia del Derecho Penal propiamente dicha”¹² durante esta época, la atención estaba encaminada a modificar las penas, el delincuente estaba considerado como un ser cuyo determinismo lo llevaba a cometer un delito impulsado por tal o cual razón, “el derecho penal y la

⁹ Luis Jiménez de Asúa, La ley y el delito, p. 26

¹⁰ “Beccaria fue seguidor de Rousseau en cuanto a ideas contractualistas y ella derivaba como necesaria consecuencia el principio de legalidad del delito y de la pena, consideraba que las penas debían ser proporcionadas al daño social causado” “Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, p. 170

¹¹ Eugenio Cuello Calón, La moderna penología, p. 118

¹² Armando Hernández Quiroz, Ideario Represivo. p. 12

pena eran considerados por la escuela clásica, no tanto como un medio para modificar al sujeto delincuente sino sobre todo como un instrumento legal para defender a la sociedad del crimen, cuando frente a éste donde fuese necesario, un disuasivo, es decir, una contramotivación”.¹³

Es en este periodo donde el derecho penal sufre un cambio importante para la humanidad, pero también es a partir de este momento, en que la pena de prisión es considerada algo útil, en razón de que “el daño social y la defensa social constituyen así en este sistema, los elementos fundamentales respectivamente de la teoría del delito y de la teoría de la pena”.¹⁴

Emiro Sandoval, ha dicho que “la más antigua y muy juiciosa noción sobre la pena proviene de Beccaria quien la concibió como un estorbo político que pretende interponerse en el proceso de la aparición de la conducta delictiva, sin destruir la causa la causa del impelante”¹⁵ pudiéramos decir que encontramos una primera respuesta al derecho de castigar, que es hasta nuestros días un gran problema: puesto que por una parte se pretende mantener el orden social y por otro, dar satisfacción a la reacción social. El orden social que desde los inicios se ha mantenido a través de la intimidación, pasó a ser un orden conseguido a través de la coacción represiva del Estado, lo cual, como afirma Jeschek, “no es fácilmente explicable”,¹⁶ porque el interés perseguido por el Estado, no es sólo un interés utilitario, sino que al interior de este utilitarismo, que legitima el castigo, se esconde el poder otorgado por el derecho hacia el operador del derecho, poder que al vulnerarse, transforma el ideal de Beccaria, de mantener el orden en el Estado a través de la organización de las penas, de encontrar como alternativa a la vindicta la defensa social.

¹³ Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, p. 23

¹⁴ *Ibid.*, p. 27

¹⁵ Emiro Sandoval Huertas, *Penología, parte general*, p. 24

¹⁶ Jeschek, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal, parte general*, p. 90

Consideramos que el derecho de castigar no debe verse como algo despreciable, por tratarse de que este derecho tiene por objeto reparar la parte que daña la paz pública, por el contrario, merece ser revisado, cuestionado y debatido constantemente porque “yacen miles de hombres sepultados vivos en otros hombres en nombre de la justicia, en nombre de la libertad, allí padecen, se les inflige la pena –el mal- en nombre del bien común”.¹⁷

La construcción de los presupuestos de una teoría del delito y de la pena y del proceso son los fines de este movimiento político-criminal, inspirado en las ideas del contrato social “el marco de una concepción liberal del Estado y del derecho basado en el principio utilitarista de la máxima felicidad para el máximo número”.¹⁸

La pena es para Pelegrino Rossi el cobro legal, es decir “la pena en sí misma, no puede concebirse sino con la retribución de un mal por un mal realizado por un juez legítimo, con ponderación y medida”¹⁹ de esta manera podemos describir, como en la construcción del castigo por la comisión de un delito, van surgiendo propuestas que dirigen su atención al castigo en la misma proporción que a la ofensa.

El hombre de ese tiempo ocupado de las cuestiones penales, consideró que debía existir una regla que permitiera al juzgador cobrar lo justo, entendido esto como una obligación de conciencia a favor de la sociedad; es decir, el hombre que delinque tiene que pagar por igual proporción con que ofendió. La intimidación en el derecho penal apareció como una medida preventiva. Mas tarde sería la prisión como institución la que legitimaría estas ideas.

Eugenio Cuello Calón, sostuvo que el castigo del delito tiene como fin que se perturbe la seguridad de la humana convivencia: no aspira a vengar el delito cometido sino a prevenir su repetición.²⁰ De acuerdo con sus convicciones de índole

¹⁷ Antonio Beristáin, Derecho penal y criminología, p. 74

¹⁸ Alessandro Baratta, Criminología crítica y crítica del derecho penal, p. 25

¹⁹ Eugenio Cuello Calón, Derecho penal, pp. 44 y 45

²⁰ Idem.

políticas, niega la idea de justicia absoluta, se inclina hacia la utilidad de ésta con lo que se coincide de alguna manera Jeremias Bentham.

Pudiéramos citar lo que otros pensadores clásicos han dicho en torno a la pena y la facultad del Estado de imponer penas como medidas represivas, sin embargo, conviene centrar el tema de investigación a las teorías que al respecto se han elaborado por insignes tratadistas. Teorías que se abordan en el siguiente capítulo.

1.2 TEORÍAS DE LA PENA

Dentro de este capítulo trataremos de explicar las teorías por las cuales ha transitado el tema que nos ocupa. La teoría, cuya definición la podemos resumir con la idea de un saber generalizado que permite explicarnos la realidad o determinados aspectos de ella. Encuentra por decirlo así, cierta reticencia del saber práctico. Es decir, al entender que el teorizante maneja sus concepciones sólo de manera mental y que no asoma o no contrasta con la realidad; con todas estas ideas creeríamos que toda concepción teórica obedece a una serie de reflexiones, y que éstas, están necesariamente ligadas a una posición filosófica y política de quien crea determinada teoría. Pero también es cierto, que ese quehacer está determinado por el momento histórico que se vive y que indiscutiblemente está extraído de la realidad.

Así vemos, que en el curso de la historia de la ciencia, han surgido infinidad de teorías que se han contrapuesto a la práctica o han probado o desaprobado una hipótesis. El teórico juega el papel más importante dentro del oficio científico. Teorizar es más que nada arrancarle a la realidad los problemas que presenta y tratar de resolverlos a través de proposiciones.

Justificado es que dentro de esta parte de nuestra investigación, nos asomemos a analizar las principales teorías que se han ocupado del ejercicio de la imposición de las penas. Considerando que el fundamento de la pena ha sido un tema tratado no sólo por juristas, sino también por filósofos, psicólogos, sociólogos. Los varios puntos de vista que expresaron dichos estudios se agruparon en lo que hoy llamamos teorías de la pena. Básicamente existen tres tipos de teoría, las teorías absolutas de la pena, las relativas y las mixtas o de la unión que debaten entre sí e internamente debido a la multiplicidad de autores sobre los fines de la pena (o se es un fin) valga decirlo así o un medio para llegar a algún objetivo. Cada teoría de la pena es una teoría del Derecho Penal, que tiene sus propias raíces filosóficas y políticas.

1.2.1 TEORÍAS ABSOLUTISTAS

Llevando el quehacer filosófico al derecho penal, podemos encontrar cómo de este rubro se inscriben dos incuestionables pensadores: Immanuel Kant y Georg Wilhem Friedrich Hegel, cuya anotación implica conocer los principios que tuvieron que ver con el derecho penal y principalmente con la pena.

La teoría absoluta considera a la persona como una consecuencia necesaria e ineludible del delito, ya sea porque debe ser reparado el daño o porque deba restituirlo. Así el fundamento de la teoría absoluta de la pena reside en la retribución del daño ocasionado; el verdadero sentido de la retribución es el de compensar un mal de manera de reparar la lesión jurídica y extinguir la culpabilidad del autor.

Para esta teoría, una vez que el infractor de la norma haya expiado su culpabilidad, entonces podrá reingresar a la sociedad como un hombre libre.

Por ello, una concepción absoluta de la pena afirma que ésta se libera de toda finalidad preventiva.

Fue Kant quien sostuvo que el sentido de la pena es la retribución de la culpabilidad. Puesto que la imposición de un castigo no se justifica en virtud de la utilidad social, éste no podría ser impuesto como medio para alcanzar otros fines. En su opinión el castigo no debe ser fundado en razones de utilidad social porque el hombre es “fin en sí mismo” y no un instrumento en beneficio de la sociedad.

Con la inflicción de una compensación justa, según esta teoría, se agota el contenido de la pena. Todos los otros efectos, intimidación, corrección, son, en el mejor de los casos, efectos concomitantes favorables que nada tienen que ver con la naturaleza misma de la pena.

La sanción se impone contra el delincuente porque ha quebrantado una norma; considerar cualquier otro fin punitivo atentaría contra la dignidad de la persona y la reduciría a la condición de un objeto.

Por otro lado tenemos a Hegel que nos presenta una teoría absoluta retribucionista. El mira la pena como la afirmación del Derecho. El delito es la negación de orden jurídico (tesis) y la pena (antítesis) es la negación del delito. En esta construcción “negación de la negación”, la pena se concibe como reacción, como un instrumento que restablece el orden jurídico sin tener fines utilitarios posteriores. Se han dicho que estas teorías no atribuyen a la pena ninguna utilidad social y el resultado es que la pena “no sirve para nada”.

1.2.2 TEORÍAS RELATIVAS

En tanto que Kant y Hegel, justificaban la pena desde un punto de vista ético y como retribución justa, y cuya función era ponerse al servicio de la sociedad. Al contrario de las teorías absolutas, y con una idea diferente, surgen las teorías relativas. Estas tienen como objetivo principal prevenir las conductas delictivas, “a estas teorías no importa tanto, como la anterior, lo que el hombre hizo, le importa más bien lo que puede hacer en el futuro”.²¹

El fundamento real de la pena (la culpabilidad) reposa en el pasado, aunque su fundamento final (aquello, que con ella se intenta alcanzar y se logra) se encuentre referido al futuro.²² Fines de la pena son pues el efecto intimidatorio (prevención general negativa), la corrección (prevención especial positiva) así como hacer al autor inofensivo (prevención especial negativa). El nuevo Estado social ha de intervenir de forma activa en la vida social para la defensa ante peligros y se atribuyó a la pena una forma de lucha contra el delito como fenómeno.

²¹ Luis de la Barreda Solórzano, Derechos Humanos y Derecho Penal, Nexos julio 1994 p. 16

²² Heiko H. Lesch, La función de la pena, cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, DYKINSON, 1999, p. 21

El programa de las teorías relativas se encuentra anunciado desde Platón en Protágoras:

*“Nadie impone una pena y se dirige contra quienes han cometido un delito porque hayan cometido un delito, a no ser que se quiera vengar de forma poco razonable como un animal. Quien, en cambio, pretenda penar a otro de forma razonable, no le impondrá la pena por el injusto cometido, puesto que él no puede deshacer lo ya hecho, sino en razón del futuro, para que no vuelva a cometer ni el mismo injusto ni otro parecido”.*²³

Las teorías relativas han conocido dos corrientes, las cuales siguen generando debate es en los diferentes Sistemas Estatales acerca de a cual se le debería dar mayor preponderancia: la prevención general y la prevención especial.

1.2.2.1 LAS TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL

Estas teorías conciben la pena como medio de prevenir los delitos en sociedad. Así el Derecho puede tener en la sociedad dos efectos: un efecto intimidatorio (la prevención general negativa) donde se concibe a la sociedad como un cúmulo de delincuentes y la pena como una amenaza para los ciudadanos. Y un segundo efecto integrador (la prevención general positiva).

Pero el concepto moderno de prevención general ha sido introducido por Feurbach con su teoría de la “coacción psicológica”. Considera al hombre no sólo como un ser racional sino además que se mueve por instintos. Movidio por la codicia el instinto lleva a delinquir. De ello Feuerbach deriva que:

²³ Ibidem.

“El estado tiene que servirse del medio a través del cual al ciudadano le resulte psicológicamente imposible dañar; mediante el cual le determine a no lesionar el Derecho, a no decidirse a ello... El único medio que le queda al estado a disposición es mediante el sentido influir en el sentido, y superar la inclinación mediante la inclinación contraria, el móvil hacia el hecho con otro móvil de sentido contrario...”²⁴

Feurbach ve en la pena un motivo *psicológico* para no cometer delito considerando que le sigue un mal mayor a una infracción. Feuerbach une la finalidad del efecto disuasorio en primer lugar no con la pena, sino con la *amenaza* de la pena.²⁵ Justifica entonces, la imposición de la pena no por el hecho de causar un mal en otros sino sólo por seguridad. El mal se causa para que se haga efectiva la *amenaza* penal, para disuadir a los demás de delinquir. Aquí la crítica aparece al plantearse cómo puede ser la amenaza una forma preventiva ante el delito que ya se ha cometido. La prevención por definición tiene que preceder al delito. Aquí Lunden señala que: *“...la ejecución de la pena sólo puede tener por ello como meta la futura efectividad real de la amenaza, esto es, la intimidación de otros...”²⁶*

Con esta teoría se trata de inhibir determinadas conductas consideradas delictivas. Así, la pena opera como coacción psicológica en el momento abstracto de la incriminación legal. La ejecución de la pena debe confirmar la seriedad de la amenaza legal. Entonces la pena no corresponde siempre al mal sufrido de la víctima. Ella es proporcional con el mal amenazado: cuanto más grave sea el mal amenazado, más grave sea el efecto intimidante. En la prevención intimidatoria (que se llama también “prevención negativa”), el aspecto de confirmación del Derecho Penal se denomina “prevención general positiva” o “integradora”. La prevención general positiva (respeto por la ley) debe ser entendida como una forma de limitar el efecto puramente intimidatorio de la prevención general.

²⁴ Santiago Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado*, Boch, Barcelona, 1982, p. 32

²⁵ *Idem.*

²⁶ Lunden, *Handbuch*, p. 53, citado por Lesch en su obra citada p. 25

Zaffaroni enseña que “si bien el poder punitivo utiliza múltiples limitaciones a la libertad ambulatoria, la más grave de ellas es la que tiene lugar cuando somete a una persona a una institución total, en cuyo ámbito cerrado realiza la totalidad o la parte más importante de su actividad cotidiana (pernoctación, alimentación, trabajo, estudio, recreación, etc.). Esta forma punitiva de institución total es la prisión, caracterizada también como institución de secuestro (Foucault)”. Zaffaroni también indica: “... ante el fracaso de las ideologías de la resocialización resulta que en la realidad la prisión se convierte en un mero local de depósito de seres humanos deteriorados ... se trata de una tendencia genocida que, en definitiva, se afilia a la prevención especial negativa, es decir a la idea de prisión como pena de muerte eventual (suicidio, enfermedad, etc.) o como pena neutralizadora por morbilidad o deterioro psicofísico...”. Esta exposición que sostiene Zaffaroni, demuestra que la pena en la realidad, más allá de nuestras leales aspiraciones, para lo único que sirve es para que el sistema del derecho penal subsista. Por último, tenemos a las teorías mixtas de la pena (también llamadas de la “Unión”), combinan los principios de las teorías absolutas con los principios de las teorías relativas.

1.2.2.2 TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL

A raíz de que transcurre el tiempo, que las penas se fueron tornando cada vez más lacerantes para el ser humano, el estudioso del derecho penal, creemos que siempre le ha animado, encontrar la fórmula para que la criminalidad disminuya. Dentro de este contexto, el penalista español Santiago Mir Puig, nos da una idea precisa sobre el significado de la prevención especial:

“A diferencia de la prevención general, que se dirige a la colectividad, la especial tiende a prevenir los delitos que pueden proceder del delincuente: la pena persigue según ella, evitar que quien la sufre vuelva a delinquir. Frente a él la imposición de la pena ha de servir como escarmiento o como

camino para la readaptación social (resocialización). La prevención especial no puede operar, pues como la prevención general en el momento de la conminación penal, sino en el de la ejecución de la pena”.²⁷

Se notan las diferencias entre una categoría y otra. La de la prevención general, funciona a través de la ley de manera amenazante e intimidatorio para prevenir el delito. En tanto que la prevención especial, centra su atención en el delincuente. Es evidente que la influencia del positivismo italiano tiene mucho que ver, pero es con Von Liszt con quien toman una gran fuerza dentro del derecho Alemán, considerado como el principal impulsor de esta corriente, para él la pena está concebida, de la manera siguiente:

“Según el derecho vigente, el mal que el juez penal inflinge al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor.

Dos caracteres esenciales forman pues el concepto de pena:

1. Es una lesión sufrida por el autor en sus intereses jurídicamente protegidos, una intromisión en la vida, la libertad, la propiedad o el honor del delincuente, y,
2. Es al mismo tiempo una reprobación tangible del acto y del autor. En el primer carácter reside el efectivo preventivo-especial de la pena: en el segundo, el efecto preventivo-general”.²⁸

La influencia de Von Liszt en las legislaciones, en las teorías de nuevo cuño, en las reformas que a raíz de su propuesta dieron lugar; obedeció sin duda a la concepción de esta “moderna dirección”, de aplicar las penas, y que por consecuencia traería aparejada la elaboración de una política criminal cuya intención era transformar el fin de la pena a través de la prevención especial. Mir Puig, nos indica como Von Liszt en su programa de Marburgo definió esta política criminal:

²⁷ Santiago Mir Puig, Introducción a las bases del Derecho Penal, Concepto y Método, p. 68

²⁸ Franz Von Liszt, Derecho Penal, Tratado I, p. 197

1. La pena correcta, es decir, la justa, la necesaria, lo que se determina con arreglo a la prevención.
2. La finalidad de la prevención especial, se cumple de forma distinta según las tres categorías de delincuentes que muestra la criminología:
 - a) Frente al delincuente de ocasión necesitado de corrección, la pena constituye un “recordatorio” que le inhibe de ulteriores delitos;
 - b) Frente al delincuente de estado corregible, debe perseguirse la corrección y la resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena;
 - c) Frente al delincuente habitual incorregible, la pena ha de conseguir la incriminación a través de un aislamiento que puede ser perpetuo.²⁹

Podemos observar que en este caso, el fin de la pena está enfocado hacia el delincuente, es a él al que se va a corregir y a resocializar. “Von Liszt se aparta así de la prevención general, ello es debido a sus consideraciones del Derecho Penal como “instrumento” de lucha contra el delito, lucha que concibe como ataques a las causas empíricas del delito, las cuales se reflejarían en la personalidad del delincuente. El objeto a que ello debía llevar era la protección de bienes jurídicos”.³⁰

1.2.3 TEORÍAS MIXTAS O DE LA UNIÓN

Para las teorías de la unión la pena debe cumplir en el mismo tiempo las exigencias de la retribución y prevención. Ella debe ser justa y útil. Mostrando así dos direcciones claras que apuntan de distinta manera: Una primera que ha dado prioridad a las exigencias de la justicia. Y otra segunda, de las teorías mixtas que es la utilidad pero a diferencia de las teorías preventivas, se buscan soluciones útiles que no sean injustas. Porque la utilidad es el fundamento de

²⁹ Santiago Mir Puig, Introducción a las bases del Derecho Penal, Concepto y Método, p. 69

³⁰ Idem.

la pena y sólo es legítima la pena que opere preventivamente. La segunda orientación es preferible desde el punto de vista de la política social, pero en Derecho Penal sólo se pueden trabajar con una serie de criterios justificantes de la pena en su trayectoria: el momento de la amenaza, el momento de la aplicación y la ejecución.

En el momento de la amenaza (Derecho Penal Material) el fin de la pena es la protección de los bienes jurídicos. En el momento de la aplicación (Derecho Procesal Penal) (individualización judicial) la pena no sirve para prevención general, sino para confirmar la seriedad de la amenaza legal, pero sin sobrepasar la culpabilidad del autor. Y en el momento de la ejecución (Sistema Penitenciario), la pena sirve para la resocialización del delincuente como forma de prevención especial. En general, y que sirva de reflexión, ninguna de estas teorías no explican suficientemente la utilidad y en el mismo tiempo la necesidad de la pena. En general la conclusión es que la pena es un mal necesario, pero se trata de una cuestión abierta, en que se buscan soluciones para un Derecho Penal más humano.

2.1 LA PENA EN EL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

El término *pena* deriva del término en latín *poena* y posee una connotación de dolor causado por un castigo.

Don Joaquín Escriche³¹ en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, define a la pena como:

“un mal de pasión que la ley impone por un mal de acción; o bien; un mal que la ley hace al delincuente por un mal que ha hecho con su delito. La pena pues produce lo mismo que el delito; pero el delito produce más mal que bien, y la pena al contrario, más bien que mal. La ley dice en una parte que la pena es galardón y acabamiento de los males hechos, y en otra que es enmienda de pecho, o escarmiento que es dado a algunos por los yerros que hicieron”.

En mi consideración la pena es el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la "restricción de derechos del responsable". Por ello, el Derecho que regula los delitos se denomina habitualmente Derecho penal. La pena también se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito.

Rafael de Pina³² en su obra “Diccionario de derecho” define a la pena como: “contenido de la sentencia de condena impuesta al responsable de una infracción penal por el órgano jurisdiccional competente, que puede afectar a su libertad, a su patrimonio o al ejercicio de sus derechos; en el primer caso, privándole de ella, en el

³¹ Citado por Francisco Leyva Martínez, Justa reforma al artículo 234, último párrafo, del Código Penal Federal. Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, número 6, publicación semestral, 2008. Instituto Federal de Defensoría Pública, pp. 263-280

³² Rafael de Pina, et. Al., “Diccionario de derecho”, Porrúa, México, 1996, p. 401

segundo, infringiéndole una merma en sus bienes, y en el tercero, restringiéndolos o suspendiéndolos”. En ese contexto, clasifica las penas en: pena accesoria, pena capital, pena corporal, pena de muerte, pena infamante y pena pecuniaria. Clasificación a la que nos referiremos más adelante.

El Derecho Penal moderno aboga por la proporcionalidad entre el delito y la pena. En muchos países se busca también que la pena sirva para la rehabilitación del criminal (lo cual excluye la aplicación de penas como la pena de muerte o la cadena perpetua).

2.2 CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS

A pesar de la connotación de dolor, las penas pueden ser de multitud de formas diferentes, no necesariamente dolorosas, en función del tipo de sanción que quiera imponer el Estado. En ese sentido pueden ser: penas corporales, penas infamantes, penas privativas de derechos, penas privativas de libertad y penas pecuniarias.

2.2.1 PENAS CORPORALES

En sentido estricto, las penas corporales son las que afectan a la integridad física. También puede entenderse pena corporal en sentido amplio como aquellas que no sean pecuniarias. En aplicación del sentido estricto, penas corporales son:

a) Tortura: Se suele entender que se trata de un trato inhumano o degradante y que va contra los derechos fundamentales, pero en muchos países se sigue usando (azotes, amputaciones, etc.).

b) Pena de muerte: La más drástica, abolida en muchos países. Sin embargo, no se considera trato inhumano o degradante, al contrario que la tortura o los azotes.

2.2.2 PENAS INFAMANTES

Son consideradas como penas infamantes aquellas cuya sanción penal afecta al honor y dignidad de la persona sobre la que recae. Son comunes en los delitos militares (por ejemplo, la degradación).

2.2.3 PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS

Son aquellas que impiden del ejercicio de ciertos derechos (generalmente políticos como el voto o familiares como la patria potestad), privan de ciertos cargos o profesiones o inhabilitan para su ejercicio. Hoy en día también son muy comunes la privación del derecho de conducción de vehículos de motor, y la privación del derecho al uso de armas. También son importantes las inhabilitaciones para el ejercicio de cargos públicos durante un tiempo determinado.

Son de muy variado contenido y existe una tendencia a su expansión. Se trata en la actualidad de una categoría residual abierta que se define por ser aquellas penas distintas de privación de libertad y multa. Propiamente hablando toda pena que priva de algún derecho.

Entre estas, se pueden señalar: inhabilitación absoluta, que priva definitivamente del disfrute de todo honor, empleo o cargo público durante el tiempo señalado, inhabilitación especial para el ejercicio de un derecho concreto (como el disfrute de empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, de los derechos de patria potestad, tutela, guardia o curatela, y del derecho de sufragio pasivo), suspensión de empleo o cargo público, privación del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores, o a la tenencia y porte de armas; privación del derecho a residir en determinado lugar, a acudir a él, aproximarse o comunicarse con determinadas personas.

2.2.4 PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Se denomina de esta forma a la pena emitida por el juez como consecuencia de un proceso penal y que consiste en quitarle al reo su efectiva libertad personal ambulatoria (es decir, su libertad para desplazarse por donde desee), fijando que para el cumplimiento de esta pena el sentenciado quede recluido dentro de un establecimiento especial para tal fin, llamado comúnmente cárcel, aunque cada ordenamiento jurídico le de un nombre concreto (correccional, establecimiento penitenciario, centro de reclusión, centro de reinserción, centro de reinserción social, etc.).

La pena privativa de libertad, tal como su nombre lo indica, consiste en privar de libertad de tránsito al individuo sentenciado; se diferencia de la "*prisión preventiva*" porque la pena privativa es resultado de una sentencia y no de una medida transitoria como sucede con aquélla. Asimismo se diferencia de las denominadas "*penas limitativas de derechos*" en que la pena privativa no permite al reo conservar su libertad ambulatoria mientras la "*pena limitativa de derechos*" por cuanto ésta no afecta en modo alguno la libertad del reo para desplazarse y solamente impone la obligación de realizar ciertos actos (prestar servicios a la comunidad) o el impedimento de ejecutar otros (ejercicio de una profesión).

Pese a que viene a ser una concreción de la pena privativa de derechos, la doctrina la sitúa en un campo aparte debido a su importancia. Es la sanción penal más común y drástica en los ordenamientos occidentales (a excepción de la pena de muerte, de escasa extensión). Supone la privación de la libertad del sujeto, y dependiendo del grado de tal privación, pueden distinguirse: prisión, arresto domiciliario, destierro, trabajo comunitario o trabajos de utilidad pública.

2.2.5 PENAS PECUNIARIAS

La pena pecuniaria es aquella que afecta al patrimonio sobre el que recae la pena, de modo que se representa una disminución del mismo y que puede consistir en multa, decomiso o confiscación de bienes.

Esta clasificación de las penas toma en consideración la naturaleza del bien de que privan al sentenciado. Se caracterizan porque recaen directamente sobre el patrimonio, imponiendo al delincuente la obligación de pagar una suma de dinero a favor del Estado o en entregar los bienes u objetos materiales utilizados en la comisión del delito o los obtenidos como producto del mismo.

2.3 TEORÍA DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

La teoría de la determinación judicial (individualización) de la pena ha tenido un peculiar desarrollo en la historia del Derecho Penal. La dogmática de la teoría del delito, cuya finalidad era la determinación del *sí* o *no* del delito y, por tanto, del *sí* o *no* de la aplicación del marco penal legal, iba adquiriendo un grado creciente de desarrollo y refinamiento. La teoría de la individualización judicial de la pena, esto es, la determinación del *cuánto* de la pena dentro del marco legal quedaba, en cambio, al margen de ese desarrollo y refinamiento. Ello, a pesar de que -como se pone de relieve por casi todos los que se refieren al problema- las consecuencias del acto de individualización son determinantes y la posibilidad de recurrirlo y revisarlo, un aspecto esencial del derecho al recurso en materia penal.³³

Jesús María Silva Sánchez³⁴, refiere que no es posible dudar de que el desigual desarrollo de la teoría del delito y la teoría de la determinación de la pena se debe en parte a que, para un importante sector de la doctrina, la individualización judicial de la pena no se relaciona con el sistema de la teoría del delito, sino, por el

³³ Jesús María Silva Sánchez, La teoría de la determinación de la pena como sistema dogmático: un primer esbozo, Barcelona, abril 2007, p. 3

³⁴ Idem.

contrario, con las teorías de la pena. Así como que resulta dudoso si ha existido un “tradicional desinterés” de los dogmáticos por la determinación de la pena o, sencillamente, éstos, condicionados por la visión antidogmática de la individualización de la pena, se sometieron a una “auto-restricción”. A este respecto, se supone que la determinación de la medida de pena correspondiente a un hecho concreto habría de tener lugar recurriendo directamente a consideraciones de retribución, prevención general o prevención especial relacionadas con el referido hecho. A lo sumo, se admite que la valoración retrospectiva de los elementos del concreto hecho cometido se considere como un elemento más junto a aquellos otros.

La determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculados a las reglas dogmáticas de imputación, sino también (y sobre todo) una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena (esto es, en principios político-criminales generales).

Me parece posible afirmar que el resultado práctico de toda esa forma de ver las cosas es que se ha privado a los jueces de una orientación suficiente a la hora de decidir sobre diferencias de pena de años de duración. Consiguientemente, que los razonamientos judiciales sobre los que se asienta la asignación de una determinada medida de pena sean pobres, en unos casos; variables, siempre; y en ocasiones, directamente arbitrarios.

Silva Sánchez, pone de relieve que carece de sentido que se despliegue tanta energía en la elaboración de las teorías dogmáticas y que luego se abandone a la discrecionalidad su concreción última. Asimismo, advierte que los jueces necesitan establecer claramente si el delito que tienen que juzgar hoy merece mayor o menor castigo que el que tuvieron que juzgar ayer.³⁵

³⁵ Idem.

Demetrio Crespo refiere que el hecho de que la única política criminal que deba realizar el juez sea la que discurre por el cauce de las categorías dogmáticas no implica dejar de atender a los criterios preventivos.³⁶ Ello, porque precisamente dichas categorías dogmáticas pueden y deben ser reconstruidas en clave político-criminal considerando las finalidades preventivas y de garantía que legitiman el recurso al Derecho Penal. La teoría del delito se configurará así como un sistema de reglas que permiten establecer con la mayor seguridad posible el *sí* o *no* de tales merecimiento y necesidad de pena. Y la teoría de la determinación de la pena como teoría de la concreción del contenido delictivo del hecho implicará, a la vez, el establecimiento del *quantum* de su merecimiento y necesidad (político-criminal) de pena.³⁷

El referente próximo de cuanto aquí se indica es la denominada “teoría de la proporcionalidad con el hecho” (*Tatproportionalitätslehre*) que, ha sido desarrollada por HÖRNLE.³⁸ En esta línea, se pretende insistir en la necesidad de abordar la sistematización de las variables fácticas contenidas en los diferentes hechos concretos que realizan el tipo, con el fin de posibilitar una individualización “dogmática” de la pena. Naturalmente, una sistematización llevada hasta los últimos detalles resulta de una enorme complejidad.³⁹ En primer lugar, depende obviamente del criterio rector del concepto material de delito del que se parta. En segundo lugar, exige la traducción de ese criterio rector en criterios valorativos de ordenación. En tercer lugar, ha de establecer los diversos subniveles o perspectivas de análisis dentro de cada una de las categorías sistemáticas. Y, en cuarto lugar, debe hacer frente a la cuestión, sumamente compleja, de la cuantificación absoluta y relativa de cada una de las variables fácticas, examinadas desde las diversas perspectivas de análisis y a la luz de los criterios valorativos de ordenación.⁴⁰ De modo que, aun partiendo de la hipótesis de que fuera una sola la individualización jurídicamente

³⁶ Demetrio Crespo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca 1999, p. 205

³⁷ Jesús María Silva Sánchez, *La teoría de la determinación de la pena como sistema dogmático: un primer esbozo*, Barcelona, abril 2007, p. 5

³⁸ *Idem*, citando a HÖRNLE, *Determinación de la pena*, p. 34-35

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ *Idem*.

correcta, debería convenirse que es inevitable la admisión de márgenes de plausibilidad. Ello conduce a un sector de la doctrina a señalar que, en todo caso, la proporcionalidad no podrá establecerse en términos absolutos, sino relativos (dando lugar a un sistema comparativo de clases de casos más y menos graves).

3.1 TIPO PENAL Y SANCIÓN DEL PRIMER Y SEGUNDO PÁRRAFO

El delito de falsificación de moneda se encuentra previsto en el segundo párrafo y sancionado conforme al primer párrafo del artículo 234, del Código Penal Federal, en cuyo texto literal dice:

“Artículo 234. Al que cometa el delito de falsificación de moneda, se le impondrá de cinco a doce años de prisión y hasta quinientos días multa.

Comete el delito de falsificación de moneda el que produzca, almacene, distribuya o introduzca al territorio nacional cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes, y que por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con monedas emitidas legalmente.”

Del transcrito artículo 234 del Código Penal Federal, se advierte en su primer y segundo párrafo, la descripción del tipo penal de falsificación de moneda, y refiere que comete el delito de falsificación el que produzca, almacene, distribuya o introduzca al territorio nacional cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes, y que por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con monedas emitidas legalmente.

En ese contexto, el legislador previó sancionar la conducta de falsificación de moneda con el fin de dar seguridad jurídica a las relaciones comerciales de los gobernados, determinando bienes de valor y credibilidad a través de la emisión de la moneda con sustento normativo y atendiendo a la gravedad de la conducta atentatoria a la fe pública y economía nacional, consideró penalmente relevante sancionar la conducta antisocial con una penalidad igual que va de cinco a doce años de prisión y hasta quinientos días multa.

3.2 ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN LA FIGURA TÍPICA DE LA FALSIFICACIÓN DE MONEDA

La figura típica de la falsificación de moneda se integra por los elementos siguientes:

a) La existencia de un documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes (nacionales o extranjeros), que por ello, resulten idóneos para engañar al público por ser confundibles con monedas emitidas legalmente.

b) Que el sujeto activo produzca, almacene, distribuya o introduzca al territorio nacional dichos documentos o piezas.

Elementos que configuran el delito de falsificación de moneda en cuya esencia se trata de una conducta sumamente lesiva a los intereses de la colectividad y del Estado, que afecta a la economía interna de éste, así como la credibilidad y confianza que debe existir en el mercado con este instrumento de pago, por lo cual el daño no es sólo crematístico, sino, también es un daño que afecta a la política crediticia, la solidez y liquidez del propio Estado, así como la fe pública en esta forma de pago. Desde luego, falsificar moneda significa adulterarla o tergiversarla, es decir, fabricarla, producirla o alterarla de manera ilegal a semejanza de auténtica emitida por el Estado, con el fin de hacerla valer y pasar como si fuera verdadera.

Efectivamente, el Estado para propiciar la seguridad jurídica en las relaciones de los gobernados en sociedad, ha establecido determinados bienes con credibilidad intrínseca y plasmada normativamente; para ello, con la misma oportunidad y fin, tiene que crear los mecanismos político criminales de protección suficiente para evitar la alteración de dichos bienes, en los cuales, implícitamente, ha decretado la fe pública. Para tutelar a ésta, como bien jurídico, el Estado recurre a la ley penal, a la tipificación, como delitos, de ciertas conductas que o bien la lesionan o la ponen en peligro. Dentro de los bienes respaldados con la fe pública por el Estado, se encuentra en la moneda.

La moneda es un signo representativo del precio de las cosas, para hacer efectivos los contratos y cambios. El desarrollo del intercambio múltiple y generalizado precisa, en la economía política, de una mercancía que sea expresión de valor de todas las demás, de modo que sea aceptada por todos a cambio de cualquier otra mercancía. En estricto sentido la moneda se manifiesta, normalmente, en forma de disco metálico utilizado como elemento intermediario en las transacciones comerciales, merced a los signos de legales y fe pública que contiene. Así tenemos que el Estado, entre cuyas finalidades está la de proteger los derechos individuales y facilitar las relaciones contractuales entre los asociados, crea una serie de objetos destinados a garantizar algunos de esos derechos y a facilitar las transacciones de índole económica. Así aparece la emisión de la moneda, elaborada por el Estado o con su autorización y bajo control, el cual le imprime un valor que él atesta y garantiza, mediante la imposición de determinados signos autenticadores.

3.2.1 TIPO OBJETIVO

En el tipo objetivo encontramos la conducta y resultado del ilícito en cuestión.

3.2.1.1 CONDUCTA

Las conductas típicas consisten en producir, almacenar, distribuir o introducir al territorio nacional los documentos o piezas utilizables en las monedas circulantes en las condiciones que señala el párrafo tercero del artículo 234 del Código Penal Federal.

Producir aquí es hacer o fabricar algún documento o pieza metálica aparentando en ésta que se trata de una moneda de las que circulan como de curso legal, siendo ello irreal aunque por su apariencia y parecido con la moneda real, es idónea para engañar al público confundiéndole como si fueran monedas emitidas conforme a la ley. Almacenar es guardar o acopiar las monedas falsificadas.

Distribuir es repartir, colocar o hacer llegar al mercado, para su uso, las monedas falsificadas. Introducir al territorio nacional es traer o meter al país, la moneda falsa con las características antes señaladas.

El elemento normativo (...resulten idóneos para engañar al público...) por ser confundibles con monedas emitidas legalmente, significa la aptitud o suficiencia que debe contener el documento o la pieza en sí que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas reales, para provocar el engaño o la confusión de quienes en el mercado las reciban, de tal suerte que si se careciera de este elemento no habría idoneidad, pues, una pieza burda, por ejemplo, de mayor tamaño, de color diferente, con imágenes distorsionadas y distintas por lo tanto de las monedas auténticas, no sería apta para engañar al público como si se tratara de una moneda verdadera. Esto último es importante, o sea lo relativo a la semejanza de la moneda verdadera con la falsificada, para hacer pasar a ésta como auténtica, habida cuenta una imitación tosca o grosera de la misma, insuficientemente capaz de provocar engaño a una persona corriente o no especializada en emisión de monedas, no sería materia de este elemento típico de la idoneidad y por tanto, no constitutiva de este delito.

3.2.1.2 RESULTADO

El resultado se consuma al momento de producir cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes; cuando se almacene o distribuya, o bien, en tratándose de la introducción al territorio nacional, al momento de infiltrar, meter o penetrar en el territorio de la República las monedas falsas señaladas. El propio tipo en estudio establece que se comete el delito en grado de tentativa cuando por razones ajenas a la voluntad del agente no se produzca el resultado típico.

3.2.2 TIPO SUBJETIVO

El aspecto subjetivo del tipo indica se trata de un delito doloso (dolo directo), es decir el agente debe conocer y querer realizar el tipo objetivo.

3.2.3 OBJETO MATERIAL

Los documentos o piezas que contengan imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes y que sirven para engañar al público por ser confundibles con monedas emitidas legalmente.

3.2.4 SUJETO ACTIVO

Cualquier persona.

3.2.5 SUJETO PASIVO

El Estado, la comunidad, la persona que resulte engañada al recibir una moneda falsa confundiéndola con una verdadera.

3.2.6 BIEN JURÍDICO TUTELADO

La fe pública, la economía nacional.

3.3 TIPO PENAL Y SANCIÓN DEL TERCER PÁRRAFO

El delito de uso de moneda falsificada, se encuentra previsto en el artículo 234, párrafo tercero, del Código Penal Federal, y sancionado en el párrafo primero, del mismo numeral, en cuyo texto literal dice:

“Artículo 234. Al que cometa el delito de falsificación de moneda, se le impondrá de cinco a doce años de prisión y hasta quinientos días multa.

Comete el delito de falsificación de moneda el que produzca, almacene, distribuya o introduzca al territorio nacional cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes, y que por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con monedas emitidas legalmente.

La pena señalada en el primer párrafo de este artículo, también se impondrá al que a sabiendas hiciere uso de moneda falsificada.”

Del transcrito artículo 234 del Código Penal Federal, se advierte en el tercer párrafo, la descripción del tipo penal de uso de moneda falsificada, y refiere que comete dicho delito el que a sabiendas hiciere uso de moneda falsificada, es decir, cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes, y que por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con monedas emitidas legalmente.

Resulta claro que el legislador previó sancionar la conducta de uso de moneda a sabiendas de que es falsificada como una conducta distinta a la falsificación de moneda y sin justificar la gravedad o menor gravedad de las conductas que consideró penalmente relevantes, las sanciona con una penalidad igual que va de cinco a doce años de prisión y hasta quinientos días multa. Lo que equivale a dar un trato igual a las conductas que han de entenderse propiamente como falsificación de moneda como lo son la producción, almacenamiento, distribución o introducción al territorio nacional cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes, y que por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con monedas emitidas legalmente.

3.4 ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN LA FIGURA TÍPICA DEL USO DE MONEDA FALSIFICADA

La figura típica del uso de moneda falsificada se integra por los elementos siguientes:

a) La existencia de moneda falsificada; y

b) Que el sujeto activo a sabiendas de su falta de autenticidad, haga uso de la moneda.

En cuanto al primer elemento se tendrá por acreditado en autos del proceso penal con la diligencia de fe ministerial que practique el agente del Ministerio Público de la Federación investigador, con el dictamen en materia de documentoscopia y grafoscopia, en el que se determine con base en análisis, experimentos y conocimientos técnicos en la materia que la moneda en cuestión es falsificada.

El segundo de los elementos, consistente en la conducta objetiva, se tendrá por acreditada principalmente con la confesión del sujeto activo, en la que éste acepte haber hecho uso de la moneda a sabiendas de que era falsa, confesión que debe ser corroborada con el parte informativo de los agentes aprehensores y las pruebas referidas en el párrafo anterior.

3.4.1 TIPO OBJETIVO

En el tipo objetivo encontramos la conducta y resultado del ilícito en cuestión.

3.4.1.1 CONDUCTA

Se tendrá por realizada la conducta del sujeto activo al momento de utilizar, cambiar, feriar o expender la moneda falsa pagando con ella algún producto o servicio como si fuera real o verdadera.

3.4.1.2 RESULTADO

El resultado se consuma al momento de utilizar, cambiar, feriar o expender la moneda falsa pagando con ella algún producto o servicio como si fuera real o verdadera, afectando con ello la economía nacional y la fe pública.

3.4.2 TIPO SUBJETIVO

El tipo penal exige que el sujeto activo “a sabiendas” de que es falsa la moneda hiciere uso de ella, lo que es indicativo de una conducta dolosa, es decir, con pleno conocimiento y consciencia de que la moneda es falsa aun así hace uso de ella, por lo que indudablemente se requiere confesión del sujeto activo de realizar la conducta, pues determinar que el sujeto activo sabía de la falsedad de la moneda es adentrarnos en el intelecto de éste lo que es meridianamente imposible.

3.4.3 OBJETO MATERIAL

La moneda legalmente emitida, con todas las características que de autenticidad marca la autoridad legalmente facultada para su emisión.

3.4.4 SUJETO ACTIVO

Cualquier persona.

3.4.5 SUJETO PASIVO

El Estado, persona física o moral que resulte engañada al recibir una moneda falsa confundiéndola con una verdadera.

3.4.6 BIEN JURÍDICO TUTELADO

La fe pública, la economía nacional.

3.5 LA AUTONOMÍA DEL DELITO DE USO DE MONEDA FALSIFICADA

Como se ha venido mencionando en el presente trabajo, el delito de uso de moneda falsificada guarda estrecha relación con el delito de falsificación, y es en este capítulo en el que se pretende insistir en la autonomía del primero con respecto al segundo, no obstante de encontrarse previstos ambos tipos penales en un mismo precepto de la legislación sustantiva penal, por lo que resulta adecuado transcribir el texto del precepto legal en citada para dar mayor claridad a lo que se expone más adelante.

Pues bien, el delito de uso de moneda falsa, se encuentra previsto en el artículo 234, último párrafo, del Código Penal Federal, y sancionado en el párrafo primero, del mismo numeral, en cuyo texto literal dice:

“Artículo 234. Al que cometa el delito de falsificación de moneda, se le impondrá de cinco a doce años de prisión y hasta quinientos días multa.

Comete el delito de falsificación de moneda el que produzca, almacene, distribuya o introduzca al territorio nacional cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes, y que por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con monedas emitidas legalmente.

La pena señalada en el primer párrafo de este artículo, también se impondrá al que a sabiendas hiciere uso de moneda falsificada.”

Se trata este tema en particular, ya que en la praxis legal, es decir, en el terreno del ámbito jurisdiccional, se ha llegado a la discrepancia de jueces de un mismo o diferentes circuitos federales, a considerar que la finalidad de la norma persiguió unificar en un solo concepto “falsificación de moneda”, las conductas

relativas a la producción, almacenamiento, distribución, introducción al territorio nacional y el uso de moneda a sabiendas de que es falsa.

Lo anterior es así, en tanto que algunos jueces tienen el criterio que la estructura legislativa del artículo 234, del Código Penal Federal, permite concluir la autonomía entre los delitos de falsificación de moneda y uso de moneda falsa, pues en el párrafo segundo indica las diversas conductas que alternativamente integran el primer delito y, en el último párrafo, la conducta típica del de uso de moneda falsa; de manera tal que si este último fuera una hipótesis más de aquél, el legislador habría incluido la conducta de usar, dentro de la enumeración alternativa de producir, almacenar, distribuir o introducir, acciones constitutivas de falsificar moneda.

Consideramos que del precepto transcrito, se advierte que el legislador dispuso de manera clara, precisa y exacta sancionar la falsificación de moneda falsa en cualquiera de sus modalidades de producción, almacenamiento, distribución o introducción al territorio nacional cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes, y que por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con monedas emitidas legalmente.

Por otra parte, y la con la finalidad de sancionar también una conducta diversa a la falsificación, el legislador incluyó en un cuarto y último párrafo del artículo 234, del Código Penal Federal, la conducta reprochable de uso de moneda falsificada, estableciendo para la comisión de éste ilícito la pena de cinco a doce años de prisión y hasta quinientos días multa.

Haciendo una interpretación gramatical o literal del artículo 234, del Código Penal Federal, se arriba a la conclusión de que el legislador ordinario dispuso sancionar el delito de falsificación de moneda y el uso de moneda falsificada con la misma pena, sin embargo, hizo la distinción de conductas a sancionar, de lo

contrario se incluirían en mismo párrafo. En ese contexto, lo que único que comparten dichas conductas antisociales son la penalidad.

Con base en lo anterior, se llega a la firme convicción de la autonomía del delito de uso de moneda falsificada respecto del diverso de falsificación de moneda, son distintos tipos penales que contienen supuestos de individualización de la conducta que el legislador estimó que deben ser reprochables, puesto que de manera clara, precisa y exacta se describen los mismos, lo que no debiera dar lugar a confusión.

En consonancia con lo anterior y con el tema de la punibilidad desmerecida para el delito de uso de moneda falsificada en un papel antagónico con el delito de falsificación de moneda, cuya autonomía sostenemos, resulta imprescindible hacer una interpretación sistemática y funcional del artículo 234, del Código Penal Federal, en tanto que las conductas ahí descritas, revisten autonomía e independencia, pese a que se encuentren previstas en un mismo precepto legal del código punitivo federal.

En efecto, ambas conductas delictivas están previstas en el mismo artículo 234, del Código Penal Federal, sólo que si se analizan las hipótesis ahí contempladas, se llega a la convicción de que las conductas de producción, almacenamiento, distribución o introducción al territorio nacional cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes, y que por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con monedas emitidas legalmente, son conductas más graves a la de usar a sabiendas moneda falsificada, ya que si el legislador desde inicio hubiera previsto la gravedad del delito de uso billetes falsos con la certeza de el “a sabiendas”, desde ese mismo momento debió considerarlo como delito grave e incluirlo en el catálogo de este tipo de delitos que impiden la libertad caucional, como veremos enseguida.

3.6 LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

Para los efectos de la procedencia de la libertad provisional bajo caución debemos partir de la disposición que establece el catálogo de delitos graves, previsto en el artículo 194, del Código Federal de Procedimientos Penales, que en lo interesa dice.

“Artículo 194. Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, para afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:

I. Del Código Penal Federal, los delitos siguientes:

[...]

17) Falsificación y alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237.”

Cabe hacer la precisión, de que para efectos de la concesión del beneficio de la libertad provisional bajo caución, algunos juzgadores al interpretar el artículo 194, fracción I, inciso 16), del Código Federal de Procedimientos Penales, consideran que es grave el delito de uso de moneda falsa, al sostener que en el precepto en cita no se distingue entre el uso y la falsificación de moneda, pues establece que se considera grave “la falsificación y alteración de moneda previsto en el artículo 234”, mientras que otros juzgadores asumen el criterio de que dentro de tal descripción normativa no se establece que sea grave el uso de moneda falsa, por tanto, conceden el beneficio caucional.

Ciertamente, existen criterios jurisprudenciales en el sentido de la autonomía de los delitos en análisis, en consecuencia la procedencia del beneficio de la libertad provisional bajo caución para el delito de uso de moneda falsificada, sin embargo, por ser criterios aislados, atendiendo al circuito a que pertenecen no son obligatorios para el juzgador de diverso circuito. Cabe citar los criterios a que nos referimos:

Tesis aislada, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XII, Noviembre de 2000, Tesis: I.6o.P.5 P, Página: 889, con el rubro: USO DE MONEDA

FALSA, DELITO DE. ES AUTÓNOMO RESPECTO DEL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA Y NO ES CONSIDERADO GRAVE POR LA LEY.

Tesis aislada, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XII, Septiembre de 2000, Tesis: I.3o.P.48 P, Página: 823, con el rubro: USO DE MONEDA FALSA, DELITO DE. NO ES DE LOS CLASIFICADOS COMO GRAVES.

En consideración a que es la Suprema Corte de Justicia de la Nación -como tribunal Constitucional- resolver en última instancia jurisprudencial en emitir un criterio unificador, es en ese sentido en que habrá de cesar la incertidumbre para el acusado por el delito de uso de moneda falsa, para obtener el beneficio de la libertad provisional de la caución desde el momento en que es detenido por la acusación del delito en estudio.

Finalmente, consideramos oportuna la opinión emitida por Marco Antonio Díaz de León, en la que hace alusión a los delitos graves y refiere:

“El señalamiento de los “delitos” que se contengan como “graves”, no debe hacerse por el legislador ordinario, sino que, por encontrar su fuente en el artículo 16 Constitucional sobre la detención y retención del inculcado, por parte del Ministerio Público en la Averiguación Previa, y tener relación también con la negativa a conceder el derecho a la libertad caucional que establece la fracción I, del artículo 20, Constitucional, y porque en el efecto todo ello corresponde a nivel constitucional, debe ser determinado exclusivamente por el Constituyente permanente y en el mismo nivel, en nuestra Carta Magna, dado que tal criterio de los “delitos graves” de manera deliberada sirve a vulnerar las garantías individuales –cuando menos la de ser detenido sin orden de aprehensión por el Ministerio Público

y, luego, la de no tener derecho a la libertad provisional como caución-, como se desprende de los preceptos constitucionales señalados.”⁴¹

Es decir, no cabe seguir autorizándose al legislador ordinario para, casuísticamente, *ad libitum* y en el sentido indicado, vulnerar, suprimir o desconocer garantías individuales del gobernado, al permitírsele establecer qué cosa sea delito grave, pues, en un Estado de Derecho como el nuestro que se rige por principios constitucionales como los que se plasman en los artículos 1º y 29, de la Carta Magna, se debe respetar la regla de que sea en ésta donde se den las bases para considerar qué es delito grave, así como sus consecuencias de menoscabar los Derechos Humanos del gobernado.

⁴¹ Marco Antonio Díaz de León, Código Federal de Procedimientos Penales comentado, Editorial Porrúa, sexta Edición, México 2001, p. 263

3.7 LA IMPROCEDENCIA DE LOS BENEFICIOS DE SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN Y DE CONDENA CONDICIONAL PARA EL DELITO DE USO DE MONEDA FALSA

La concesión de la libertad provisional bajo caución nos lleva como hilo conductor al problema de la irremediable consecuencia por la comisión del delito de uso de moneda falsificada: la reclusión del sentenciado en el centro penitenciario que al efecto determine el juzgador para compurgar la pena impuesta.

Lo anterior es así, pues de ser sentenciado culpable el sujeto activo en la comisión del delito de uso de moneda falsificada, ante la improcedencia de los beneficios de sustitución de la pena de prisión y de condena condicional, previstos en ese orden en los artículos 70 y 90, del Código Penal Federal, irremediadamente perderá su libertad provisional bajo caución.

En efecto, el artículo 70 del Código Penal, dispone:

“Artículo 70. La prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes:

- I. Por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años;
- II. Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de tres años, o
- III. Por multa, si la prisión no excede de dos años.

Por su parte el artículo 90 del Código Penal Federal, en lo que interesa establece:

“Artículo 90. El otorgamiento y disfrute de los beneficios de la condena condicional, se sujetarán a las siguientes normas:

- I. El juez o Tribunal, en su caso, al dictar sentencia de condena o en la hipótesis que establece la fracción X de este artículo, suspenderán motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren estas condiciones:

a) Que la condena se refiera a pena de prisión que no exceda de cuatro años”

De la lectura de dichos numerales se desprende que la pena mínima por la comisión del delito de uso de moneda falsificada, es la de cinco años de prisión y para que sea factible se concedan los beneficios de trabajo a favor de la comunidad o semilibertad o suspensión de la condena condicional a un sentenciado por la comisión del referido ilícito, la sanción corporal no debe de exceder de cuatro años, de ahí que es jurídicamente imposible se concedan los beneficios contenidos en los ordinales 70 y 90, del Código Penal Federal, atendiendo a la pena mínima que el legislador estimó para el delito de uso de moneda falsificada que es precisamente de cinco años.

Se hace está precisión, ya que el sujeto activo del delito de uso de moneda falsificada una vez obtenida su libertad caucional, ante la presencia de la punibilidad para el ilícito de uso de moneda falsificada, previsto en el párrafo último del artículo 234, del Código Penal Federal (de cinco a doce años de prisión), ocasiona como resultado un estado de aflicción, congoja o preocupación de perder nuevamente su libertad, pues de ser sentenciado culpable de dicho ilícito, se le impondrá como pena mínima de prisión la referida, sin que tenga derecho a ningún beneficio a su favor e irremediamente tendrá de cumplir la pena de prisión en un centro de reclusión, de ahí que consideremos una incongruencia en la legislación vigente respecto a estos tópicos.

En ese contexto, sostenemos que la sanción prevista para el delito de uso de moneda falsificada, resulta violatoria del artículo 22 Constitucional, pues prevé una sanción no humanitaria que se traduce en cruel, excesiva y desproporcionada.

En efecto el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece:

“Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.”

Así pues, consideramos tormentosa y cruel resulta la punibilidad descrita en el artículo 234, en relación con el último párrafo, ya que si el legislador desde inicio hubiera previsto la gravedad del delito de uso de moneada falsa, desde ese mismo momento debió considerarlo como delito grave e incluirlo en el catálogo de este tipo de delitos que impiden a libertad caucional y con la misma intención se le nieguen al sentenciado por este ilícito los beneficios de trabajo a favor de la comunidad o semilibertad o suspensión de la condena condicional.

Guardan estrecha relación con el tema en cuestión las tesis jurisprudenciales que al respecto ha establecido nuestro máximo Tribunal Judicial en el país, cuyos rubros y textos son los siguientes:

Tesis de Jurisprudencia, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVII, Junio de 2003, Tesis: 1a./J. 21/2003, Página: 136, con el rubro:

SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN. LOS BENEFICIOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 70 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL PUEDEN APLICARSE INDISTINTAMENTE POR EL JUZGADOR, SIEMPRE Y CUANDO LA PENA NO EXCEDA DE LA PREVISTA EN LOS SUPUESTOS CONTENIDOS EN ESE PRECEPTO Y SE SATISFAGAN LOS REQUISITOS QUE ESTABLECEN LAS DEMÁS PREVENCIÓNES ESPECIALES. De lo previsto en el mencionado precepto, en el sentido de que la prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 del propio Código Penal Federal, por trabajo a favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años; por tratamiento en libertad, si la prisión no

excede de tres años; o por multa, si la prisión no excede de dos años, se advierte que en dicho artículo se refleja la premisa esencial del sistema penal mexicano, consagrada en el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consistente en lograr una verdadera readaptación social del delincuente, sobre la base del trabajo, la capacidad y la educación, al establecer la figura de la sustitución de la pena privativa de libertad, por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, por tratamiento en libertad, o bien, por multa. En consecuencia, los beneficios sustitutivos de la pena de prisión pueden aplicarse en forma indistinta, por el juzgador, siempre y cuando la pena privativa de la libertad no exceda de la prevista en los supuestos que establezca el propio artículo 70, armónicamente interpretado con las demás prevenciones especiales relativas a la institución de que se trata, lo que significa que la sustitución no podrá aplicarse a quien anteriormente hubiere sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio, ni a quien sea condenado por algún delito de los señalados en la fracción I del artículo 85 del citado código.

Contradicción de tesis 101/2002-PS. Entre las sustentadas por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. 26 de marzo de 2003. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Juventino V. Castro y Castro; en su ausencia hizo suyo el asunto José de Jesús Gudiño Pelayo . Secretario: Roberto Javier Ortega Pineda. Tesis de jurisprudencia 21/2003. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de treinta de abril de dos mil tres.

Tesis aislada, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación X, Septiembre de 1992, Materia(s): Penal, Página: 247, con el rubro:

CONDENA CONDICIONAL. DEBEN SATISFACERSE LOS REQUISITOS SEÑALADOS POR EL ARTICULO 90 DEL CODIGO PENAL FEDERAL PARA PODER CONCEDERSE LA. Si los quejosos (acusados) no acreditaron los requisitos señalados en el artículo 90 del Código Penal Federal, es correcta la negativa de la autoridad responsable de conceder a los quejosos el beneficio de la condena condicional; sin que tal circunstancia, sea óbice para que lo soliciten en la vía incidental a que se refiere la fracción X del citado precepto y satisfagan los requisitos omitidos.

4.1 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

A grandes rasgos, el principio de proporcionalidad impone pautas de decisión a los órganos estatales que enfrentan la colisión de principios y/o bienes jurídicos con el objeto de armonizar su satisfacción. Ellas se refieren al examen de elementos objetivos y buscan eliminar en lo posible arbitrariedad subjetiva en la resolución correspondiente (sea judicial, legislativa o administrativa) y procuran hacerla racional. Antes de continuar es indispensable hacer algunas precisiones terminológicas, que den claridad a nuestra exposición.

El principio de proporcionalidad *lato sensu* es complejo y se integra por tres subprincipios que luego expondremos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en *stricto sensu*, como se sostienen la doctrina y la jurisprudencia alemanas que protagónicamente lo han desarrollado.

El principio de proporcionalidad no es tal en estricta teoría jurídica, sino más bien una regla que no admite diversos niveles de satisfacción, sino categóricamente sólo pueden cumplirse o incumplirse; un determinado acto afecta proporcionalmente o no a un bien jurídico, sin términos medios.

En el ámbito constitucional, al que nos referimos en este trabajo, la aplicación del principio de proporcionalidad contribuye a la justa solución de los conflictos que enfrentan los derechos fundamentales y otros principios constitucionales, entres sí o con otros bienes jurídicos promovidos por una medida legislativa o administrativa que incida en la efectividad de aquéllos. Un acto de estos órganos de poder puede no sólo ir en detrimento de un derecho fundamental sino también –aunque con menor frecuencia- de un diferente principio constitucional; asimismo dicho perjuicio puede resultar, como señalamos, de una providencia del legislador, de la administración pública o aun de la judicatura, aunque las primeras son las que más gravemente afrentan a los principios constitucionales, por amplísimo margen de discrecionalidad de que goza su autor y la generalidad de sus efectos.

Para simplificar nuestra exposición, en adelante hablaremos de la aplicación del principio de proporcionalidad sólo en relación con los derechos fundamentales y su enfrentamiento con las medidas legislativas, que además es la especie en que más comúnmente se utiliza; pero debe advertirse que su empleo no se limita a ese ejemplo paradigmático.

El principio de proporcionalidad, o más precisamente, los criterios que a él subyacen, son de uso común y habitual por tribunales constitucionales de Europa (por ejemplo: Alemania, España y Francia) y América (asimismo: Estados Unidos y Argentina) y por jurisdicciones internacionales de protección de los derechos humanos como la europea; la proporcionalidad “es aplicada casi universalmente en el mundo jurídico occidental”, sin importar la tradición a que se pertenezca o si se trata de tribunales domésticos o internacionales.

Aunque en fechas recientes –y otras no tanto– los tribunales mexicanos han recurrido a la “racionalidad” de las decisiones jurídicas como medida de control de su constitucionalidad, y aun han hablado explícitamente de su “proporcionalidad”, el uso de este principio es aplicado muy esporádicamente en nuestro medio o sencillamente ignorado. En gran parte de lo anterior se debe a las posturas rígidas y formalistas a que el derecho mexicano (en los tribunales, universidades y sus demás ámbitos) está acostumbrado, que tienden a rechazar inmediatamente cualquier idea que evoque de algún modo algún derecho basado en la naturaleza de las cosas, como en efecto hace el principio de proporcionalidad.

Cabe mencionar que en el ambiente jurídico mexicano la aplicación del principio de proporcionalidad enfrenta un importante problema cultural: su confusión con la garantía de proporcionalidad tributaria que establece la fracción IV del artículo 31 constitucional. Este concepto fiscal consiste “en que los sujetos pasivos deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad económica”, de modo que aquellos con una capacidad superior lo hagan en una “proporción”

mayor a la de contribuyentes de posibilidades económicas más reducidas⁴² por tanto, más bien debe considerarse como una concreta aplicación del principio general de igualdad y de la misma equidad tributaria que deriva de ella, enfatizada por el constituyente⁴³ como una concreta manera de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, aunque la Suprema Corte lo haya negado en algunas ocasiones.⁴⁴ La proporcionalidad tributaria no es una regla procedimental para adecuar la relación casuística entre bienes jurídicos que pueden ser muy disímiles y aun carentes de una inmediata y natural relación entre sí, sino una disposición constitucional sustantiva aplicable a una materia específica, que no debe confundirse con el concepto que tratamos en este estudio a pesar de su idéntica nomenclatura.

En este trabajo analizamos la aplicación del principio de proporcionalidad en cuanto a criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales resulta vinculante para el legislador. La determinación del contenido de los derechos fundamentales en un problema de carácter interpretativo, inescindiblemente ligado a un segundo problema de índole metodológica: la correcta fundamentación de las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes que intervienen en la órbita de tales derechos.

En la práctica constitucional vigente se acepta de forma generalizada que los derechos fundamentales están dotados de validez jurídica y que uno de los efectos de dicha validez, acaso el más significativo, consiste en que el legislador se encuentra vinculado por su contenido, o en otros términos, que su contenido normativo debe ser respetado por las leyes. La observancia del contenido de los derechos fundamentales está garantizada por el sistema de control de constitucionalidad. Si el Tribunal Constitucional, al culmen de un procedimiento de

⁴² IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD DE LOS, Apéndice del Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, Pleno, T. I, tesis 155, p. 302. Véase también IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD DE LOS. NATURALEZA, Sala Auxiliar, ibídem, t. I., tesis 254, p. 299

⁴³ *Infra*, nota 239

⁴⁴ PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD. SON REQUISITOS DE NATURALEZA DISTINTA CON LOS CUALES DEBE CUMPLIR LAS LEYES FISCALES, Apéndice del Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, t. I, Tercera Sala, tesis 418, p. 481

control, llega a la convicción de que cierta ley ha transgredido el contenido de algún derecho fundamental, debe declararla inconstitucional.

Es así como se pretende insistir en la aplicación del principio de proporcionalidad como contenido normativo para la determinación del legislador de establecer tal o cual conducta reprochable desde el punto de vista penal, en caso que nos ocupa la determinación de la pena para el delito de uso de moneda falsificada en igualdad de condición que para el delito de falsificación de moneda en todas acepciones.

Considerando que el principio de proporcionalidad es uno de los criterios interpretativos utilizados para determinar el contenido de los derechos fundamentales, en esta investigación se pretende indagar si este principio puede ser aplicado de manera apropiada en el tema de las penas que el legislador consideró para el delito de uso de moneda falsificada y para el delito de falsificación de moneda en cualquiera de sus modalidades de producción, almacenamiento, distribución o introducción al territorio nacional cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes, y que por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con monedas emitidas legalmente.

El principio de proporcionalidad cumple la función de estructura el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la constitución.

En el derecho constitucional, el principio de proporcionalidad responde especialmente a la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las

normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa⁴⁵. Estriba, a grandes rasgos, en que toda providencia de autoridad restrinja el alcance de un derecho fundamental –u otro principio constitucional– sólo en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito, de conformidad con la prohibición de exceso en el ejercicio del poder, inherente al Estado constitucional; así que es criterio que sirve para determinar si la intervención legislativa es un derecho fundamental es legítima o no.

De este modo el principio de proporcionalidad cumple la función argumentativa en la interpretación de los principios fundamentales afectados en un caso concreto, para determinar el significado preciso de las disposiciones constitucionales que lo contienen.⁴⁶ El examen de los subprincipios de la proporcionalidad es el proceso metodológico por el cual se construye una interpretación de las disposiciones constitucionales y legales relevantes al caso, formulando en último término una norma de procedencia a favor de alguno de ellos, en no pocas ocasiones de reformulación de aquéllas en términos más precisos que consideren los elementos del problema concreto.

Ahora bien, la estructura del principio de proporcionalidad está compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales antes de analizar su estructura, resulta imprescindible aclarar el concepto de intervención legislativa y el concepto de adscripción *prima facie* a una disposición de derecho fundamental. Agruparemos estos dos conceptos bajo el rótulo de presupuestos de la aplicación del principio de proporcionalidad.

⁴⁵ Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, Universidad Autónoma de México, 2007, pp. 16-36

⁴⁶ Ídem.

4.1.1 PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Entre los dos presupuestos de la aplicación del principio de proporcionalidad media un vínculo de implicación necesaria. Como enseguida veremos, para que exista una intervención legislativa en un derecho fundamental es necesario que la ley afecte una norma o una posición que pueda adscribirse *prima facie* a una disposición iusfundamental y viceversa: la afectación de una norma o de una posición iusfundamental *prima facie* por parte de una norma legislativa, implica la atribución a esta norma del carácter de intervención en el derecho fundamental.⁴⁷ Se trata de las dos caras de una misma moneda. No obstante, cada uno de estos presupuestos tiene sus propias peculiaridades. Esta razón aconseja tratarlos por separado.

4.1.1.1 LA ADSCRIPCIÓN *PRIMA FACIE* DE UNA NORMA O DE UNA POSICIÓN A UNA DISPOSICIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL

El primer presupuesto de la aplicación del principio de proporcionalidad consiste en la adscripción *prima facie*, a una de las disposiciones iusfundamentales tipificadas en la Constitución, de la norma o posición que resulta afectada por la ley objeto de control de constitucionalidad.

La adscripción *prima facie* tiene un carácter interpretativo. Se trata de establecer, mediante los criterios y argumentos propios de la interpretación jurídica, si la norma o posición afectada por la ley puede incluirse dentro del ámbito normativo de una disposición de derecho fundamental, o de otro modo, si dicha norma o posición puede considerarse como un caso que cae bajo el supuesto de hecho de una norma directamente estatuida por una disposición iusfundamental. En la adscripción *prima facie* se interpreta el supuesto de hecho de las normas iusfundamentales directamente estatuidas, a fin de observar, si dentro de sus márgenes puede indicarse una norma adscrita contraria a la norma legal.

⁴⁷ Bernal Pulido, La proporcionalidad e interpretación constitucional, Universidad Autónoma de México, p. 536

El objeto de esta adscripción es una norma iusfundamental y su correlativa posición, las cuales adquieren en principio sólo una validez *prima facie*. El conjunto de las normas y posiciones iusfundamentales adscritas *prima facie* a una disposición de derecho fundamental conforman el ámbito de protección inicial del derecho respetivo.

El Tribunal Constitucional puede valerse de una extensa variedad de argumentos interpretativos para llevar a cabo la adscripción *prima facie* de una norma y de su correlativa posición, a una disposición de derecho fundamental.

Los argumentos interpretativos para la adscripción *prima facie* pueden provenir de diversas fuentes que el Tribunal Constitucional debe considerar.

En primer lugar, por alegaciones de la partes que intervienen en el proceso constitucional, y muy especialmente, en las alegaciones propuestas por quienes interponen los recursos de constitucionalidad y de amparo, y por las dudas planteadas por los jueces en las cuestiones de inconstitucionalidad. La circunstancia de que una parte procesal afirme razonablemente que la ley ha vulnerado un derecho fundamental, constituye una razón para la adscripción *prima facie* al derecho respetivo de la norma cuya transgresión se aduce.

Ahora bien, las alegaciones de las partes intervinientes en los procesos constitucionales no constituyen la única fuente de argumentos interpretativos para la adscripción *prima facie* de una norma o posición iusfundamental. El Tribunal Constitucional también puede llevar a cabo esta adscripción, a partir de una interpretación de oficio de las disposiciones de derecho fundamental. Para tal fin, el Tribunal ha de emplear los métodos tradicionales de la interpretación jurídica.

El método literal representa el criterio capital para la adscripción *prima facie* de una norma o posición a una disposición iusfundamental. La adscripción *prima facie* consiste en una aseveración acerca de la existencia de un vínculo semántico entres

los términos en que está redactada una disposición de derecho fundamental (*el nomen iuris* del derecho) y la norma o la posición que se adscribe. Por medio del método literal y de sus estrategias interpretativas se verifica la existencia o la inexistencia de estas posibles conexiones semánticas.

De un modo similar, es válido utilizar el método teleológico, el cual constituye a pieza argumentativa fundamental para la adscripción *prima facie*. El método teleológico es aplicable en el sentido de que sus posiciones pueden ser objeto de intervenciones y restricciones legislativas en razón de sus derechos, principios y bienes que juegan en su contra, lo que tiene lugar en un paso posterior a la adscripción *prima facie*; en la estructura argumentativa de los subprincipios de la proporcionalidad.

Finalmente, el Tribunal Constitucional también puede valerse de argumentos de otras fuentes de los derechos fundamentales para efectuar la adscripción *prima facie* de una norma o de una posición a una disposición de derecho fundamental. En este sentido, vale el siguiente criterio: la circunstancia de que una norma o una posición esté tipificada en una fuente de los derechos fundamentales, como una norma o posición adscrita a una disposición iusfundamental, constituye una razón para la adscripción *prima facie* a la disposición respectiva.

Como fuentes de los derechos fundamentales cabe contemplar; los tratados internacionales, la jurisprudencia constitucional –es decir, los precedentes–, la Ley y las demás fuentes del derecho en las que tenga cabida las normas y las posiciones iusfundamentales.

4.1.1.2 LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA EN UN DERECHO FUNDAMENTAL

La atribución del carácter de intervención en un derecho fundamental a la ley que constituye el objeto del control constitucional es un presupuesto de la aplicación del principio de proporcionalidad, correlativo a la adscripción de la norma o posición

prima facie. Toda ley que afecte de manera negativa a una norma o a una posición que pueda adscribirse *prima facie* al ámbito de protección inicial de un derecho fundamental, debe ser considerada como una intervención en ese derecho.

El concepto de intervención legislativa debe ser comprendido de una manera amplia. La amplitud de este concepto es la otra cara de la moneda de la interpretación amplia del supuesto de hecho de los derechos fundamentales. La interpretación amplia de estos derechos lleva a incluir *prima facie* dentro de su ámbito de protección inicial a una extensa variedad de acciones, normas, posiciones, situaciones y propiedades. Es bien cierto que estos elementos reclaman para sí la máxima realización posible; sin embargo, ellos deben armonizarse con los elementos adscritos a otros derechos fundamentales y a otros bienes constitucionales, cuya realización pueda resultar incompatible. La regulación legislativa constituye la manera preferente de coherente las exigencias que se derivan de estos elementos en conflicto. Por esta razón, con bastante frecuencia las leyes afectan de forma desventajosa a las normas y posiciones *prima facie* que conforman el ámbito de protección inicial de los derechos fundamentales. Toda ley que afecte un derecho fundamental de manera negativa o desventajosa, debe ser considerada como una intervención legislativa en el derecho respectivo.

Ahora bien, cuando una norma legal sea considerada como una intervención en un derecho fundamental, se presunción de validez definitiva se pone en entredicho, y durante el examen de constitucionalidad tendrá una validez *prima facie*. La atribución del carácter de intervención a una norma legal pone en marcha el análisis de proporcionalidad en el que debe demostrar que las desventajas que la norma legal introduce en el derecho fundamental están justificadas. De ser éste el resultado del análisis de proporcionalidad, la norma legal deberá ser declarada constitucional y adquirirá una validez definitiva, –ya no sólo estará investida de una presunción de validez definitiva–; si sucede lo contrario, la norma legal deberá ser objeto de una declaración de inconstitucionalidad y, de este modo, perderá todo tipo de validez.

Debe señalarse que para determinar si una norma legal debe ser considerada como una intervención imperativa o fáctica en un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional debe tener en cuenta diversos argumentos analíticos que se utilizan para la adscripción de la norma o la posición *prima facie* y que se construyen sobre todo mediante la aplicación de los cánones interpretativos literal y teleológico. Una norma legal debe ser catalogada como una intervención imperativa, si mediante alguno de estos argumentos analíticos es posible fundamentar la adscripción *prima facie* a un derecho fundamental de la norma o la posición que resultan suprimidas o eliminadas por la norma legal. En cambio, los argumentos de tipo fáctico ocupan el papel protagónico en el análisis de las intervenciones fácticas y, particularmente, de las amenazas a los derechos fundamentales. Estas premisas suelen construirse con base en el resultado de investigaciones empíricas acerca de los efectos que las medidas adoptadas por el legislador pueden originar y de la probabilidad de que estas consecuencias se produzcan. De este modo, la atribución del carácter de intervención fáctica a una norma legislativa depende de hasta qué punto, el estado de los conocimientos de la disciplina científica relevante en cada caso, permite prever la probabilidad y la magnitud de los efectos desfavorables para los derechos fundamentales que la norma puede originar.

4.1.2 LOS SUBPRINCIPIOS DE LA PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad está compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Estos subprincipios se aplican de una manera sucesiva y escalonada, que pueden definirse mediante la siguiente regla argumentativa:

“Sobre el proceso sucesivo y escalonado de aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad. En primer lugar, el Tribunal Constitucional verifica si la norma legal que interviene en el derecho fundamental es idónea. En caso de no serlo, debe declararla inconstitucional. Si por el contrario, la norma legal supera las exigencias

de este primer subprincipio, debe ser sometida al análisis de necesidad y, si sale airosa, finalmente al escrutinio de proporcionalidad en este sentido. En caso de que la norma legal no supere las exigencias de estos últimos dos subprincipios también debe ser declarada inconstitucional.”⁴⁸

4.1.2.1 LA IDONEIDAD DE LA LEY

El subprincipio de idoneidad es conocido también con el nombre de subprincipio de adecuación. De acuerdo con este principio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

Como se advierte el subprincipio de idoneidad impone dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales. En primer lugar, que tenga un fin constitucionalmente legítimo y, en segundo término, que sea idónea para favorecer su obtención, es decir, que por su medio efectivamente pueda alcanzarse una situación que satisfaga el fin a que supuestamente sirve, por ser ella su consecuencia natural.

Determinar los fines de una intervención en los derechos fundamentales es, realidad un presupuesto del examen sobre la idoneidad de la “relación racional” entre aquellos y éstos, ya que dicho examen no podría realizarse si se omite aquel factor o, simplemente, sería innecesario llevarlos a cabo si el fin de aquella fue ilegítimo, terminantemente prohibido por la constitución.⁴⁹

Todos los actos del Estado –como los jurídicos– se realizan por la acción humana y ésta siempre tiene una finalidad determinada y concreta, por ello no podríamos que decir que una medida de autoridad carece de toda finalidad sino a lo

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ Rubén Sánchez Gil, El principio de proporcionalidad, Universidad Autónoma de México, 2007, p. 46

mejor que ésta es absurda e inclusive ridícula, –satisfacer el capricho de su autor, por ejemplo–, pero siempre posee un aspecto teleológico.

Para intervenir un derecho fundamental el legislador debe intentar lograr un “fin constitucionalmente legítimo”, “un estado de cosas que debe alcanzarse por estar ordenado por un principio constitucional”. Entonces, primeramente, dado que los derechos fundamentales se garantizan en la Constitución, para ser una limitación legítima al ámbito de aplicación de éstos, el fin legítimo debe estar permitido por la ley suprema y tender a satisfacer un principio constitucional, lo que evidentemente excluye como legítimo a todo fin prohibido por ella, pues limitar la eficacia de los derechos fundamentales en nombre de cualquier “interés” afectaría el principio de supremacía constitucional y aun su misma naturaleza de derechos.

Por razones metodológicas y argumentativas, todo fin legislativo no prohibido clara o definitivamente por la Constitución, debe tener *prima facie* por legítimo a un fin de que se respete el principio de “libertad de configuración legislativa” como lo llama la doctrina alemana o la discrecionalidad administrativa, establecidas por normas de competencia que desde luego son principios constitucionales y cuyo ejercicio puede fundar la intervención de una medida determinada en un derecho fundamental⁵⁰.

Necesariamente, el principio constitucional que funde una intervención en los derechos fundamentales, debe referirse a un interés de la sociedad; lo anterior, porque simple y sencillamente la justificación y limitación de toda actividad estatal, que desde luego incluye la tarea legislativa, se funda en la consecución del bien común de todos los integrantes de la sociedad. Aun el derecho de un particular, si encuentra apoyo en las normas constitucionales –o sea un derecho fundamental ajeno–, puede constituir un interés público cuya tutela obligue a una medida legislativa a intervenir un derecho fundamental, ya que también la sociedad está

⁵⁰ Ídem.

interesada, por su contribución a la seguridad jurídica, en que los derechos de las personas sean respetados en todo momento.

La idoneidad de la medida legislativa se refiere a que, abstractamente considerada, ésta contribuya y facilite de cualquier forma la realización del fin inmediato que se persigue, en el entendido de que como fin mediato tiene a su cargo satisfacer o promover a un determinado principio constitucional.

El juicio de idoneidad no tiene por objeto provocar una excesiva intervención de la judicatura constitucional en la labor del legislador, porque “no se trata de imponer en la vía jurisdiccional las medidas más idóneas y eficaces para alcanzar el fin propuesto, sino tan sólo de excluir aquellas que puedan acreditarse como gratuitas o claramente ineficaces”. Por eso, es bastante con que la medida que interviene los derechos fundamentales, ayude o coopere de algún modo a la realización del fin legislativo.

Lo anterior requiere de un pronóstico del órgano a cuyo juicio está calificar la legitimidad de la medida que interviene un derecho fundamental, por el cual constate que tiene la capacidad suficiente para servir a la obtención del estado de cosas que se propone lograr con ella el legislador. No importa, como dijimos, que en la realidad dicho fin aún no se haya conseguido, es bastante que los conocimientos técnicos relevantes y la apreciación judicial o legislativa, produzcan la convicción de que ésa será la tendencia natural de dicha medida.

Otro punto a considerar es si la medida legislativa es adecuada para lograr el fin que se propone, considerada en el momento en que se ordenó (adecuación ex ante) o llegó a serlo posteriormente cuando se examine en sede constitucional; es factible que una medida idónea al momento de dictarse ya no lo sea luego y, viceversa, que no lo hubiere sido entonces, pero gracias a avances científicos y tecnológicos o al simple cambio social, lo llegue a ser (adecuación ex post). Hay consenso en que la idoneidad determinante es la última, o sea que no importa si en

principio la medida no era o no parecía adecuada, basta con que al momento en que tenga que decidirse su legitimidad ante la jurisdicción constitucional, sea idónea.

4.1.2.2 LA NECESIDAD DE LA LEY

De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

El subprincipio de necesidad implica la comparación entre la medida adoptada por el legislador y otros medios alternativos. En esta comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir dos exigencias: en primer lugar, si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última; y, en segundo lugar, si afecta negativamente al derecho fundamental en un grado menor. Si existe algún medio alternativo que llene estas dos exigencias, la medida legislativa debe ser declarada inconstitucional. Expresado en otros términos, la norma y la posición iusfundamental *prima facie*, que constituyen el objeto de la intervención legislativa, cobran una validez definitiva, si la norma que interviene en ellas no contiene la medida que menos afecte al derecho fundamental al que se adscriben, entre todas aquéllas que ostentan por lo menos la misma idoneidad para fomentar el objetivo propuesto.

De esta definición se sigue entonces que la elección de los medios alternativos, el examen de su idoneidad y de la intensidad con la que afectan negativamente al derecho fundamental, son los aspectos determinantes de la estructura argumentativa del subprincipio de necesidad.

Así el subprincipio dispone que la medida legislativa que restrinja un derecho fundamental, sea estrictamente indispensable para satisfacer el fin que a aquéllos se intenta oponer, porque: 1) es la menos gravosa para el derecho afectado, entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado; o 2) no existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disposiciones afectan el derecho intervenido en una medida mayor. De no estar ante uno de los supuestos apuntados, la medida en cuestión será ilegítima porque intervendría un derecho fundamental de una manera que no sería estrictamente necesaria, porque existe alguna alternativa menos perjudicial para él, con los mismos resultados para el fin legislativo que se opone.⁵¹

Además, mediante una argumentación *a fortiori* y como corolario de las hipótesis anteriores, será constitucionalmente ilícita la medida legislativa a examen, de haber alternativa a ella que con menor o nula intervención en un derecho fundamental conduzca a mejor u óptima satisfacción del fin que promueve, siempre que no importe alguna imposibilidad técnica o un costo económico exorbitante. De darse tal hipótesis de dispensabilidad de la medida judicial, ésta podría ser doblemente ilegítima: por satisfacer insuficientemente el principio constitucional que apoya el fin que justifica la intervención de un derecho fundamental y por afectar a éste sin necesidad; en lo anterior también radica la importancia del examen del criterio de indispensabilidad, ya que finalmente la proporcionalidad *lato sensu* busca una justa relación entre dos bienes jurídicos cuya satisfacción es opuesta, llevando la conjunta realización de ambos al máximo.

El estudio para establecer si una determinada medida restrictiva de derechos fundamentales es o no necesaria, requiere un análisis de la eficacia de sus alternativas, de acuerdo con las ciencias y técnicas aplicables; si bien esta tarea puede resultar infinita pues puede proponerse una prolija cantidad de opciones a aquélla, sin duda debe exponerse en el proceso un catálogo más o menos amplia de ellas, según las circunstancias.

⁵¹ Ídem.

Por último, es preciso considerar la valoración de la medida restrictiva de los derechos fundamentales y sus alternativas impone una función valorativa a los jueces, muy alejada de la mecánica subsunción y de la simple interpretación exegética que les ha atribuido el positivismo tradicional. Respondiendo a lo anterior, no debe soslayarse que la función jurisdiccional es esencialmente valorativa, los jueces están precisamente para valorar la licitud o ilicitud de una conducta y ponderar las circunstancias del caso que tienen enfrente, sin contar que su deber de proteger y optimizar la eficacia de los derechos fundamentales les impone analizar si éstos son afectados ilícitamente por una decisión de autoridad innecesaria por existir una mejor opción a ella sea más benévola para aquéllos.

Para finalizar con este tema, el examen de la necesidad de una medida legislativa interventora de un derecho fundamental es medular para su licitud a la luz del principio de proporcionalidad. Muchas decisiones legislativas tienen vicios de afectar legítimamente una norma iusfundamental, especialmente cuando se aduce un muy claro legítimo interés constitucional para justificarla; pero un análisis más profundo y detenido de ellas, resulta en que vulneren innecesariamente una posición jurídica constitucionalmente garantizada al gobernado, ya que existen alternativas de decisión que dejan de afectar uno o varios derechos fundamentales y que obtienen mejores resultados para el fin que persiguen o traen ambas consecuencias.

Como consecuencia, puede proponerse entonces la siguiente regla argumentativa sobre la intensidad del examen de necesidad:

“Una medida legislativa debe ser declarada inconstitucional por carecer de necesidad, sólo cuando aparezca de modo evidente, con fundamento en premisas empíricas, analíticas y normativas seguras, que existe un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo para fomentar el fin inmediato, interviene con menor intensidad en el derecho fundamental”⁵²

⁵² Bernal Pulido, La proporcionalidad e interpretación constitucional, Universidad Autónoma de México, p. 545

4.1.2.3 LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa⁵³

Esta definición significa que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Se trata de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin legislativo, con el objetivo de fundamentar una relación de procedencia entre aquel derecho y este fin. Si el derecho fundamental adquiere prioridad en esta relación de procedencia, la norma iusfundamental adscrita *prima facie* a su ámbito normativo adquirirá a su vez su validez definitiva y la norma legal deberá ser declarada inconstitucional. Si, por el contrario, la prioridad se atribuye al fin del legislador, la norma iusfundamental adscrita *prima facie* perderá todo tipo de validez y la norma legal deberá ser declarada conforma con la Constitución.

Cabe mencionar, que el principio de proporcionalidad en sentido estricto también se conoce con el nombre de ponderación y, en la doctrina alemana tradicional, con el de juicio de adecuación.

Ahora bien, las normas legales que deben ser sometidas al examen de proporcionalidad en sentido estricto son aquellas que tengan el carácter de intervenciones legislativas en las normas o posiciones iusfundamentales adscritas *prima facie*, y que además hayan superado los exámenes de idoneidad y de necesidad. Sin embargo, como enseguida observaremos, la norma legal no es el objeto normativo de la ponderación. Los objetos normativos que se ponderan son, por una parte, el derecho fundamental afectado y, por el otro, el derecho

⁵³ Ídem.

fundamental o el principio constitucional de primer y segundo grado que fundamenta la intervención legislativa (el objetivo mediato de la intervención legislativa).

De acuerdo con la definición anterior, el discurso argumentativo del principio de proporcionalidad en sentido estricto debe estructurarse en tres pasos:

1. El primero consiste en determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.

2. El segundo consiste en comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.

3. El tercero es construir una relación de procedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso.

En cuanto al primer punto, los objetos que concurren a la ponderación son, de un lado, el derecho fundamental afectado y, de otro, el derecho fundamental o el principio constitucional de primer o de segundo grado, cuya realización constituye el fin mediato de la intervención legislativa. La ponderación consiste en una comparación entre la importancia de la afectación negativa que la intervención de legislador causa en el derecho fundamental y la importancia de la afectación positiva que dicha intervención genera en el fin mediato que persigue.

El análisis del conflicto a través de la ponderación debe darse en dos aspectos: el normativo y el empírico, atendiendo a la intensidad en que se lleva a cabo un menoscabo de un derecho fundamental y el beneficio del interés que se le opone, lo cual puede ocurrir en tres estratos: grave, medio, leve; de modo que, “cuando la intensidad de la relación del fin del legislador sea por lo menos equivalente a la

intensidad de la intervención en el derecho fundamental, la intervención legislativa deberá considerarse justificada”.⁵⁴

En el aspecto normativo del examen de proporcionalidad *strictu sensu* puede ser útil, aunque de ningún modo definitiva una jerarquía *in abstracto* de principios constitucionales, sin que pueda esperarse que dicha jerarquía sea históricamente inmutable.

Muy generalmente, podemos decir que la fundamentalidad de un principio constitucional, que garantiza una determinada situación (posición) jurídica contra la cual se dirige una medida legislativa, puede determinarse a partir de su función en el orden constitucional, su *status* de condición para la realización del derecho fundamental a que se refiere y su relación positiva o negativa respecto de otras posiciones jurídicas como el principio democrático.⁵⁵

Por su parte, en el análisis empírico de las cualidades fácticas de la intervención legislativa en un derecho fundamental, son de tomarse en cuenta los conocimientos científicos y dogmáticos existentes en la sociedad en cada momento histórico; aunque pueden construirse, respecto de los elementos de eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración, que forman este nivel de examen, reglas generales y básicas que establezcan que mientras más afecte en esos aspecto un derecho fundamental, más intensa será la intervención en éste de una medida legislativa.

En cuanto al segundo paso: determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental. Debe decirse que una vez que se ha determinado la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y la

⁵⁴ Rubén Sánchez Gil, El principio de proporcionalidad, Universidad Autónoma de México, 2007, p. 51

⁵⁵ Ídem.

intensidad de la realización del principio constitucional que fundamenta la ley, debe llevarse a cabo la ponderación propiamente dicha o en sentido estricto.

La ponderación en sentido estricto consiste en una comparación entre el grado de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y el grado de la realización del principio constitucional que fundamenta la norma legal que se controla, para establecer una relación de procedencia condicionada entre aquel derecho y este principio. El resultado de la ponderación consiste en una relación de procedencia, porque en ella se determina cuál de los dos objetos normativos que concurren: el derecho fundamental o el principio constitucional, debe adquirir prioridad en el caso concreto. A su vez, dicha relación de procedencia es condicionada, porque la prioridad que se establece entre el derecho y el principio no vale de manera general, sino que está sujeta a las específicas condiciones del caso concreto. De esta manera, la relación de prioridad bien podría estructurarse a la inversa, en un caso caracterizado por circunstancias diversas.

Ciertamente, un aspecto esencial en la ponderación es determinar los aspectos de un derecho fundamental afectado por una intervención legislativa, o sea cuál es la parte del ámbito normativo afectado. Mientras mayor sea la porción de situaciones fácticas amparada por un derecho fundamental afectado por una medida legislativa, más intensa será la intervención en él; viceversa, de mayor intensidad será el beneficio que obtenga el interés opuesto si, al restringir un derecho fundamental, se satisfacen mayor número de situaciones a su respecto.

Al observar ambas porciones de afectación y beneficio, si un perjuicio a un derecho fundamental es igual en intensidad a la medida en que se favorece con él a un fin legislativo, la disposición que promueve éste será legítima; si la intervención en aquel derecho es grave, pero con ella sólo se observa un beneficio leve para este fin, la disposición correspondiente será ilegítima. Poniendo un ejemplo: una medida legislativa que prohíba totalmente a una persona a ejercer una profesión, será gravemente intensa, en tanto que una que sólo le impide ejercer su actividad bajo

circunstancias particulares que representen un 10% –por decirlo con números para hacerlo más simple y claro–, permitiéndole sin mayores restricciones su ejercicio en el 90% restante, será de intensidad media o leve.

En suma, la regla argumentativa que define a la ponderación en sentido estricto es la llamada ley de ponderación, que ha sido esbozada por el Tribunal Constitucional alemán en diversas decisiones y ha sido enunciada doctrinalmente por R. Alexy⁵⁶. Según la ley de la ponderación: “cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor [es decir, por lo menos en el mismo grado] tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro”.

En lo referente al tercer paso del discurso argumentativo del principio de proporcionalidad en sentido estricto: La construcción de una regla de procedencia condicionada como resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso. El resultado del examen de proporcionalidad en sentido estricto consiste en una relación de procedencia condicionada entre el derecho fundamental y el principio constitucional que fundamenta la restricción legislativa. Se trata de una relación de procedencia condicionada, porque el elemento normativo que adquiere prioridad, no pasa a ocupar una posición jerárquica superior en el ordenamiento jurídico. Por el contrario, sólo determina la solución para el caso concreto y para los futuros casos idénticos y análogos. Es una prioridad condicionada a las circunstancias del caso y válida únicamente cuando éstas u otras análogas se presenten.

Ahora bien, la precedencia condicionada se estructura entres los dos objetos normativos que concurren a la ponderación. Si el derecho fundamental adquiere dicha precedencia, la norma iusfundamental adscrita *prima facie* adquiere a su vez una validez definitiva y, como consecuencia, la ley debe ser declara inconstitucional. Si, por el contrario, la precedencia se otorga al principio constitucional que respalda la intervención legislativa, es dicha intervención, concretada en la norma legal, la que adquiere la validez definitiva, mediante la declaración de constitucionalidad.

⁵⁶ Op cita Bernal pulido. R. Alexy, Teoría de los derechos fundamentales.

4.2 DETERMINACIÓN DE LA PENA CONFORME AL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL

El planteamiento se circunscribe con base en el principio de proporcionalidad al hecho delictuoso que contempla el párrafo primero del artículo 22, Constitucional, que dispone que toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

Para dar mayor claridad, resulta necesario transcribir el precepto en cuestión de la Carta Magna, mismo que en su literalidad acota:

“Artículo 22.- Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena debe ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”.

Por principio las penas deben ser proporcionales a los delitos. El mal de la pena debe sobrepujar al aprovechamiento del delito; porque para estorbar el delito es necesario que el motivo que reprime sea más fuerte que el motivo que seduce, y porque una pena insuficiente es un mal mayor que un exceso de rigor, pues una pena insuficiente es un mal sin provecho alguno⁵⁷. Mas no se deduzca de aquí que las penas deben ser atroces; pues entonces serían dispendiosas e injustas y darían ocasión a la impunidad. Basta que el motivo represivo que representa la pena sea más fuerte que el motivo seductor que presenta el delito, y que el que el hombre pierda más en la pena que lo que puede ganar en el delito⁵⁸.

⁵⁷ Citado por Leyva Martínez, Francisco. Justa reforma al artículo 234, último párrafo, del Código Penal Federal. Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, número 6, publicación semestral, junio de 2008. Edit. Instituto Federal de Defensoría Pública, pp. 263-280.

⁵⁸ Ídem.

Una pena moderada, pero inevitable, previene los delitos mejor que una pena demasiado grave que puede eludirse con facilidad; y cuanto más de cerca se siga al delito, tanto mayor será la impresión sobre el espíritu de los hombres: *Culpam poena premat comes*.⁵⁹

Ciertamente, el artículo 234, del Código Penal Federal, prevé y sanciona tanto el delito de falsificación de moneda y el diverso uso de moneda falsificada con la misma pena de prisión, resulta imprescindible precisar que por tratarse de conductas antisociales distintas la pena no debe ser la misma, pues resulta claro que el delito de falsificación de moneda, en sus modalidades de producción, almacenamiento, distribución o introducción a territorio nacional de moneda falsa, conlleva una afectación mayor a los bienes jurídicos tutelados por la norma penal como la fe pública, la estabilidad y patrimonio de la nación que el de la simple conducta de usar moneda falsificada, máxime que para que actualice éste tipo penal se requiere que el activo del delito tenga conocimiento de la falsedad de la moneda. Se hace esta precisión, ya que en la praxis existe un gran número de procesos judiciales que se siguen en contra de quienes se colocan en el injusto penal de uso de moneda falsificada, por no tener la pericia de revisar un billete tildado de falso y que sin estar en la mente dicha falsedad hacen uso normal de él, lo que implica desde luego enfrentar un proceso penal.

Para el acusado de la comisión del delito de uso de moneda falsificada resulta difícil acreditar en el proceso penal el desconocimiento de la falsedad de la moneda que se le imputa hizo uso de ella, ya que el elemento del tipo penal “a sabiendas” resulta del todo subjetivo, considerando además que, por su redacción el legislador ubica dicha conducta ilícita como eminentemente dolosa, y si por dolo conforme al artículo 9, del Código Penal Federal, ha de entenderse que obra en esta forma el que conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, o dicho de otra manera: “Es la decisión de obrar en contra del bien jurídico tutelado por la norma

⁵⁹ Ídem.

penal”, advertimos que la doctrina ha reconocido que el dolo se conforma de dos elementos: conocimiento y voluntad.

El conocimiento es el elemento intelectual del sujeto que le permite saber su obligación de abstenerse de incurrir en determinada conducta, y constituye el presupuesto de la voluntad, toda vez que no se puede querer lo que no se conoce, pues no se puede concebir una voluntad vacía de contenido.

La voluntad es la intención de provocar el resultado típico y antijurídico, esto es, la determinación de realizar una conducta que se sabe ilícita.

En este contexto, resulta meridianamente imposible entrar en el psique del sujeto activo del delito para conocer la verdad, es decir, si el sujeto hizo uso o no del billete con conocimiento de la falsedad del mismo.

Ciertamente, el legislador ordinario estableció como elemento normativo “a sabiendas” para la configuración del tipo penal de uso de moneda falsificada, resulta del todo subjetiva, sin prever supuestos de exclusión del delito, como lo fuera en el caso de recibir el billete de institución bancaria o cajero automático de banco, y de lo que se insiste ante la impericia de revisar el billete recibido -tildado de falso- y pagar algún servicio con el mismo billete, tan sólo por ese “error” – ignorancia o falsa apreciación- y ante la imposibilidad material y jurídica de demostrar el desconocimiento de la falsedad del billete se deba enfrentar un proceso penal ante los tribunales jurisdiccionales.

En este sentido, llegamos al convencimiento de que ante las circunstancias que rodean en torno al tipo penal de uso de moneda falsificada, la pena para éste delito debiera ser distinta a la que se estableció para el delito de moneda falsificada, en sus modalidades de producción, almacenamiento, distribución o introducción a territorio nacional de moneda falsa, mismas que analizadas, nos conducen a considerar que son conductas de verdadera gravedad, en donde el sujeto activo, tiene la certeza y conocimiento de su actuar, es decir, además de serle necesario

allegarse de medios para poder realizar alguna de esas conductas. Así pues, del delito de falsificación de moneda, se desprende que el sujeto activo necesariamente debe conocer y querer el resultado planteado, esto es, su dolosa actividad está encaminada a la certeza de la existencia de piezas monetarias falsas que falsifique, almacene, distribuya, o introduzca al país, por lo que sin adentrarse a la procedencia de la punibilidad enmarcada, permite establecer que ciertamente ese actuar merece mayor sanción.

En efecto, las conductas que prevé el primer y segundo párrafo del artículo 234, del Código Penal Federal, relativo al delito de falsificación de moneda falsa afectan en un grado preponderante al de la simple conducta uso de moneda, previsto el artículo 234, último párrafo del mismo ordenamiento, no obstante que con ambos ilícitos se vulneran los mismos bienes jurídicos tutelados por la norma penal, como lo es la fe pública, la estabilidad y patrimonio de la nación, empero, analizando las conductas descritas para el tipo penal de falsificación de moneda, en las que evidentemente existe un conocimiento y querer del resultado típico por parte del sujeto activo, supuesto contrario al que se actualiza en el tipo penal de uso de moneda falsificada, en el que pueden incidir circunstancias como la impericia, ignorancia o error en el uso de la moneda tildada de falsa, lo que produce la inexistencia de dolo, en consecuencia la exclusión de la culpabilidad del procesado, por lo que consideramos que al último de los ilícitos debe corresponder una pena menor, atendiendo al principio de proporcionalidad de la pena al delito en términos del artículo 22 Constitucional.

Me parece que al tema en cuestión guarda estrecha injerencia la teoría de la determinación judicial (individualización) de la pena que ha tenido un peculiar desarrollo en la historia del Derecho penal. En cuanto a que la dogmática de la teoría del delito, cuya finalidad era la determinación del *si* o *no* del delito y, por tanto, del *si* o *no* de la aplicación del marco penal legal, iba adquiriendo un grado creciente de desarrollo y refinamiento. La teoría de la individualización judicial de la pena, esto es, la determinación del *cuánto* de la pena dentro del marco legal quedaba, en

cambio, al margen de ese desarrollo y refinamiento. Ello, a pesar de que -como se pone de relieve por casi todos los que se refieren al problema- las consecuencias del acto de individualización son determinantes y la posibilidad de recurrirlo y revisarlo, un aspecto esencial del derecho al recurso en materia penal.

Se supone que la determinación de la medida de pena correspondiente a un hecho concreto habría de tener lugar recurriendo directamente a consideraciones de retribución, prevención general o prevención especial relacionadas con el referido hecho. A lo sumo, se admite que la valoración retrospectiva de los elementos del concreto hecho cometido se considere como un elemento más junto a aquellos otros.

De este modo, la argumentación de amplios sectores doctrinales suele moverse, en el mejor de los casos, en un terreno impuro o mixto, que mezcla lo retrospectivo con lo prospectivo. La determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculados a las reglas dogmáticas de imputación, sino también (y sobre todo) una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena (esto es, en principios político-criminales generales).

Sin bien, por política criminal el legislador estableció sancionar conductas antisociales vulneradoras de los bienes jurídicos tutelados por la norma penal como la fe pública, la estabilidad y patrimonio de la nación, en la comisión del delito de falsificación de moneda falsa y el uso de moneda falsificada, ello no quiere decir que la pena de prisión para tales ilícitos sea la que les corresponde.

En efecto, apelando a una correcta ponderación de conductas tipificadas como delito por la ley penal, el delito de falsificación moneda en contraposición al ilícito de uso de moneda falsificada, resulta más grave a la simple conducta de uso de moneda falsificada, por la sencilla razón que cualquier persona puede ser víctima potencial de la obtención de un billete falso, sin estar en la mente de la persona la

falsedad, ya sea a través de un cajero automático o de la caja de una institución bancaria y que por no tener pericia para revisar el billete recibido -tildado de falso- y pagar algún servicio con el mismo billete, tan sólo por ese “error” – ignorancia o falsa apreciación- se deba enfrentar un proceso penal ante los tribunales jurisdiccionales en la comisión del delito de uso de moneda falsa, previsto en el último párrafo del artículo 234, del Código Penal Federal y sancionado en el primer párrafo del mismo numeral con una penalidad de cinco a doce años de prisión y hasta quinientos días multa.

Finalmente, me parece adecuado citar y con la cual comulgamos la opinión de Joaquín Escriche, en relación a que considera que si concurren dos delitos de gravedad desigual, el mayor debe ser castigado con una pena más fuerte, para dar al delincuente un motivo de detenerse ante el menor. Cita como ejemplo, el ladrón de caminos empezará asesinando, para tener menos denunciantes y testigos de su delito, si ve que la misma pena le amenaza por el robo y el asesinato juntos.⁶⁰

⁶⁰ Joaquín Escriche, citado por Leyva Martínez, Francisco. Justa reforma al artículo 234, último párrafo, del Código Penal Federal. Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, número 6, publicación semestral, junio de 2008. Edit. Instituto Federal de Defensoría Pública, pp. 263-280.

4.3 LA PENA DEL DELITO DE USO DE MONEDA FALSIFICADA CONFORME AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Hemos analizado en el presente capítulo que el principio de proporcionalidad adquiere preponderancia no sólo por su connotación general o abstracta, si no como condición prima facie para determinar el contenido de los derechos fundamentales y su enfrentamiento con las medidas legislativas, y en el tema que desarrollados, vista la proporcionalidad como contenido normativo para la determinación del legislador de establecer tal o cual conducta reprochable desde el punto de vista penal, en el caso, la determinación de la pena para el delito de uso de moneda falsificada en igualdad de condición que para el delito de falsificación de moneda en todas acepciones.

Partiendo de la exposición de motivos del legislador ordinario para el establecimiento de los tipos penales con su correspondiente sanción, en el caso específico del artículo 234, del Código Penal Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 14 de agosto de 1931, por decreto del Presidente de la República de fecha 2 enero de 1931, y diversa modificación a dicho precepto legal, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 11 junio de 1992, podemos advertir que la iniciativa propuso la modificación de las normas penales que definen y sancionan las hipótesis de conducta que falsifican la moneda, integrando en su concepto todos los medios representativos de valor económico que tienen curso legal para considerarse como tal y que son tanto los billetes de banco como las monedas metálicas, así como los similares de otros países.

Se dijo en la exposición de motivos en comento que la autenticidad de toda moneda debe preservarse para asegurar la estabilidad y certidumbre de cualquier sistema económico nacional; ningún Estado puede sentar las bases de su desarrollo económico y con ello la de todos los aspectos de su desarrollo social, sino a partir de un sistema monetario que se constituya como el factor central de una unidad de moneda que tenga curso absoluto y confiable, para permitir cualquier tipo de

transacción lícita que intercambie los valores económicos entre los diferentes agentes de la vida social y económica de un país.

Por ello, la existencia y la circulación de la moneda deben protegerse mediante reglas que establezcan sanciones para las conductas que la afecten y, considerarlas como una actividad antisocial que merezcan penas corporales suficientes, tomando en cuenta que la prisión, que es la mayor sanción que admite nuestra legislación ordinaria, siempre lleva por objeto conseguir la ejemplaridad y disuadir a terceros de la realización futura de mismas conductas, entre otras finalidades.

Concluyendo el legislador ordinario que se justifica el incremento de la pena de prisión tratándose de falsificación de moneda metálica y billetes en caso de falsificación tanto de esta como de aquellos, que se propone en la iniciativa y en el nuevo dictamen, advirtiendo que esta especie legal resulta un caso de verdadera excepción, cuando en la actualidad los criterios generales de la política de legislación penal en el país inducen a reducir los montos de este tipo de penas en otras conductas que no se consideran más graves. Por eso se sugiere establecer una pena corporal de 5 a 12 años de prisión y sanción pecuniaria de hasta quinientos días multa, en los términos de propio Código Penal referido, para quien cometa lisa y llanamente el delito de falsificación de moneda en cualquiera de las modalidades que se integran y comprenden ahora en el nuevo tipo delictivo.

De igual manera, el legislador expuso que partiendo de la opinión de que la moneda debe ser asegurada en su existencia y circulación frente a las conductas que la falsifiquen o alteren, por un principio de seguridad económica interior del estado Mexicano. Así la falsificación de moneda la define como aquella conducta que produce, almacena, distribuye o introduce al territorio nacional cualquier documento o pieza metálica que contenga imágenes o elementos que aparecen en la moneda circulante y que por ello resulta la idoneidad para engañar a los usuarios, estableciendo dicho delito en el artículo 234, del Código Penal Federal. Incorporando

en el mismo precepto el uso de moneda falsificada con conocimiento de causa, con la misma pena de prisión que la falsificación de moneda.

Consideramos que si bien el legislador ordinario tiene la facultad de configuración legislativa, tipificando las conductas que merecen reproche desde el punto de vista penal con la consecuente pena de prisión a imponer al activo de tal delito, a partir de los fines que se persiguen con la pena de prisión, por una parte de prevención especial en cuanto a que tiende a prevenir los delitos que pueden proceder del delincuente, esto es, evitar que quien la sufre vuelva a delinquir, y de prevención general como aviso o intimidación para prevenir el delito, sin embargo, la medida legislativa debe cumplir un fin constitucionalmente legítimo, orientada a alcanzar una finalidad admisible a la luz de los derechos fundamentales, sobretodo, que la medida legislativa cumpla con una relación de proporcionalidad y racionalidad, lo que no ocurre con el delito de uso de moneda falsa en equiparación al diverso delito de falsificación de moneda.

Ciertamente, el legislador al tipificar los delitos de uso de moneda falsa y falsificación de moneda tenía como fin asegurar la existencia y circulación de la moneda, por un principio de seguridad económica interior del estado Mexicano, dado que se daña severamente la economía y estabilidad del país la ilegal producción, almacenamiento, distribución o introducción al territorio nacional cualquier documento o pieza metálica que contenga imágenes o elementos que aparecen en la moneda circulante y que por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con moneda emitidas legalmente, soslayando que, en principio tales acciones son más graves que la conducta de usarla pese a conocimiento de su falsedad.

Si bien el uso de moneda falsa es una conducta que debe ser reprimida, también la potestad punitiva del Estado debe ejercerse de manera proporcional a la lesión ocasionada o a la puesta en peligro de los bienes tutelados por el ordenamiento, esto es, sus bienes jurídicos.

Como se verá en el capítulo siguiente, la práctica en el derecho comparado ha sido precisamente la de sancionar de diversa forma las conductas de falsificación y la de uso de moneda falsa, pero veremos que el tipo penal admite excepciones o causas excluyentes de delito o eximentes de responsabilidad penal, y en algunos casos tan sólo la imposición de una sanción pecuniaria.

En el caso, la medida legislativa de equiparar al delito de uso de moneda falsa al diverso delito de falsificación de moneda, se considera desproporcional e irracional, en tanto que se excluye la posibilidad de que el tenedor de un billete apócrifo por impericia o asumir sumo cuidado en usar ese billete que ha recibido por alguna circunstancia y que al ser detectado con esa característica por quien lo recibe por pericia, entonces la persona deba enfrentar un proceso penal, cuando el elemento subjetivo específico de dicho delito entraña un hecho negativo a demostrar por el implicado.

En otras palabras, la persona sujeta a proceso al declarar ante el Juez no tener conocimiento de la falsedad del billete o los billetes con lo que pretendió comprar algo o pagar un servicio, es un hecho negativo que no se puede demostrar, y que tan sólo permanece en el intelecto del implicado, esto es, sólo éste sabe o sabía que el billete o los billetes eran apócrifos y aun así decidió usarlos.

Así, la rigidez de dicho tipo penal y su sanción con la misma penalidad en equiparación con el delito de falsificación de moneda, en sus modalidades de producción, almacenamiento, distribución o introducción al territorio nacional cualquier documento o pieza metálica que contenga imágenes o elementos que aparecen en la moneda circulante y que por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con moneda emitidas legalmente, se estima que no cumple con el principio de proporcionalidad y racionalidad.

Como ejemplo de lo que hemos expuesto, encontramos en los medios de comunicación noticias de personas que han sido detenidas, procesadas y

sentenciadas por el delito de uso de billete falso, y que por su nivel cultural o social, aunado a su deficiente defensa, no lograron demostrar su no conocimiento de falsedad del billete que usaron, por lo que compurgaron una pena de cinco años prisión.

Tal es la historia de Esperanza Reyes de 46 años de edad, analfabeta, trabajadora doméstica, con una hija de 10 años de edad y un hijo de 7 años de edad, quien pagar con un billete de 100 pesos una mercancía fue detenida, procesada y sentenciada a 5 años de prisión, y que después de 34 meses de su vida en prisión, incluidas las Islas Marías, y tras una campaña en Internet para solicitar el indulto presidencial a su favor, la Secretaría de Gobernación le dio el beneficio de la preliberación. No sirviéndole de nada que haya declarado que no sabía que era un billete falso.

Otro caso es el del señor David Herrera Martínez, de 46 años de edad, vendedor de mariscos y originario de Guadalajara, Jalisco, quien actualmente está preso en el penal de máxima seguridad de Puente Grande, sentenciado a 5 años de prisión por usar un billete de 500 pesos al pretender comprar un sombrero de paja en el tianguis del Municipio de Ocotlán, esto pese a que declaró que no sabía que el billete era falso y que se lo habían dado al vender sus mariscos.

Existen innumerables casos como los anteriores, personas procesadas o sentenciadas y en prisión purgando una pena de 5 años por pagar con tan sólo un billete falsificado, aún que hayan declarado que no sabían de tal falsedad.

En ese sentido, consideramos que el legislador indebidamente sanciona con la misma pena a los dos tipos penales contenidos en el artículo 234 del Código Penal Federal, la falsificación de moneda y uso de moneda falsificada, cuando la pena para este último delito debiera ser menor que la que merece el delito de falsificación de moneda cuya comisión conlleva conductas más graves que la simple conducta de

usar moneda falsificada, máxime cuando es muy subjetivo el elemento integrador del tipo penal, que recibe ese mismo carácter consistente en el “a sabiendas”.

Concluimos, el usar un billete de falso sin tener conocimiento de ello, debiera estar contemplada en el Código Penal Federal como una causa de exclusión de delito, pero acorde a la actual redacción del artículo 234, del Código Punitivo invocado, para infortunio de la persona tenedora del billete apócrifo al no poder demostrar su no conocimiento de esa particularidad, será sometida a proceso con todas aflicciones y castigos que ello acarrea. De ahí que la medida legislativa no cumpla con la relación de proporcionalidad y racionalidad.

REGULACIÓN DEL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA EN LEGISLACIONES PENALES EXTRANJERAS

La regulación del delito de uso de moneda falsificada en nuestra legislación mexicana surge como un acto legislativo necesario ante las acciones de uno o más sujetos en perjuicio de la sociedad en cuanto a dañar la fe pública y estabilidad económica del país, con la falsificación de moneda, en sus modalidades de producción, almacenamiento, distribución o introducción a territorio nacional de moneda falsa, al igual que su uso con conocimiento de su falsedad. Como medida represiva se previó imponer pena de prisión al que cometiere tales conductas.

Consideramos, que resulta necesario para nuestro trabajo estudiar algunas legislaciones penales extranjeras a manera de comparativas con nuestra legislación penal mexicana que sobre el delito en estudio han regulado y como tema en particular la pena que se prevé para las conductas de falsificación de moneda en sus diversas modalidades y peculiaridades del delito.

Incluimos a nuestro trabajo las legislaciones penales que consideramos más importantes: Código Penal Español, Código Penal Chileno y Código Penal Argentino, los que abordaremos enseguida.

5.1 DELITO DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El Código Penal Español, prevé en su título XVIII, denominado “De las falsedades”, capítulo primero, con denominación “De la falsificación de moneda y efectos timbrados” sus principales artículos sobre el tema 386, 387, 388 y 389, los que en su literalidad dicen:

Artículo 386. Será castigado con la pena de prisión de ocho a 12 años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda:

1º El que altere la moneda o fabrique moneda falsa.

2º El que introduzca en el país o exporte moneda falsa o alterada.

3º El que transporte, expendo o distribuya, en connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador, moneda falsa o alterada.

La tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquélla y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores. La misma pena se impondrá al que, sabiéndola falsa, adquiera moneda con el fin de ponerla en circulación.

El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expendo o distribuya después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses, si el valor aparente de la moneda fuera superior a 400 euros.

Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código.

Artículo 387. A los efectos del artículo anterior, se entiende por moneda la metálica y papel moneda de curso legal. A los mismos efectos, se considerarán moneda las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje. Igualmente, se equiparán a la moneda nacional las de otros países de la Unión Europea y las extranjeras.

Artículo 388. La condena de un Tribunal extranjero, impuesta por delito de la misma naturaleza de los comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente

penal haya sido cancelado o pudiese serlo con arreglo al Derecho español.

Artículo 389. El que falsificare o expendiere, en connivencia con el falsificador, sellos de correos o efectos timbrados, o los introdujera en España conociendo su falsedad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.

El adquirente de buena fe de sellos de correos o efectos timbrados que, conociendo su falsedad, los distribuyera o utilizara en cantidad superior a 400 euros será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses.

De los artículos transcritos se advierte que la legislación penal española sanciona la fabricación, alteración, introducción al país o exportación de moneda falsa o alterada, transporte y distribución de la misma, se castiga con pena de prisión de ocho a doce años de prisión.

En el tercer párrafo del artículo 386, del Código Penal Español, se establece que el que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expenda o distribuya después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses, si el valor aparente de la moneda fuera superior a 400 euros.

Como observamos, al que adquiera de buena fe de moneda falsa y aun constándole su falsedad la expenda o distribuya se hace merecedor a la pena de prisión de tres a seis meses, pena que resulta acorde a la conducta realizada si consideramos que resultan más graves las conductas enumeradas en el segundo párrafo del artículo 386 del código en cita.

Además se establece a manera optativa para el juzgador el imponer multa de seis a veinticuatro meses si el valor aparente de la moneda fuera superior a 400 euros, lo que no da lugar a pena corporal para este delito, y en todo caso a sujeción a proceso mientras se satisfaga el pago de la multa impuesta.

El legislador español consideró que las conductas descritas en el segundo párrafo resultan más graves que el detentador de moneda falsa adquiriente de buena y que aun sabiendo su falsedad la expende o distribuye. En este contexto el legislador deja clara la distinción de las conductas realizadas por el sujeto activo y que por tanto no deben ser penas de la misma categoría.

5.2 DELITO DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA EN EL CÓDIGO PENAL DE CHILENO

El Código Penal Chileno, prevé en su título IV, denominado “de los crímenes y simples delitos contra la fe pública, de las falsificaciones, del falso testimonio y del perjurio”, 1. De la moneda falsa, sus principales artículos sobre el tema 162 a 171, los que en su literalidad dicen:

Artículo 162. El que sin autorización fabricare moneda que tenga curso legal en la República, aunque sea de la misma materia, peso y ley que la legítima, sufrirá las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez sueldos vitales.

Cuando el peso o la ley fueren inferiores a los legales, las penas serán presidio menor en su grado medio y multa de seis a quince sueldos vitales.

Artículo 163. El que falsificare moneda de oro o plata que tenga curso legal, empleando otras sustancias diversas, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a veinte sueldos vitales.

Si la moneda falsificada fuere de vellón, las penas serán presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez sueldos vitales.

Artículo 164. El que cercenare moneda de oro o plata de curso legal, sufrirá las penas de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez sueldos vitales.

Artículo 165. El que falsificare moneda que no tenga curso legal en la República, será castigado con presidio menor en su grado medio y multa de seis a quince sueldos vitales, si la moneda falsificada fuere de

oro o plata, y con presidio menor en su grado mínimo y multa de seis a diez sueldos vitales, cuando fuere de vellón.

Artículo 166. El que cercenare moneda de oro o plata que no tenga curso legal en la República, sufrirá las penas de presidio menor en su grado mínimo y multa de seis a diez sueldos vitales.

Artículo 167. El que de concierto con los falsificadores o cercenadores, tomare parte en la emisión o introducción a la República de la moneda falsificada o cercenada, será castigado con las mismas penas que por la falsificación o cercenamiento corresponderían a aquéllos según los artículos anteriores.

Artículo 168. El que, sin ser culpable de la participación a que se refiere el artículo precedente, se hubiere procurado a sabiendas moneda falsificada o cercenada y la pusiere en circulación, sufrirá las penas de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de once a veinte sueldos vitales.

Artículo 169. La tentativa respecto de cualquiera de los delitos de que tratan los artículos precedentes, será castigada con el mínimo de las penas establecidas en ellas para el delito consumado.

Artículo 170. El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa o cercenada, la circulare después de constarle su falsedad o cercenamiento, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez sueldos vitales, si el valor de la moneda circulada subiere de una unidad tributaria mensual.

Artículo 171. Si la falsificación o cercenamiento fueren tan ostensibles que cualquiera pueda notarlos y conocerlos a la simple vista, los que fabricaren, cercenaren, expendieren, introdujeren o circularen la moneda así falsificada o cercenada, se reputarán procesados por engaño y serán castigados por este delito con las penas que se establecen en el Título respectivo.

De la legislación penal en cita, se observa que la pena para el falsificador, cercenador, fabricante de moneda falsa, así como el que a sabiendas de que la moneda es falsificada o cercenada la pone en circulación y el que con acuerdo con los falsificadores o cercenadores, tomare parte en la emisión o introducción a la República de la moneda falsificada o cercenada, serán castigados con pena de prisión de cinco años y un día a diez años.

La pena para el sujeto activo del delito en mención en sus modalidades la obtuvimos de los parámetros establecido por la legislación penal chilena en su artículo 56, que establece que las penas constan de tres grados, mínimo, medio y máximo, precepto que es complementario de los artículos del Código Penal Español, en cuanto a que éstos remiten al precepto en mención en que, como se dijo establecen los parámetros de la pena a imponer y que corresponde a cada uno de sus tres grados. De tal manera que se establece que la pena de presidio –según la denominación de la legislación– el grado medio a máximo se comprende de cinco años y un día a diez años y, reclusión menor en su grado mínimo comprende de sesenta y un días a quinientos cuarenta días.

El artículo 170, establece que a quien habiendo recibido de buena fe moneda falsa o cercenada, la circulare después de constarle su falsedad o cercenamiento, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez sueldos vitales.

Los preceptos en cita dejan en claro que el legislador chileno consideró que la conducta del falsificador, cercenador, fabricante de moneda falsa, así como el que a sabiendas de que la moneda es falsificada o cercenada la pone en circulación y el que con acuerdo con los falsificadores o cercenadores, tomare parte en la emisión o introducción a la República de la moneda falsificada o cercenada, es una conducta más grave que el simple detentador de moneda falsa o cercenada adquirente de buena fe y que no obstante de tener conocimiento de la falsedad de la moneda la pone en circulación, tan es así que las penas para tales conductas son distintas.

Además se establece a manera optativa para el juzgador el imponer multa de seis a diez sueldos vitales si el valor de la moneda circulada subiere de una unidad tributaria mensual –acorde a la denominación del valor legal del país–, lo que no da lugar a pena corporal para este delito, y en todo caso a sujeción a proceso mientras se satisfaga el pago de la multa impuesta.

5.3 DELITO DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

El Código Penal Argentino, prevé en su título XII, denominado “Delitos contra la fe pública”, capítulo I, con denominación “Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito” sus principales artículos sobre el tema 282, 283, 284, 285 y 287, los que en su literalidad dicen:

Artículo 282. Serán reprimidos con reclusión o prisión de tres a quince años, el que falsificare moneda que tenga curso legal en la República y el que la introdujere, expendiere o pusiere en circulación.-

Artículo 283. Será reprimido con reclusión o prisión de uno a cinco años, el que cercenare o alterare moneda de curso legal y el que introdujere, expendiere o pusiere en circulación moneda cercenada o alterada.

Si la alteración consistiere en cambiar el color de la moneda, la pena será de seis meses a tres años de prisión.

Artículo 284. Si la moneda falsa, cercenada o alterada se hubiere recibido de buena fe y se expendiere o circulara con conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración, la pena será de pesos argentinos mil a pesos argentinos quince mil.

Artículo 285. Para los efectos de los artículos anteriores quedan equiparados a la moneda nacional, la moneda extranjera, los títulos de la deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones, los bonos o libranzas de los tesoros nacional, provinciales y municipales, los billetes de banco, títulos, cédulas, acciones, valores negociables y tarjetas de compra, crédito o débito, legalmente emitidos por entidades nacionales o extranjeras autorizadas para ello, y los cheques de todo tipo, incluidos los de viajero, cualquiera que fuere la sede del banco girado.

Artículo 287. Serán reprimidos con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación absoluta por doble tiempo, el funcionario público y el director o administrador de un banco o de una compañía que fabricare o emitiere o autorizare la fabricación o emisión de moneda, con título o peso inferiores al de la ley, billetes de banco o cualesquiera títulos, cédulas o acciones al portador, en cantidad superior a la autorizada.

Los artículos transcritos 282 y 283, con suma claridad establecen que será castigado con pena de prisión de tres a quince años al que falsificare moneda que tenga curso legal en la República y el que la introdujera, expidiere o pusiere en circulación y con pena de prisión de uno a cinco años al que cercenare o alterare moneda de curso legal y el que introdujere, expidiere o pusiere en circulación moneda cercenada o alterada.

Por otra parte y con acierto el legislador argentino consideró que si la moneda falsa, cercenada o alterada se hubiese recibido de buena fe y se expidiere o circulara con conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración, la pena será de pesos argentinos mil a pesos argentinos quince mil.

Resulta claro que el legislador hizo una distinción entre lo que es la conducta propiamente grave como lo es falsificar, alterar o cercenar moneda de curso legal, así como su introducción al país o puesta en circulación dicha moneda de la que deviene de una recepción de buena fe de moneda falsa y que sólo incide en un acto igualmente ilícito pero de menor gravedad como lo es expender o circular la moneda con conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración.

Ciertamente, el delito de expender o circular moneda con conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración, recibida de buena fe, es de menor gravedad que las conductas que se prevén en los artículos 282 y 283 de la legislación penal en cita, y por tanto no merece la misma pena, tan es así que el legislador en justicia para el adquirente de buena fe de moneda falsa consideró que ni siquiera debe ser reprimida con pena corporal sino con multa en pesos argentinos.

Con base en lo argumentado en el presente trabajo, consideramos que el legislador ordinario debería analizar a detalle las hipótesis que prevé el artículo 234, del Código Penal Federal, y ponderar qué conductas ilícitas de las ahí previstas representan verdadera gravedad si el uso de moneda falsificada, en la que pueden concurrir circunstancias excluyentes de la culpabilidad, como lo es la falta de conocimiento y voluntad de llevar cabo la conducta, contrario a ello la conducta eminentemente dolosa, en la que hay conocimiento y voluntad de realizar las conductas de producir, almacenar, distribuir o introducir al territorio nacional cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes, y que por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con monedas emitidas legalmente.

En ese sentido, se propone elevar a consulta a la Cámara de Diputados por los conductos legales la iniciativa de reforma al artículo 234, del Código Penal Federal, en el que se establezca una penalidad menor para el delito de uso de moneda falsificada, sustentada dicha reforma en una ponderación de las conductas descritas en el texto vigente como lo es la producción, almacenamiento, distribución o introducción al territorio nacional cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes, y que por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con monedas emitidas legalmente, y finalmente el uso de moneda falsificada, en ese sentido determinar que resulta de mayor gravedad la falsificación de moneda que el simple uso de la misma, o bien, se incluya en el Código Penal Federal un supuesto normativo que excluya o exima de responsabilidad penal a aquella persona que sin conocimiento de la falsedad del billete lo puso en circulación con su uso.

Se debe hacer una interpretación armónica del artículo 22 Constitucional, para lo que al caso interesa, en relación con el artículo 234, del Código Penal Federal, en el que se ponderen los fines teleológicos de la determinación de cuáles son las conductas delictivas y la penalidad que debe corresponderle a cada una de ellas, sobre la base del precepto constitucional en cita, del que se colige que la pena para

el delito debe considerarse como una medida aflictiva para el delincuente, pero necesaria para la coexistencia pacífica y armónica de los miembros de la sociedad; también el hecho de que la sanción adquiere, por otra parte, el carácter de preventiva, al inhibir la proliferación de conductas antisociales, al mismo tiempo que restablece el orden jurídico que se ve perturbado por la comisión de delitos. Desde esta perspectiva, la pena forma parte de la defensa social, que responde de manera proporcional a la gravedad del ilícito cometido, independientemente de que su finalidad sea, también, la readaptación social del delincuente sobre la base de trabajo, la capacitación para el mismo y la educación para que pueda convivir en la comunidad a que pertenece.

En este orden de ideas, resulta injustificada la pena para el delito de uso de moneda falsificada en equiparación con el diverso ilícito de falsificación de moneda en cualquiera de las modalidades que se integran y comprenden en el artículo 234, del Código Penal Federal, cuya comisión conlleva a conductas penales más graves y atentatorias a los bienes jurídicos tutelados por la norma como lo es la fe pública, la estabilidad y patrimonio de la nación, sobretodo, porque no existe en la legislación penal alguna causa excluyente de delito sobre el tipo penal de uso de billete falso, de ahí que la medida legislativa no cumpla con una relación de proporcionalidad y racionalidad como se expuso en el presente trabajo.

La propuesta descansa de igual manera en convocar al legislador a ajustar las leyes penales y de medidas de seguridad aplicadas en la República Mexicana, adecuándolas a las necesidades de una sociedad cada vez más evolucionada y cambiante.

Este fenómeno de cambio en México se presenta grave a través de dos vertientes sociales claramente ostensibles y opuestas. Una de ellas está integrada por la sobrepoblación, la pobreza, el desempleo, la riqueza, mala vida, la inseguridad, el abuso e incompetencia de las autoridades, etc.

En la otra vertiente, se encuentran los jóvenes, los que deben ser moldeados en bien de valores humanos, los que necesitan orientación, la ciencia para la solución de la problemática climática, ambiental, etc.

En este contexto, es útil un soporte legal que ayude a la mejor convivencia social dentro del régimen de derecho que nos rige, es menester un sistema de normas jurídicas adecuadas para combatir el crimen que impera en la primer vertiente y que fortalezca el desarrollo de la segunda.

De ahí que la reforma del artículo 234, en su último párrafo del Código Penal Federal, se provoca en el deseo de que se reubique la política criminal de México valorando debidamente la utilidad de la pena corporal.

BIBLIOGRAFÍA

- Baratta, Alessandro, Criminología crítica y crítica del derecho penal, Pág. 23.
- Beristáin, Antonio, Derecho penal y criminología, Pág. 74.
- Beccaria César, de los delitos y de las penas, introducción de Francisco Tomás y Valiente, Pág. 9
- Cuello Calón, Eugenio. La moderna penología, Pág. 118.
- De la Barreda Solórzano, Luis, la tortura en México, Pág. 20,
- De la Barreda Solórzano, Luis. Derechos Humanos y Derecho Penal. Nexos julio 1994. p 16
- Demetrio Crespo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca 1999, p. 205. citada por Silva Sánchez, advierte en ello una contradicción. Ello, desde una visión general favorable a la teoría del espacio de juego con una orientación preferentemente preventivo-especial.
- Díaz de León, Marco Antonio, Código Federal de Procedimientos Penales comentado. Edit. Porrúa, sexta Edición, México 2001, pág. 263.
- Foucault Michel, vigilar y castigar, pág. 11 y ss.
- Hernández Quiroz, Armando, Ideario Represivo. Pág. 12
- Heiko H. Lesch, La función de la pena, cuadernos "Luis Jiménez de Asúa" p. 21 DYKINSON 1999.
- Joaquín Escriche, citado por Leyva Martínez, Francisco. Justa reforma al artículo 234, último párrafo, del Código Penal Federal. Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, número 6, publicación semestral, junio de 2008. Edit. Instituto Federal de Defensoría Pública, pp. 263-280.
- Jeschek, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal, parte general, Pág. 90.
- Leyva Martínez, Francisco. Justa reforma al artículo 234, último párrafo, del Código Penal Federal. Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, número 6, publicación semestral, junio de 2008. Edit. Instituto Federal de Defensoría Pública, pp. 263-280.
- Lunden, Handbuch, Pág. 53, citado por Lesch en su obra citada Pág. 25
- Montesquieu y Brade, Carlos Luis, del espíritu de las leyes, lib. XII, Cap, IV, pag 126

Mir Puig, Santiago. Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método. Pág. 68.

Mir Puig, Santiago. Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método. Pág. 69

Pulido, Bernal. La proporcionalidad e interpretación constitucional, Universidad Autónoma de México, 2005, p. 46

Rousseau, Juan Jacobo, el contrato social, lib. II, cap V, pág. 45

Sánchez Gil, Rubén. El principio de proporcionalidad. Universidad Autónoma de México, 2007, Pág. 16-36.

Sandoval Huertas, Emiro, Penología, parte general, Pág. 24

Santiago Mir Puig. Función de la pena y teoría del delito en el Estado. Pág. 32, Boch, Barcelona 1982.

Silva Sánchez, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema dogmático: un primer esbozo. Barcelona, abril 2007. p 3.

Von Liszt, Franz. Derecho Penal. Tratado I, Pág. 197.

LEYES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Penal Federal

Código Federal de Procedimientos Penales

PAGINAS DE INTERNET

www.bibliojuridica.org.mx. (08 de mayo de 2010)

www.miabogado.com.mx. (08 de mayo de 2010)