

PROPORCIONALIDAD CUANTITATIVA DE LA PENA

Uriel PIÑA REYNA*

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Sobre la proporcionalidad*. III. *Los argumentos cuantitativos*. IV. *La proporcionalidad cuantitativa*. V. *La proporcionalidad cuantitativa de las penas de prisión*. VI. *Otros criterios de proporcionalidad de las penas*. VII. *Una aproximación a una valoración normativa*. VIII. *Algunas aplicaciones adicionales del nivel de rechazo*. IX. *A manera de conclusión*. X. *Bibliografía*.

I. NOTA INTRODUCTORIA

La proporcionalidad se define en el *Diccionario de la Lengua Española* como la conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí.

Mientras que el mismo *Diccionario* define como proporción la disposición, conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí.

La idea de proporción implica, pues, semejanza o igualdad de las partes con su todo, o bien, entre cosas que son conexas o se conectan.

En materia de sanciones penales, la proporcionalidad se entiende como la correspondencia entre las sanciones con el bien jurídico tutelado y con el daño o peligro de daño.

La idea de la proporcionalidad puede entenderse en dos sentidos: la proporcionalidad abstracta y la proporcionalidad concreta.

La proporcionalidad abstracta consiste en la semejanza o armonía de las sanciones legales con relación al bien jurídico tutelado y el daño causado o peligro de daño, sin hacer referencia concreta a circunstancias de tiempo, modo o lugar.

* Profesor en derecho constitucional y amparo en la Univesidad del Valle de México del Estado de México; asesor en la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión.

La proporcionalidad abstracta es propia del procedimiento legislativo, y compete a los sujetos que intervienen en él; así, por ejemplo, el legislador o el sujeto que elabora una iniciativa para crear un delito al que atribuye un parámetro de sanciones, o bien, para modificar los parámetros de las sanciones vigentes de un tipo penal, debe considerar, en abstracto, cuál es el parámetro de penas proporcionalmente aceptables, esto es, sin relacionar dichas penas con un sujeto, hecho y circunstancias de tiempo, modo y lugar concretos.

La proporcionalidad concreta, a su vez, es la semejanza o armonía entre las sanciones impuestas por los tribunales tomando en cuenta —entre otros factores— el bien jurídico tutelado, y el daño causado o peligro de daño, en un contexto de referencias concretas a circunstancias de tiempo, modo y lugar.

La proporcionalidad concreta es propia del proceso judicial, y compete a los tribunales que resuelven sobre la individualización de las sanciones que corresponden a una persona determinada, por un hecho ocurrido en circunstancias temporales, espaciales y condicionales concretas.

El problema al cual se enfrentan tanto los sujetos del procedimiento legislativo como los tribunales es responder a preguntas relativas a ¿cómo se conoce que una pena es proporcional?, ¿en qué medida es o no proporcional la pena?, ¿cómo calcular cuantitativamente la pena proporcional?, ¿cómo justificar cada respuesta anterior?

Esas preguntas tienen un interés teórico indiscutible; pero también tienen una importancia práctica. Para intuir esta importancia práctica, baste pensar en que un código penal castigue con mayor severidad un delito patrimonial que uno que tutele la libertad y seguridad sexuales de las personas, y en que un juez aplicaría esa regla a casos concretos, con todas sus consecuencias.

La raíz del problema quizá se encuentra en la relación compleja que se establece entre la conducta típica y su consecuencia represiva: las sanciones, pues mientras la primera —la conducta— no es cuantificable, las sanciones, como su consecuencia, sí lo son, ya que éstas se expresan generalmente en cantidades.

Por esa razón, este trabajo explora una alternativa cuantitativa para responder a las preguntas anteriores y para auxiliar en la corrección de la proporcionalidad de las penas, circunscribiéndose a la proporcionalidad abstracta y a la pena de prisión desde un punto de vista cuantitativo, lo cual también ha propiciado que el texto no sea abundante en citas, sino en aplicaciones cuantitativas.

II. SOBRE LA PROPORCIONALIDAD

La idea de la proporcionalidad de la pena fundamentalmente se ha cons- treñido a la compatibilidad de las sanciones con el delito, con la magnitud del bien tutelado y con el daño o peligro de daño.

Esa idea de la proporcionalidad es ampliamente aceptada tanto por la doctrina¹ como por la jurisprudencia² y la legislación, ya primaria, ya secundaria.³

¹ Véase, por ejemplo, Islas de González Mariscal, Olga, “Contenido de las normas penales”, en Piña y Palacios, Javier (coord.), *Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pp. 47-62. Asimismo, García Ramírez, Sergio, *Derecho penal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, p. 86. Este último autor es muy claro en este sentido, pues dice: “Se ha impugnado la duración excesiva del encarcelamiento, que contradice sus fines recuperadores, aunque en determinados casos no parece haber alternativa razonable; también se combate la duración muy reducida; en este rango, las ‘penas privativas de libertad’”.

² El Poder Judicial Federal así lo deja ver en tesis como las siguientes: “SANCIONES, SUSTITUCIÓN DE PROPORCIONALIDAD EN EL MONTO DE LA MULTA”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, 163-168, segunda parte, p. 104; “MULTA, CONMUTACIÓN DE LA PENA CORPORAL POR. PROPORCIONALIDAD”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, CVI, segunda parte, p. 28; “SUSTITUCIÓN DE LA PENA, SI AL QUEJOSO SE LE IMPUSO LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DE TRES AÑOS Y FUE MODIFICADA EN LA ALZADA A DOS AÑOS, EL BENEFICIO QUE DEBE OTORGARSE ES EL DE LA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS)”, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IV, diciembre de 1996, tesis: XX.101 P página: 466 Materia: Penal; “INIMPUTABILIDAD, LOS ARTÍCULOS 51 Y 52 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL NO SON APLICABLES EN LOS SUPUESTOS DE”, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIV, julio de 2001, tesis I.2o.P.46 P, p. 1119, Materia: Penal; “PENA. PARA EFECTOS DE SU INDIVIDUALIZACIÓN, LA SOLA CONFESIÓN POSTERIOR AL DELITO NO ES UN COMPORTAMIENTO QUE DEBA TOMAR EN CUENTA EL JUZGADOR”, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVI, julio de 2002, tesis: I.2o.P.59 P, p. 1354, Materia Penal.

³ La Constitución no prevé de forma expresa el principio de la proporcionalidad de las penas, pero sí contiene disposiciones que, implícitamente, imbrican el principio; así, entre otros, el artículo 5o., párrafo tercero, relativo a la procedencia del trabajo obligatorio impuesto por la autoridad judicial; el artículo 14, párrafo tercero, que prohíbe la aplicación analógica o por mayoría de la ley penal, y la obligación de aplicar sólo las penas señaladas específicamente al delito en cuestión; así como el 22, que prohíbe las penas crueles, inhumanas y degradantes. De la misma manera, el Código Penal Federal no contiene pautas expresas sobre la aplicación proporcional de las penas, pero sí incorpora el principio en una diversidad de artículos, entre los cuales destacan los numerales del 51 al 59, que se-

Los criterios para resolver si una pena es proporcional, incorporan como razones últimas las de naturaleza ética —justicia y equidad, entre otros valores— así como factores reales —económicos, políticos, sociales— que finalmente se reconducen al propio sistema jurídico.⁴

Incluso, una idea cada vez más firme consiste en que las penas privativas de libertad deben ser sustituidas por otras; sin embargo, también se acepta que estas penas privativas de libertad deben permanecer para ciertas categorías de delitos.⁵

Sin embargo, el gran problema es cómo vincular esos criterios con las proporciones cuantitativas de las penas, puesto que difícilmente se puede sostener como una verdad absoluta u objetiva que una cierta pena es o no es *proporcionalmente justa*, o bien, es altamente complejo, aunque no imposible, por ejemplo, afirmar que un parámetro determinado de penas es proporcional y disuade a los potenciales infractores de cometer un delito determinado; en otros términos, no se puede responder, desde un punto de vista puramente ético, y es altamente complejo fundar desde criterios exclusivamente reales, respuestas a preguntas como la siguiente: ¿cómo se justifica que una expresión numérica de pena es proporcionalmente justa o injusta, o bien, qué propicia su funcionalidad o disfuncionalidad social?

Se puede considerar que la justificación de la respuesta a esa pregunta debe descansar en la uniformidad de opinión sobre la justicia o funcionalidad social de un parámetro de penas que se estiman proporcionales y que, en esa medida, no se requiere buscar criterios alternativos que la apoyen; esto es, se puede considerar que es suficiente que la opinión sea uniforme en cuanto a que un parámetro de penas es proporcional para estimar que la respuesta está suficientemente justificada.⁶

Frente a ello existen diversos problemas: la opinión sobre si una pena es justa o injusta, en una sociedad caracterizada por la pluralidad y diver-

ñalan las reglas para la aplicación de las sanciones correspondientes al responsable de la comisión de un delito.

⁴ Véase Beling, Ernst von, *Esquema de derecho penal y la doctrina del delito tipo*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, pp. 3-17.

⁵ Roxin, Claus, “Problemas actuales de política criminal”, *Derechos Humanos*, Toluca, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, núm. 59, enero-febrero de 2003, pp. 51-56.

⁶ Esto no sólo tiene que ver con el auditorio al cual se dirige el discurso que propone un parámetro de penas determinado, sino también a un paradigma científico contrario al positivismo.

sidad cultural, no es una y absoluta, es diversa y dinámica; por otra parte, los estudios que pudieran apoyar, desde un punto de vista empírico, el que una pena sea proporcional o no, funcional o disfuncional, son altamente costosos, tanto en términos económicos explícitos como implícitos, y además, por lo general, los estudios se realizarían *ex post* a la vigencia de los parámetros de las penas, con lo cual los resultados de esos estudios serían útiles para valorar los efectos de las penas sobre las conductas de los potenciales criminales y los responsables de la comisión de los delitos, pero escasamente útiles para resolver *ex ante* sobre cuáles penas son las proporcionalmente idóneas para un tipo penal.

Incluso, aun y cuando se considerara que la uniformidad de opinión en los universos de sujetos interesados es criterio suficiente para justificar que un parámetro de penas es proporcionalmente justo o funcional, ello no impide que se empleen auxiliariamente otros criterios alternativos para resolver sobre si una pena es proporcional; por el contrario, el refuerzo de esas posturas con otros argumentos es, más que deseable, exigible.⁷

Una línea argumentativa poco explorada tiene que ver con los argumentos cuantitativos, es decir, aquellos que tienen que ver con la cantidad.⁸

El beneficio de emplear argumentos cuantitativos se revela en que los mismos auxiliarían a fortalecer las propuestas legislativas para que una pena se incremente, se mantenga igual o disminuya e, incluso, ayudaría para que se pudieran evaluar esas propuestas.

Sin embargo, desde ahora se adelanta que no hay algo así como una tabla que diga que a tal tipo penal corresponde necesariamente una proporción abstracta de pena específica, sino que se habrán de proponer criterios cuantitativos que auxilien al legislador para tomar decisiones sobre cuáles son las penas de prisión proporcionalmente aceptables, en un contexto en el cual se presupone la importancia de los criterios éticos y reales.

⁷ En alguna medida, la escuela crítica del derecho y la del análisis económico del derecho afirman la muerte del derecho por mantenerse el derecho dentro de sus fronteras. Un análisis general y crítico sobre dicha postura puede encontrarse en Fiss, Owen M., “¿La muerte del derecho?”, *Doxa*, Alicante, núm. 10, 1991, pp. 123-140.

⁸ Una muestra del empleo de argumentos cuantitativos en el ámbito del derecho se puede observar en Ulloa Herrero, José Ramón, “Derecho y matemáticas”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 30, 2000, pp. 501-506.

III. LOS ARGUMENTOS CUANTITATIVOS

La argumentación, en general, es el proceso justificativo de proposiciones, o, dicho en otros términos, es la relación de razones que soportan una afirmación, o bien, es el producto: el argumento mismo.⁹

En el ámbito del derecho, la argumentación puede definirse como el discurso jurídico justificativo de una proposición.¹⁰

Esa argumentación, como proceso, o los argumentos como resultado, no necesariamente siguen un patrón lógico-deductivo, menos aún en el ámbito del discurso legislativo o parlamentario.¹¹

El predominio de la argumentación y del argumento lógico-deductivo tiene lugar en el proceso judicial, en la argumentación judicial, pues regularmente el juez opera de la norma general al caso concreto para concluir con una decisión, y el criterio de corrección del argumento viene dado por la validez del proceso deductivo en el campo del sistema jurídico.

Sin embargo, en el procedimiento parlamentario, el legislador, al considerar en cuanto al fondo una iniciativa de ley, no hace valer preponderantemente juicios deductivos; lo que importa es el contenido de las proposiciones. Además, una argumentación o un argumento parlamentario o legislativo encuentran su criterio de corrección generalmente fuera de los contextos del juicio lógico y la norma jurídica: en la sociedad, la economía o la oportunidad política, y se pueden vincular con materias tan complejas como la matemática.

Sea en la argumentación judicial o en la parlamentaria, por sólo mencionar estos tipos, la argumentación y el argumento se pueden y deben vincular con otras ramas que auxilian en la elaboración y/o evaluación del proceso discursivo o en el contenido de las razones justificativas de las proposiciones.

Por ejemplo, desde el punto de vista de la economía se pueden proponer criterios para saber cuándo un agente económico ejerce un monopolo-

⁹ Para ampliar los conceptos sobre argumentación y sus tipos véase Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, 10a. ed., Barcelona, Ariel, 2005. Obra que, pese a su sencillez, o quizá por ello, proporciona las bases de la argumentación.

¹⁰ Esta concepción se considera acorde con la sostenida por Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

¹¹ *Ibidem*, p. 3, quien distingue que en el discurso prelegislativo los argumentos tienen un carácter más político que jurídico; mientras que en el tramo propiamente legislativo los argumentos son más de carácter técnico-jurídico.

lio en el mercado, afecta el desarrollo del mismo y perjudica el interés social en forma neta.¹²

Asimismo, la discusión anual del presupuesto general de egresos de la federación es prolífica en argumentos económicos, matemáticos, políticos y sociales, con los cuales se fundan proposiciones sobre la corrección o no de una partida presupuestal.¹³

Sin que esa clase de argumentos sean privativos de la argumentación legislativa, por la propia naturaleza de la función legislativa, es bastante más frecuente que en otro tipo de argumentaciones.

Pero ¿qué es un argumento cuantitativo? Un argumento cuantitativo es aquel que proporciona razones de cantidad y precisión que apoyan una afirmación o pretensión.¹⁴

En esta tesitura, es factible emplear argumentos cuantitativos que auxilien a determinar la proporcionalidad de las penas de prisión, sin que ello signifique que dichos argumentos son los que justificarían por sí solos la proposición de que una pena es proporcional o desproporcionada; sólo se subraya como un argumento de carácter auxiliar.

IV. LA PROPORCIONALIDAD CUANTITATIVA

En el presente trabajo se emplean cuatro conceptos de las matemáticas: uno, la razón, o proporción que se puede considerar como la idea central; otros, la fracción, el porcentaje y la media aritmética, estos tres últimos que se pueden considerar como de menor importancia pero necesarios.¹⁵

¹² Un ejemplo de la aplicación de la economía en el derecho, y de cómo se obtienen argumentos jurídico-económicos, se encuentra en la obra clásica de Posner, Richard, *El análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

¹³ Véanse, por ejemplo, las discusiones en la Cámara de Diputados correspondientes al presupuesto para el ejercicio fiscal de 2005, en el cual se argumentó intensamente sobre cuál sería el precio del barril de petróleo crudo producido por Pemex en el año de 2005.

¹⁴ Esta idea parte de la concepción ordinaria que se tiene de la matemática, que no sólo se relaciona con la cantidad, sino también y en los últimos tiempos con la precisión.

¹⁵ Estos conceptos de matemáticas se pueden encontrar en cualquier libro básico de la materia. Véase, también, Cienfuegos, David, *Matemáticas aplicadas al derecho*, México, Porrúa, 2004. Esta obra constituye un avance general sobre la relación que de ordinario se establece entre las matemáticas y el derecho, para el cálculo de intereses, porcentajes y otros temas de la vida diaria.

En matemáticas la razón no es más que la igualdad de dos términos, esto es, por ejemplo, que:

$$2/4 = 4/8$$

Ello quiere decir que dos cuartos son igual a cuatro octavos, y esto se puede demostrar mediante la multiplicación de cada uno de sus valores extremos entre sí:

El resultado de la multiplicación de esos valores extremos, en el ejemplo, en ambos casos es de 16, de lo cual se deduce la proporción.

La idea de la proporción es importante, porque muestra cómo dos términos cuantitativos, pese a estar expresados en fracciones diversas, son equivalentes; nos auxilia, pues, a identificar medidas paralelas y medidas que son distintas.

Por otra parte, la fracción podría entenderse como el acto o el efecto de fraccionar algo, esto es, de dividir una cosa en partes o fracciones, o bien, como las propias partes o fracciones fruto de la división.

En esa tesitura, una fracción equivaldría algebraicamente tanto a un quebrado; por ejemplo $2/4$, como matemáticamente al producto de la misma división, esto es: 0.5.

La utilidad de la fracción es que, de inicio y fundamentalmente, nos ayuda a identificar la relación entre dos cantidades, usualmente, de una parte con el todo.

El porcentaje, a su vez, no es más que la fracción expresada en tantos por ciento.

Para obtener un porcentaje, lo que se debe hacer es multiplicar la fracción por 100; así, si la fracción es 0.5, esto sería $(0.5)(100) = 50\%$.

Puede ocurrir que el porcentaje sea superior a 100% y ello indicaría cuán superior es una cantidad respecto de otra a partir de ese 100%.

El porcentaje, si se observa, es una forma adicional de expresar aquella fracción, pero que es muy útil para una mejor comprensión de la relación entre cantidades, es más simbólica.

Finalmente, se puede definir a la media aritmética como la suma de un número finito de cantidades dividida entre el número de cantidades sumadas.

También se puede entender como el punto medular que pone en equilibrio las cantidades, aunque ese punto sustancial no necesariamente es la mitad.

Ejemplo:

Si las cantidades son 1, 3, 11; el número de cantidades a sumar son 3; así, $1+3+11 = 15$ y $15/3 = 5$; así que 5 es la media, y este número no se encuentra en la mitad de las cantidades sumadas que es, más bien, 7.5.

El punto central, sin embargo, siempre coincide con la mitad cuando las cantidades sumadas y el denominador son 2.

Ejemplos:

$$3+5=8/2=4$$

$$5+5=10/2=5$$

Existen diversos tipos de medias además de la aritmética, la mediana y la geométrica, entre otras, pero la facilidad de interpretación y cálculo de la aritmética llevan a considerar que la aritmética constituye la mejor alternativa para los efectos de este trabajo, como se puede ver más adelante.

V. LA PROPORCIONALIDAD CUANTITATIVA DE LAS PENAS DE PRISIÓN

Para desarrollar la idea de la proporcionalidad cuantitativa de la pena de prisión es necesario que de manera análoga se desarrollen las nociones de proporción de la pena, fracción de la pena y porcentaje de la pena o porcentaje de rechazo de la pena.

1. *La proporción de la pena*

La idea de proporción de la pena se debe entender como la igualdad de rechazo de las penas máximas y mínimas de un delito en el contexto del cuerpo normativo en cuestión.

El primer gran problema es conocer cuáles son las penas que se deben tener en cuenta para la determinación de la igualdad —y de los conceptos de fracción y porcentaje—: ¿sólo las de un delito “x”? ¿las penas, máximas y mínimas de un delito “x” respecto de otro delito “y” o de un grupo de deli-

tos?, ¿las penas de un delito “x” respecto de las penas máxima y mínima más grandes del cuerpo normativo en cuestión?

Si se toma en cuenta un delito “x” que tenga señaladas como penas de prisión una mínima de 5 años y otra máxima de 35 años, se puede observar con toda claridad, primero, que ambas sanciones no son iguales; pero no tienen por qué ser iguales, puesto que cumplen la función de servir de parámetros de la pena que puede y debe individualizar el juez a partir de los datos que arroje el proceso respecto de conductas concretas distintas. Es claro, pues, que no se puede aplicar aquí la noción de proporción. No se pueden comparar esos valores de manera que tengan sentido y, por tanto, no se puede conocer si existe proporción entre ambas.

Por otra parte, se puede considerar que las penas que se deben cotejar para saber si hay proporción son las penas de dos delitos entre sí. Por ejemplo, que un delito “x” tiene señalada una pena corporal mínima de 5, una máxima de 35; y que un delito “y” tiene señaladas como penas de prisión, una mínima de 15 y una máxima de 25 años, pero

$$5/35 \quad 15/25$$

Lo cual queda demostrado al multiplicar el numerador por el denominador de cada uno de los términos, puesto que $5 \times 25 = 125$ y $15 \times 35 = 525$.

Esto no sólo muestra la desigualdad de los términos, sino que sugiere que en la mayoría de los casos en los que se compare el delito “x” con cualquier otro delito o grupo de delitos no la habría, y no tendría por qué haber igualdad, dado que las conductas tipificadas en cada caso son distintas y, por ende, las sanciones deben ser distintas. Esto es, que entre dos cantidades que de ordinario son necesariamente distintas no tiene por qué existir una razón matemática.

De manera adicional se puede considerar que los valores directos de las penas tienen una aparente utilidad, pues si comparamos la pena mínima del delito “x”, que es de 5 años, con la pena mínima del delito “y”, que es de 15 años, se puede apreciar que la del primero es una pena inferior a la del segundo, que es tres veces aquélla, y que, al agregar el conocimiento y observación de otros datos, por ejemplo, el bien protegido, por pura intuición, se podría estimar que esa pena es proporcional, o no; pero esta idea de proporcionalidad así obtenida es una pura y mera intuición y sólo se relaciona con los valores directos de las penas de los delitos comparados, ¿cómo comparamos las penas mínimas con las máximas de los mismos delitos y no sólo

entre los delitos dichos, sino cómo comparamos esas penas con todas las demás del resto de los delitos del cuerpo normativo, en búsqueda de congruencia y armonía?

Es claro que esa clase de comparaciones, con los valores directos de las penas, no serían posibles con un mínimo grado de fiabilidad, y que todo sería un ejercicio constante de intuición descontrolada.

Más bien, las penas que se deben tener en cuenta son las máxima y mínima del delito o delitos en cuestión y las penas máxima y mínima más grandes del cuerpo normativo de que se trate;¹⁶ la pena mínima más grande del cuerpo normativo se nombra convencionalmente como pena mínima superior, y la pena máxima más grande del mismo cuerpo jurídico recibirá el de pena máxima superior. ¿Por qué utilizar estas penas mínima y máxima superiores? Porque sólo de esta manera existen valores de referencia comunes para todas las demás penas de prisión previstas en el ordenamiento relativo que permitirían la comparación y, subsecuentemente, la congruencia y armonía de las penas fijadas.¹⁷

Obsérvese, por ejemplo, que el delito “x” tiene señaladas como penas, una mínima de 5 y una máxima de 35. Si se aplica lo dicho en el párrafo anterior, se tienen que tener en cuenta también las penas mínima y máxima superiores del cuerpo normativo en cuestión, penas que hipotéticamente se tasan en 40 por lo que hace a la pena mínima superior y de 70 por lo que hace a la pena máxima superior.

Pero como todo delito tiene penas mínimas y máximas, y como lo que se quiere saber, en un inicio, es si las penas mínimas y máximas del delito “x” tienen proporción entre sí y respecto del conjunto de penas del cuerpo normativo, entonces los términos deben ser, en tratándose de la pena mínima, la pena mínima del delito “x” sobre la pena mínima superior, y en tratándose de la pena máxima del delito “x”, la pena máxima de éste sobre la pena máxima superior, para saber qué parte de una pena es de la otra y compararlas, esto es:

¹⁶ Las cuales se pueden expresar en años, meses o días; aquí se ha preferido hacerlo en años, por ser la expresión más común.

¹⁷ Cabe aclarar que si las penas superiores previstas en el cuerpo normativo de que se trate son evidente y ostensiblemente superiores, entonces los valores que se deben tomar en consideración son las penas máximas más grandes siguientes hacia debajo de las superiores. A estas nuevas penas se les denomina convencionalmente penas máximas superiores alternativas, esto es, pena máxima superior alternativa y pena mínima superior alternativa.

Respecto de la pena mínima: 5/40
 Respecto de la pena máxima: 35/70

Si se aplica la regla de comprobación, se mostrará que no hay igualdad, ya que $5 \times 40 = 200$ y $35 \times 70 = 2450$, de donde se sigue la inexistencia de la igualdad.

Esa misma falta de igualdad ocurre con relación al delito “y”:

Respecto de la pena mínima: 15/40
 Respecto de la pena máxima: 25/70

Lo anterior es así, porque en aplicación de la regla de comprobación ya señalada: $15 \times 40 = 600$ y $25 \times 70 = 1750$, con lo cual es claro que no existe equivalencia.

¿Esto muestra la inutilidad de las penas en relación para calcular la proporción de las penas de prisión? No, más bien, los términos formados con las penas de los delitos “x” y “y” y las penas mínima y máxima superiores del cuerpo normativo hipotético han mostrado que no existe esa proporción, a partir de los referentes comunes que son esas penas superiores. Esto es muy importante, porque como más adelante se explica, la división de las penas mínimas y máximas del delito en cuestión sobre las penas mínima y máxima superiores, por su orden, permiten conocer qué parte de esas penas superiores corresponde a las penas de los delitos en cuestión, en el caso, los delitos “x” y “y”, lo que a su vez nos permite hacer cálculos de proporción y de las penas proporcionales.

Ahora es suficiente con retener que esas penas base proporcionan una plataforma común para todos los delitos y que dan los asientos para lograr la congruencia y armonía cuantitativa en el cálculo de las penas.

Sin embargo, aún persisten preguntas tales como ¿en qué medida son desproporcionadas las penas?, ¿cómo calcular esa desproporción?, y mejor aún ¿cómo tasar penas con proporción?

Para ello es necesario que se precisen los conceptos de fracción y porcentaje de la pena.

2. *Fracción y porcentaje de la pena de prisión*

Si la fracción es dividir una cosa en partes o fracciones, o es también el cociente de esa misma división; la fracción de la pena de prisión, tomando

en cuenta lo ya expuesto, es la división de las penas mínima o máxima del delito en específico sobre las penas mínima o máxima superiores del cuerpo normativo, según corresponda, o bien, el cociente de esas divisiones, ya sea que se trate de la pena mínima o de la pena máxima.

Así, en seguimiento de los ejemplos utilizados, en tratándose de las penas del delito “x”:

Respecto de la pena mínima: $5/40$, la fracción es: 0.125

Respecto de la pena máxima: $35/70$, la fracción es: 0.5

Mientras que con relación a las penas del delito “y”:

Respecto de la pena mínima: $15/40$, la fracción es: 0.375

Respecto de la pena máxima: $25/70$, la fracción es: 0.357

Luego, como los porcentajes se obtienen multiplicando la fracción por 100, los valores serían los siguientes:

En tratándose del delito “x”

Respecto de la pena mínima: $5/40$, la fracción es: 0.125 y el porcentaje es de: 12.5%.

Respecto de la pena máxima: $35/70$, la fracción es: 0.5 y el porcentaje es de: 50%.

Mientras que con relación a las penas del delito “y”:

Respecto de la pena mínima: $15/40$, la fracción es: 0.375, y el porcentaje es de 37.5%.

Respecto de la pena máxima: $25/70$, la fracción es: 0.357, y el porcentaje es 35.7%.

¿Qué representan estas fracciones y porcentajes? Lo que representan es la parte de las penas mínimas y máximas de los delitos “x” y “y” respecto de las penas mínima y máxima superiores, esto es, que con relación a la pena mínima de “x” (5 años) sólo es un 12.5% del total de la pena mínima superior (40 años), y que la pena máxima de “x” (35 años) sólo es un 50% de la pena máxima superior (70 años). Asimismo, con relación al delito restante, se puede decir que la pena mínima de “y” (15 años) sólo es un 37.5%

de la pena mínima superior (40 años), y que la pena máxima de “y” (25 años) es sólo un 35.7% de la pena máxima superior (70 años).

La pregunta siguiente sería: ¿para qué nos sirven estos datos? En primer lugar, nos sirven para mostrar un porcentaje de rechazo de la conducta tipificada como delito, nos ayudan a determinar la proporción de las penas y, eventualmente, a calcular, en términos cuantitativos, penas de prisión con proporción.

3. El porcentaje de rechazo de la pena

En los cuerpos jurídicos penales sustantivos o en las leyes especiales se contienen amplios catálogos de tipos penales a los cuales se asocian sanciones corporales, pecuniarias, de trabajo y de otro tipo.

La pena es una sanción que tiene una pluralidad de fines: preventivos, retributivos, disuasorios, e inhibitorios, entre otros, pero representa también una “expresión de rechazo a la conducta tipificada”.¹⁸

De manera que si la pena indica rechazo, su valor cuantitativo expresa en cantidad la intensidad de rechazo de la conducta tipificada. A mayor pena, mayor rechazo de la conducta sancionada; y a menor pena, menor rechazo de la conducta reprimida.

Si se toma en cuenta que la pena tiene dos extremos: la pena mínima y la pena máxima, la idea de rechazo tiene que asociarse a esas penas, de modo que hay un rechazo en la pena mínima y un rechazo en la pena máxima.

De esta manera, si las penas constituyen una manifestación del rechazo de una conducta, es claro que las penas mínima y máxima superiores (40 y 70 años) de un cuerpo normativo, pongamos por ejemplo el Código Penal Federal, son a su vez lo más que se puede rechazar una conducta, tanto por lo que hace a una pena mínima como por lo que hace a una pena máxima.

Luego, si se recuerda que los porcentajes de las penas mínima y máxima del delito “x” se calcularon con base en las penas mínima y máxima superiores de un cuerpo normativo hipotético que ahora llamaremos Código Penal Federal, y que sus resultados fueron los siguientes:

¹⁸ Se puede observar que este factor de rechazo expresa más bien la intensidad de la pena necesaria para lograr sus fines retributivos, preventivos, disuasorios o inhibitorios; pero aun en este caso la pena se visualiza como un efecto sancionador y, por tanto, de inaceptabilidad o rechazo de la conducta; de ahí que se hable de rechazo de la pena.

Respecto de la pena mínima: $5/40$, la fracción es 0.125 y el porcentaje es de 12.5%.

Respecto de la pena máxima: $35/70$, la fracción es 0.5 y el porcentaje es de 50%.

Se puede concluir que el porcentaje que se obtiene de dichas operaciones no es más que el porcentaje de rechazo de la conducta tipificada como delito respecto de las penas mínima y máxima superiores y, como estas penas mínima y máxima superiores constituyen el dato cuantitativo de lo más que se puede rechazar una conducta, sea en la pena mínima o en la pena máxima, es claro que los porcentajes son un por ciento del rechazo de la conducta no sólo respecto de dichas penas superiores, sino respecto del resto de las penas previstas en el mismo cuerpo normativo, en el caso, Código Penal Federal, pues todas las penas tendrían como referentes base para hacer sus cálculos de rechazo las penas superiores.

4. La proporción de las penas

Para conocer si las penas de un delito tienen proporción entre sí y respecto del cuerpo normativo en cuestión, no hace falta sino comparar los porcentajes de rechazo de la conducta tipificada tanto en su pena mínima como en su pena máxima de un delito o delitos determinados.

Esto se explica porque si la proporción es la igualdad de dos términos, póngase por ejemplo los términos $5/40$ y $35/70$ —penas mínima y máxima del delito “x” sobre las penas mínima y máxima superiores del cuerpo normativo en cuestión, en el caso, el Código Penal Federal— y la igualdad de esos dos términos, quebrados o divisiones es igual a las fracciones o cocientes de cada uno de los términos y las fracciones o cocientes son iguales a los porcentajes de los propios términos; entonces, cuando existe igualdad en los porcentajes de rechazo de las conductas tipificadas como delito existe proporción en las penas, y si no existe esa igualdad no existe proporción de las mismas.

En esa tesitura, por ejemplo, si se contrastan los porcentajes de rechazo de la conducta tipificada en el delito “x” tanto por lo que hace en su pena mínima como por lo que toca a su pena máxima, se obtiene que:

Respecto de la pena mínima: $5/40$, la fracción es 0.125 y el porcentaje es de 12.5%.

Respecto de la pena máxima: $35/70$, la fracción es 0.5 y el porcentaje es de 50%.

Y como el porcentaje de rechazo de la conducta tipificada en “x” en su pena mínima es 12.5% y el porcentaje de rechazo por lo que hace a la pena máxima es 50%, es claro que $12.5\% \neq 50\%$, de donde se sigue que no hay igualdad en el porcentaje de rechazo en las penas mínima y máxima del delito “x”, puesto que la conducta tipificada, por lo que hace a la pena máxima, es rechazada en un porcentaje superior. No hay, por tanto, proporción entre las penas del delito “x”.

Es probable que se afirme que la intensidad de rechazo de la conducta en las penas mínima y máxima de un delito específico no tienen por qué ser iguales; pero ante ello cabe argumentar que existen fuertes razones para que la intensidad de rechazo sea la misma en los dos extremos de la pena: la primera, es que se trata de una sola y la misma conducta tipificada como delito que exige una igualdad de trato al imperar las mismas razones para su tipificación y sanción; la segunda razón es que el precisar la igualdad de los porcentajes de rechazo con respecto a las penas superiores redundaría en que las penas tuvieran una mayor razonabilidad, congruencia y armonía, y la tercera razón es que esa proporción señala el valor cuantitativo ideal al que se deben acercar los cálculos de las penas de los diversos delitos.

5. Los cálculos de la proporción de las penas

En un orden cuantitativo, los conceptos anteriores nos auxiliarían para conocer si las penas de los delitos previstos en un cuerpo normativo tienen proporción, pero aquí surge un problema nuevo: ¿cómo calcular, en términos cuantitativos, penas de prisión proporcionales?

Si seguimos con el ejemplo del delito “x”, se puede recordar que sus dos términos son $5/40$ y $35/70$; que la fracción del primer término es 0.125 y la del segundo .5; mientras que sus porcentajes de rechazo de la conducta tipificada son, por lo que hace a la pena mínima, 12.5% y por lo que hace a la pena máxima 50%.

Si se quiere calcular el valor de la pena, esto se puede hacer con base en operaciones en un sentido inverso a como se obtuvieron los porcentajes;

pero aquí se debe tomar una decisión, esto es, se debe decidir si se ha de modificar la pena mínima o la pena máxima del delito; esto equivale a decidir si las penas se han de ajustar tomando como referencia el porcentaje de rechazo mayor o el porcentaje de rechazo menor; o dicho en otros términos, si las penas se han de modificar a la alza o a la baja.

En lo particular, se considera que ello depende fundamentalmente de las políticas públicas que se adopten: si las políticas públicas son políticas severas o estrictas, parece que las modificaciones se tendrían que inclinar por un criterio de aumento de las penas; pero en caso contrario podrían inclinarse por la disminución de las penas.

De vuelta al ejemplo del delito “x”, lo que se tendría que hacer primero es convertir los porcentajes en fracciones y las fracciones en las divisiones correspondientes.

A. Cálculo de las penas con base en el porcentaje de rechazo mayor

El porcentaje es 50%, luego a éste se le quita el símbolo de %, y se divide entre 100, esto es, $50/100$, lo que nos da la fracción obtenida, esto es, $.5$, y como lo que se quiere es calcular una pena mínima que se ajuste al valor de rechazo de la pena máxima, y como ese valor de rechazo se obtiene a partir de las penas superiores, y como lo que se pretende es ajustar la pena mínima a la máxima con base en ese criterio de rechazo, lo que se debe hacer es multiplicar la fracción —que es igual al porcentaje de rechazo de la máxima— por el valor de la pena mínima superior, en la forma siguiente: $.5 \times 40$, de donde surge el nuevo valor de la pena mínima, que es 20.

De manera esquemática, se puede apuntar:

Delito “x”

Pena mínima: 5

Pena máxima: 35

Penas superiores:

Pena mínima: 40

Pena máxima: 70

Los términos de inicio de la proporción:

$5/40$ y $35/70$

Como los productos del numerador de un término multiplicado por el denominador del otro término son distintos, no hay igualdad:

$$5 \times 70 = 350$$

$$35 \times 40 = 1400$$

$$350 \quad 1400$$

Esta desigualdad también se puede expresar en fracciones y porcentajes:

En fracciones

$$5/40 = .125$$

$$35/70 = .5$$

$$.125 \quad .5$$

En porcentajes

$$5/40 = .125 \times 100 = 12.5\%$$

$$35/70 = .5 \times 100 = 50\%$$

$$12.5\% \quad 50\%$$

Luego se calcula el valor de la pena mínima ajustada al valor del rechazo de la pena máxima.

$$50/100 = .5$$

$$.5 \times 40 = 20$$

20 es el valor de la pena mínima ajustada al valor de rechazo de la pena máxima.

Para comprobar si esta pena es la proporcional conforme al rechazo del delito en la pena máxima, ahora los términos son:

$$20/40$$

$$35/70$$

Luego, como los productos del numerador de un término multiplicado por el denominador del otro término son iguales, hay igualdad:

$$20 \times 70 = 1400$$

$$35 \times 40 = 1400$$

$$1400 = 1400$$

Esta igualdad también se puede expresar en fracciones y porcentajes:

En fracciones

$$20/40 = .5$$

$$35/70 = .5$$

$$.5 = .5$$

En porcentajes

$$20/40 = .5 \times 100 = 50\%$$

$$35/70 = .5 \times 100 = 50\%$$

$$50\% = 50\%$$

B. Cálculo de las penas con base en el porcentaje de rechazo menor

El porcentaje es 12.5%, luego a este se le quita el símbolo de %, y se divide entre 100, esto es, $12.5/100$, lo que nos da la fracción obtenida, esto es, .125, y como lo que se quiere es calcular una pena máxima que se ajuste al valor de rechazo de la pena mínima, y como ese valor de rechazo se obtiene a partir de las penas superiores, y como lo que se pretende es ajustar la pena máxima a la mínima con base en ese criterio de rechazo, lo que se debe hacer es multiplicar la fracción —que es igual al porcentaje de rechazo de la mínima— por el valor de la pena máxima superior, en la forma siguiente: $.125 \times 70$, de donde surge el nuevo valor de la pena mínima, que es 8.75.

De manera esquemática, se puede apuntar:

Delito “x”

Pena mínima: 5

Pena máxima: 35

Penas superiores:

Pena mínima: 40

Pena máxima: 70

Los términos de inicio de la proporción:

$5/40$ y $35/70$

Como los productos del numerador de un término multiplicado por el denominador del otro término son distintos, no hay igualdad:

$$5 \times 70 = 350$$

$$35 \times 40 = 1400$$

$$350 \quad 1400$$

Esta desigualdad también se puede expresar en fracciones y porcentajes:

En fracciones

$$5/40 = .125$$

$$35/70 = .5$$

$$.125 \quad .5$$

En porcentajes

$$5/40 = .125 \times 100 = 12.5\%$$

$$35/70 = .5 \times 100 = 50\%$$

$$12.5\% \quad 50\%$$

Luego se calcula el valor de la pena máxima ajustada al valor del rechazo de la pena mínima.

$$12.5/100 = .125$$

$$.125 \times 70 = 8.75$$

8.75 es el valor de la pena mínima ajustada al valor de rechazo de la pena máxima.

Para comprobar si esta pena es la proporcional conforme al rechazo del delito en la pena mínima, ahora los términos son:

$$5/40$$

$$8.75/70$$

Luego, como los productos del numerador de un término multiplicado por el denominador del otro término son iguales, hay igualdad:

$$5 \times 70 = 350$$

$$8.75 \times 40 = 350$$

$$350 = 350$$

Esta igualdad también se puede expresar en fracciones y porcentajes:

En fracciones

$$5/40 = .125$$

$$8.75/70 = .125$$

$$.125 = .125$$

En porcentajes

$$5/40 = .125 \times 100 = 12.5\%$$

$$8.75/70 = .125 \times 100 = 12.5\%$$

$$12.5\% = 12.5\%$$

Otro tanto se puede decir del ejemplo del delito “y”, que llevaría a determinar sanciones proporcionales.

C. Ejemplo de un caso real

Penas máximas superiores

Pena máxima superior prevista en el Código Penal Federal: 70 años

Pena mínima superior: 30 años

Penas del delito de espionaje, previsto en el artículo 127 del Código Penal Federal:

Pena máxima: 20 años

Pena mínima: 5 años

Los términos de inicio de la proporción:

Término de las penas mínimas: 5/30

Término de las penas máximas: 20/70

Como los productos del numerador de un término multiplicado por el denominador del otro término son distintos, no hay igualdad:

$$5 \times 70 = 350$$

$$20 \times 30 = 600$$

$$350 \quad 600$$

Esta desigualdad también se puede expresar en fracciones y porcentajes:

En fracciones

$$5/30 = .166$$

$$20/70 = .285$$

$$.166 \quad .285$$

En porcentajes

$$5/30 = .166 \times 100 = 16.6\%$$

$$20/70 = .285 \times 100 = 28.5\%$$

$$16.6\% \quad 28.5\%$$

Luego se calcula el valor de la pena máxima ajustada al valor del rechazo de la pena mínima.

$$16.6/100 = .166$$

$$.166 \times 70 = 11.62$$

11.62 (11 años y medio de prisión) es el valor de la pena máxima ajustada al valor de rechazo de la pena mínima.

Para comprobar si esta pena es la proporcional conforme al rechazo del delito en la pena mínima, ahora los términos son:

$$5/30$$

$$11.62/70$$

Luego, como los productos del numerador de un término multiplicado por el denominador del otro término son iguales, hay igualdad:

$$5 \times 70 = 350$$

$$11.62 \times 30 = 350 \text{ (al redondear)}$$

$$350 = 350$$

Esta igualdad también se puede expresar en fracciones y porcentajes:

En fracciones

$$5/30 = .166$$

$$11.62/70 = .166$$

$$.166 = .166$$

En porcentajes

$$5/30 = .166 \times 100 = 16.6\%$$

$$11.62/70 = .166 \times 100 = 16.6\%$$

$$16.6\% = 16.6\%$$

D. Cálculo de la pena mínima ajustada a la proporción de rechazo de la pena máxima

$$28.5/100 = .285$$

$$.285 \times 30 = 8.55$$

8.55 (8 años y medio de prisión) es el valor de la pena máxima ajustada al valor de rechazo de la pena mínima.

Para comprobar si esta pena es la proporcional conforme al rechazo del delito en la pena mínima, ahora los términos son:

$$8.55/30$$

$$20/70$$

Luego, como los productos del numerador de un término multiplicado por el denominador del otro término son iguales, hay igualdad:

$$8.55 \times 70 = 600 \text{ (al redondear)}$$

$$20 \times 30 = 600$$

$$600 = 600$$

Esta igualdad también se puede expresar en fracciones y porcentajes:

En fracciones

$$8.55/30 = .285$$

$$20/70 = .285$$

$$.285 = .285$$

En porcentajes

$$8.55/30 = .285 \times 100 = 28.5\%$$

$$20/70 = .285 \times 100 = 28.5\%$$

$$28.5\% = 28.5\%$$

6. *Las penas mínima y máxima superiores ostensiblemente desproporcionadas frente a las demás*

Puede ser que las penas mínima y máxima superiores del cuerpo normativo sean ostensiblemente mayores al resto de las penas del mismo ordenamiento —incluso después de su ajuste—, supone que dichas penas no encajan en la línea de tendencia, que no representan un comportamiento ordinario del legislador, que son, en fin, penas atípicas.

Si las penas superiores son atípicas por su gran magnitud, no quiere decir que necesariamente sean excesivas, quiere decir, simple y llanamente, que no se ajustan al comportamiento regular del legislador y que, en todo caso, se deben revisar para conocer si existen razones (formales y/o reales) que las justifiquen.

Particularmente reflejan una decisión que sería compatible con una política criminal más estricta en las hipótesis delictivas correspondientes, y en ese sentido cabría preguntar si la posición del legislador en materia de política pública criminal es más enérgica en general, esto es, para todos los delitos, o sólo lo es en el caso específico en el cual se aumentan ostensiblemente las sanciones.

Si la decisión de establecer esas sanciones máximas es sólo una decisión aislada de la política pública criminal observada en general, el legislador debe dar razones reforzadas (formales y reales, en su caso) de ese proceder, so pena de que no se justifique y sea una decisión inaceptable y poco legítima.

En particular, sin embargo, el interés estriba en que los cálculos del rechazo de la conducta y de las penas consiguientes que se realicen con base en esas penas superiores atípicas pueden arrojar, por un lado, diferencias notables entre los propios niveles de rechazo y, por otro lado, penas innecesaria e inaceptablemente mayores a las deseables.

Frente a esa situación, la solución es omitir los valores de las penas máxima y mínima superiores atípicas, o sólo el valor de una de ellas si es el valor atípico e inaceptable y optar, en su caso, por las penas máxima y mínima superiores alternativas, o la superior alternativa que corresponda, tanto para calcular los rechazos como para ajustar las penas a los niveles de rechazo correspondientes.

En cualquier caso, las fórmulas para obtener las proporciones o niveles de rechazo y las penas ajustadas serán las mismas usadas anteriormente.

7. *El ajuste de ambas penas*

Los supuestos anteriores parten de la idea del ajuste de la pena mínima conforme al valor de rechazo de la pena máxima, o bien del ajuste de la pena máxima conforme al valor de rechazo de la pena mínima, con lo cual una sola de las penas es la que oscila en función de la otra.

Se puede preguntar, entonces, si se pueden ajustar ambas sanciones al mismo tiempo, y la respuesta es afirmativa.

En ese caso el valor de rechazo al cual se deben ajustar las penas no es al valor de rechazo de la pena máxima o al de la pena mínima, sino a una proporción de rechazo medio de ambas.

Para este efecto, se debe recordar que el concepto matemático a aplicar en el caso es el de media aritmética, y que lo que se busca obtener es la fracción media aritmética del rechazo de las penas mínima y máxima del delito en cuestión, para de ahí transitar al cálculo de la pena de prisión mínima y máxima de un delito con base en esa media aritmética.

La razón es que esta fracción media aritmética del rechazo de las penas de un delito expresa el punto medio de equilibrio de ambas sanciones, y que, por lo mismo, se trata de replicar a las penas en cuestión, para lograr justamente un punto medio de equilibrio de ellas y entre ellas con respecto al cuerpo normativo en su conjunto.

Si partimos de todo lo expuesto a lo largo de este escrito, en este momento ya conocemos cómo obtener la fracción de rechazo, esto es, el cociente de cada uno de los términos que se deben contrastar para conocer si entre ellos y con respecto al cuerpo normativo existe proporción. La fracción media aritmética se obtiene sumando esas fracciones y dividiéndolas entre dos.

Si se vuelve al antiguo ejemplo del delito “x”, cuyos extremos de penas de prisión son 5 y 35, y se toman como penas base de referencia las hipotéticas mínima y máxima superiores de 30 y 70 años, se debe recordar que:

$$\begin{aligned} 5/30 &= .166 \\ 20/70 &= .285 \end{aligned}$$

Entonces, lo que se debe sumar son sus fracciones y dividir el producto entre dos, pues dos son las cantidades sumadas:

$$\begin{aligned} 0.166 + 0.285/2 \\ .451/2 &= .225 \end{aligned}$$

Así, 0.225 es la fracción media aritmética de rechazo de las penas mínima y máxima del delito “x”.

Esta fracción media aritmética nos indica el punto de equilibrio, medio o central de las fracciones de rechazo de las penas del delito “x”, pues evita que se parta de fracciones o muy grandes o muy pequeñas y auxilia a calcular las penas mínima y máxima con base en un criterio, por decirlo de algún modo, más ponderado en términos cuantitativos.

El cálculo de las penas sigue los mismos pasos que el cálculo de las penas ya explicado, sólo que ahora la fracción por la cual se deben multiplicar las penas es la fracción media aritmética de rechazo de las penas del delito en cuestión, en este caso, del delito “x”. Así:

La pena máxima ajustada a la fracción media aritmética de rechazo del delito “x” se obtiene como sigue:

$$.225 \times 70 = 15.75$$

De donde resulta que 15.75 es la pena máxima ajustada por la fracción media aritmética de rechazo, mientras que la pena mínima se obtiene en los términos siguientes:

$$.225 \times 30 = 6.75$$

6.75 son los años que ahora corresponden a la pena mínima de prisión del delito “x”.

Para comprobar que existe la proporción cuantitativa de las penas en cuestión, se aplica el método ya utilizado:

$$6.75 \times 70 = 472.5$$

$$15.75 \times 30 = 472.5$$

$$472.5 = 472.5$$

De donde se sigue que existe igualdad entre los términos y que las penas son proporcionales entre sí y con relación a las penas superiores que rigen el factor de rechazo de todo el cuerpo normativo.

La fracción media aritmética de rechazo de la pena del delito auxilia para que los valores de las fracciones por las cuales se obtienen las penas cuantitativamente proporcionales no se orienten por valores extremos que

pueden alterar su calculo, sino por valores medios, centrales o más equilibrados que darán una mayor mesura al sistema de penas.

A continuación se muestra un ejemplo con base en los delitos de traición previstos en el Código Penal Federal y se grafican las líneas de progresión de las penas.

Tabla 1

<i>Delito y artículo</i>	<i>Pena máxima</i>	<i>Pena mínima</i>
123	40	5
123	40	5
123	40	5
123	40	5
123	40	5
123	40	5
123	40	5
123	40	5
123	40	5
123	40	5
123	40	5
123	40	5
123	40	5
123	40	5
123	8	4
123	40	5
123	8	4
123	40	5
123	40	5
123	40	5
123	40	5
124	20	5
124	20	5
124	20	5
124	20	5
125	12	2

La tabla 1 muestra, en la primera columna, el artículo del Código Penal Federal en el cual se prevé el delito de traición en análisis; mientras que la segunda columna y la tercera citan las penas máxima y mínima correspondientes a cada hipótesis delictiva.

Tabla 2

Delito y artículo	% Rechazo en Mx	% Rechazo en Mn	Media de % de rechazo	Fracción media de rechazo de penas	Penas Mx ajustada	Penas Mn ajustada
123	66.66	16.66	41.66	0.4166	25	8.33
123	66.66	16.66	41.66	0.4166	25	8.33
123	66.66	16.66	41.66	0.4166	25	8.33
123	66.66	16.66	41.66	0.4166	25	8.33
123	66.66	16.66	41.66	0.4166	25	8.33
123	66.66	16.66	41.66	0.4166	25	8.33
123	66.66	16.66	41.66	0.4166	25	8.33
123	66.66	16.66	41.66	0.4166	25	8.33
123	66.66	16.66	41.66	0.4166	25	8.33
123	66.66	16.66	41.66	0.4166	25	8.33
123	66.66	16.66	41.66	0.4166	25	8.33
123	66.66	16.66	41.66	0.4166	25	8.33
123	66.66	16.66	41.66	0.4166	25	8.33
123	13.33	13.33	13.33	0.1333	8	2.66
123	66.66	16.66	41.66	0.4166	25	8.33
123	13.33	13.33	13.33	0.1333	8	2.66
123	66.66	16.66	41.66	0.4166	25	8.33
123	66.66	16.66	41.66	0.4166	25	8.33
123	66.66	16.66	41.66	0.4166	25	8.33
123	66.66	16.66	41.66	0.4166	25	8.33
123	66.66	16.66	41.66	0.4166	25	8.33
124	33.33	16.66	25	0.25	15	5
124	33.33	16.66	25	0.25	15	5

Delito y artículo	% Rechazo en Mx	% Rechazo en Mn	Media de % de rechazo	Fracción media de rechazo de penas	Pena Mx ajustada	Pena Mn ajustada
124	33.33	16.66	25	0.25	15	5
124	33.33	16.66	25	0.25	15	5
125	20	6.66	13.33	0.1333	8	2.66

La tabla 2 muestra en la primera columna el delito y artículo en cuestión; en la siguiente, el nivel de rechazo de la pena máxima por cada una de las hipótesis normativas de los delitos de traición que corresponden a los delitos previstos en la tabla 1; la posterior columna muestra el nivel de rechazo de la pena mínima; la ulterior arroja los valores proporcionales medios de rechazo; la subsecuente expone los valores medios absolutos conforme a la fórmula indicada, y las dos últimas columnas se refieren a las penas máxima y mínima ajustadas en función del valor de rechazo medio.

Intuitivamente, pareciera que esta opción es la más deseable, pues no existen diferencias ostensiblemente inaceptables entre las penas.

VI. OTROS CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

La proporcionalidad de la pena abordada en los apartados anteriores bien pudiera denominarse “vertical interna”, dado que se da respecto de los valores de las sanciones máxima y mínima superiores o superiores alternativas del cuerpo normativo y pretende la congruencia cuantitativa de las sanciones de todo el ordenamiento.

Sin embargo, se pueden presentar, cuando menos, otros dos tipos de proporcionalidad: la proporcionalidad horizontal y la proporcionalidad transversal.

1. La proporcionalidad horizontal

Ésta tomaría como valores base para efectuar los cálculos de proporción de rechazo y luego para el cálculo de las penas proporcionales, los valores máximo y mínimo superiores correspondientes a delitos de una misma ca-

tegoría;¹⁹ por ejemplo, los delitos del capítulo correspondiente a la libertad y seguridad sexual.

La proporcionalidad horizontal se podría dar en dos formas: interna, cuando los tipos penales pertenecen al mismo cuerpo normativo; externa, cuando pertenecen a cuerpos normativos distintos, pero son de la misma categoría; por ejemplo, para ver la proporcionalidad de las penas entre los delitos de violación del Código Penal Federal y del Código Penal del Estado de México.

2. *La proporcionalidad transversal*

En este caso, el valor de rechazo y el ajuste de las penas se debe dar a partir de las penas máxima y mínima superiores o superiores alternativas de la categoría o categorías, o bien, del ordenamiento u ordenamientos en cuestión.

La proporcionalidad se podría dar en dos formas: interna, cuando los tipos penales pertenecen al mismo cuerpo normativo, pero son de distinta categoría; externa, cuando pertenecen a cuerpos normativos distintos, y son de distinta categoría.

La proporción, la fracción, el porcentaje de rechazo y el cálculo de las penas se realiza en términos sustancialmente iguales a los explorados en este trabajo.

VII. UNA APROXIMACIÓN A UNA VALORACIÓN NORMATIVA

Se puede cuestionar, con razón, que sólo se ha mostrado cómo son las cosas y cómo tienen que ser en términos positivos o cuantitativos, pero que la concreción de las penas es siempre una tarea estimativa, valorativa y sujeta a un sinnúmero de factores.

Frente a esto se tendría que aceptar que, en el fondo, la determinación de las penas correspondientes a los delitos es, en efecto, una acción normativa, valorativa e, incluso, se puede decir, hasta intuitiva; sin embargo, el aporte fundamental de la proporcionalidad cuantitativa es que esa acción

¹⁹ En este caso, el tamaño de la categoría depende de las necesidades particulares; así, una categoría podría estar definida por los delitos de una sección, capítulo o título de uno o varios cuerpos normativos.

valorativa o intuitiva partiría de estudios que orientarían, no definirían, la decisión final de precisar los parámetros legales de las penas.

Incluso, en este sentido, se puede decir que la misma técnica cuantitativa puede auxiliar a quien tiene a su cargo la responsabilidad, estableciendo criterios para agrupar los delitos en tres categorías.

- a. Los delitos graves
- b. Los delitos medios
- c. Los delitos leves

El punto de partida son los mismos materiales legales y sobre la base del mismo nivel porcentual de rechazo de la conducta se clasificarían en los grupos.

Así, el grupo de los delitos graves comprendería aquellos delitos cuyo grado de rechazo va del 67% en adelante; los delitos medios, cuando el rechazo va del 34% al 66% y los delitos leves cuando su nivel de rechazo alcanza hasta el 33% o no tiene señalada pena corporal.

Definidos estos grupos, en atención a las características que influyan en el agravamiento o atenuación de las sanciones, el legislador podría valorar, a partir de los cálculos antedichos, cuáles serían las sanciones que podría imponer.

Si, por ejemplo, el legislador considera que el delito de violación por engaño debe incrementar su nivel de rechazo, sin superar la clasificación de delito leve, podría aumentar ese rechazo hasta un 33%, o bien si considera que debe aumentar ese rechazo en un porcentaje superior a ese 33% tendría que considerar que el delito se incluiría como medio.

VIII. ALGUNAS APLICACIONES ADICIONALES DEL NIVEL DE RECHAZO

El artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales lista los delitos que se consideran como graves.

Si embargo, se puede cuestionar si todos los delitos calificados como graves, en realidad son graves, y si otros delitos no tipificados como graves, lo son y no están incluidos.

Más en concreto, se pregunta si la clasificación adolece de error por incluir delitos que no son graves o por excluir delitos que sí son graves.

Utilizando la idea de rechazo se puede observar cuál es el nivel o proporción de rechazo de los delitos graves y cuál es el nivel de rechazo de los delitos no considerados como graves.

Para mostrar el comportamiento del legislador en este caso, se pueden comparar los niveles de rechazo medio de los tipos penales de extorsión,²⁰ calificados legalmente como graves, y cualquiera de los delitos de fraude²¹ que no se califican como graves, aunque ambos se clasifican como delitos contra el patrimonio de las personas.

Así, el nivel de rechazo medio del delito de extorsión es de 10%,²² mientras que en el caso de fraude existen cuando menos 23 hipótesis de tipos penales que tienen una proporción promedio de rechazo ligeramente superior al rechazo que corresponde al delito de extorsión, sin que se califiquen como graves.

Ello quiere decir que delitos de una misma categoría (delitos contra el patrimonio en el ejemplo) y con promedios de rechazo iguales, en términos generales, se califican de manera diversa, y aquí, o bien hay delitos que deben ser calificados como tales y no lo están, o bien, hay delitos calificados como graves y no lo son, además de que ello puede provenir de que las penas no sean proporcionales.

Por otra parte, es claro que los delitos con el mayor grado promedio de rechazo, como son los de homicidio,²³ cuya proporción de rechazo promedio es del 100%, se encuentran tipificados como graves, pero también se ubican como graves delitos con un promedio de rechazo muy inferior, como los tipos penales de extorsión.

El que un delito se tipifique como grave, si esto no trascendiera a los derechos de las personas, no tendría más que un interés teórico, pero no es así, ya que si un delito se califica o no como grave trasciende a los derechos del inculcado para solicitar y, en su caso, obtener la libertad provisional, incluso, también refractaria a la libertad preparatoria.

De esta manera, se podría llegar a la situación en la cual personas que han cometido un delito grave con un mínimo grado de rechazo medio no gozan de los beneficios de libertad, y que personas que han cometido delitos con un grado de rechazo promedio igual o superior, sí gocen de ciertos beneficios de libertad, entre otros.

²⁰ Artículo 391 del Código Penal Federal.

²¹ Artículos del 386 al 389 del Código Penal Federal.

²² Calculado sobre la base de las penas mínima y máxima de 60 y 30 años.

²³ Artículos 313, 315 bis y 320 del Código Penal Federal.

IX. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Uno de los problemas complejos a los cuales se enfrenta el legislador es determinar las penas privativas de libertad proporcionales que corresponden a las conductas tipificadas como delitos en la ley.

La complejidad tiene su origen en que las conductas tipificadas no se expresan en cantidad, y las penas privativas de libertad sí.

Esta complejidad y los errores a que ha dado lugar se muestran con los ejemplos analizados en este documento, pues las penas no guardan congruencia ni proporción en sí mismas, ni con relación a las demás penas previstas en el ordenamiento de que se trate.

La alternativa que se propone para auxiliar a que las penas sean proporcionales es una alternativa cuantitativa que parte de la idea de que las penas expresan rechazo, y que el rechazo de la conducta debe ser igual, en proporción, para la pena máxima como para la pena mínima del delito, pues ambas penas se refieren a la misma conducta, y las penas deben ajustarse a ese rechazo, para lograr una armonía entre sí y con todas las penas previstas en el ordenamiento.

El ajuste se propone en tres diversas formas: una, ajustar la pena máxima al valor de rechazo de la pena mínima; dos, ajustar la pena mínima al valor de rechazo de la pena máxima, y tres, ajustar ambas penas por un valor promedio de rechazo.

Estas alternativas proporcionan las bases para calcular las penas proporcionales, pero sólo constituyen un elemento auxiliar en la determinación final de la pena, en la cual influyen factores diversos.

En el mismo trabajo se atisbó que la idea de rechazo también es útil en otros temas, como los relativos a la clasificación de los delitos como graves o no graves, o bien, con sus consecuencias sobre la libertad provisional bajo caución y libertad preparatoria, entre otros.

X. BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

BELING, Ernst von, *Esquema de derecho penal y la doctrina del delito tipo*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003.

- CIENFUEGOS, David, *Matemáticas aplicadas al derecho*, México, Porrúa, 2004.
- FISS, Owen M., “¿La muerte del derecho?”, *Doxa*, Alicante, núm. 10, 1991.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Derecho penal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, “Contenido de las normas penales”, en PIÑA Y PALACIOS, Javier (coord.), *Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981)*, México, UNAM, 1982.
- POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- ROXIN, Claus, “Problemas actuales de política criminal”, *Derechos Humanos*, Toluca, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, núm. 59, enero-febrero de 2003.
- ULLOA HERRERO, José Ramón, “Derecho y matemáticas”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 30, 2000.
- WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación*, 10a. ed., Barcelona, Ariel, 2005.