

DOI: 10.4067/S0718-09502022000100281

El principio de taxatividad en la jurisprudencia constitucional mexicana

*Roberto Carlos Fonseca Luján**

RESUMEN

El artículo presenta un análisis de la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana sobre el mandato de taxatividad o determinación de las leyes penales. El estudio muestra las etapas de evolución de esta doctrina, identificando sus criterios consolidados y su ambivalencia. Se concluye que el estado actual de la doctrina no permite prever con certeza las decisiones de este máximo tribunal al resolver reclamos de violación de la taxatividad.

Taxatividad; legalidad penal; determinación

Non-Vagueness Principle in Mexican Constitutional Case Law

ABSTRACT

The article presents an analysis of the Mexican Supreme Court of Justice's void-for-vagueness doctrine. The study shows the stages of evolution of this doctrine and identifies its consolidated criteria and its ambivalence. It is concluded that the current state of the doctrine does not allow foreseeing with certainty the highest court's decisions when resolving void-for-vagueness claims.

Void-for-vagueness; criminal statutes; definiteness

* Licenciado y Doctor en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. ORCID. <https://orcid.org/0000-0003-0076-9576>
Correo electrónico: rfonsecal@derecho.unam.mx
Artículo recibido el 29.9.2020 y aceptado para su publicación el 15.8.2021.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se ocupa de analizar la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN] mexicana referente al mandato de taxatividad o determinación de las leyes penales. Este estudio resulta relevante en el marco de la acelerada constitucionalización de la práctica del derecho penal que se ha vivido en México en la última década, luego de la reforma constitucional de 2011 que afianzó definitivamente la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al sistema jurídico nacional y generó obligaciones judiciales de control difuso de la constitucionalidad y la convencionalidad. En este marco, los debates acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los tipos penales tienden a ser frecuentes en el marco de esa práctica penal constitucionalizada¹, lo que hace necesario esclarecer los criterios que siguen los órganos de justicia constitucional al resolver al respecto. Aunque la jurisprudencia de la SCJN en este tema es conocida por la doctrina nacional², no se encuentran estudios pormenorizados de su evolución y contenido como el que aquí se propone.

El estudio ofrece en primer lugar una revisión general del marco conceptual respecto del principio de taxatividad. Se identifica que este mandato, derivado del principio ilustrado de legalidad penal, suele entenderse actualmente en tres sentidos: como una regla de uso del lenguaje dirigida al legislador, como una regla de decisión en las cuestiones penales sustantivas y como el contenido de un derecho humano.

Definido el concepto, en la segunda parte se ofrece el análisis de la jurisprudencia de la SCJN mexicana. Aquí se identifica una evolución en dos fases: a) etapa de reconocimiento del principio y b) etapa de desarrollo del principio. En esta evolución, la doctrina de la SCJN construye progresivamente una concepción gradual y flexible de la taxatividad, que en buena medida es aquiescente con el legislador, particularmente en lo relativo al problema de la utilización en las descripciones típicas de conceptos jurídicos indeterminados susceptibles de valoración judicial. Algunos fallos de años recientes muestran un giro en la aplicación de la doctrina en lo relativo a ese problema, lo que podría estar indicando el inicio de una tercera etapa.

Finalmente, se incluyen comentarios críticos y se concluye que la doctrina jurisprudencial es medianamente consistente; presenta ambivalencia y giros, aunque a la vez incluye elementos consolidados que pueden servir como base para prever hacia qué sentido se orientará la decisión judicial del máximo tribunal cuando se le presente un problema de taxatividad.

¹ Se mencionan dos muestras de este proceso. En el Semanario Judicial de la Federación, una búsqueda de la palabra taxatividad muestra un aumento en el uso de la expresión en la jurisprudencia en la época reciente. De 61 entradas arrojadas como resultado para todas las épocas y órganos disponibles, la gran mayoría (54) son de la Décima época (a partir de octubre de 2011). *Vid.* SCJN, 2020. Igualmente, se identifica que del 2013 a la fecha la Comisión Nacional de Derechos Humanos ha presentado 41 Acciones de inconstitucionalidad en las que se reclaman violaciones a los principios de taxatividad y exacta aplicación de la ley penal. De estas acciones, 5 se han presentado en lo que va del 2020 (estando en trámite), y 13 en el 2019 (la mayoría aún en trámite). *Vid.* CNDH, 2020. (Resultados de búsquedas actualizados al 20 de septiembre de 2020).

² Recientemente, *vid.* CARBONELL, 2019, pp. 12-18.

II. CONTENIDO ACTUAL DEL MANDATO DE TAXATIVIDAD

En la doctrina jurídica contemporánea se afirma de manera general que el mandato de taxatividad es un componente del principio de legalidad penal. Así, se establece que este principio comprende cuatro elementos básicos: reserva de ley escrita (*lex scripta*); taxatividad o mandato de determinación (*lex certa*); irretroactividad (*lex praevia*) y prohibición de analogía (*lex stricta*)³.

El componente de taxatividad dispone que las leyes penales deben formularse de manera completa, clara, precisa y exacta⁴. Se trata de un mandato dirigido al legislador; su contenido requiere que las leyes penales cumplan con esas cualidades textuales. En su aplicación práctica, este mandato recibe tres interpretaciones generales. Se le entiende como una regla de lenguaje; como una regla de decisión; y como un derecho fundamental o humano, según la doctrina que se menciona a continuación.

En primer lugar, entendido como regla del lenguaje, el principio de taxatividad se aplica como una norma relativa al uso de las palabras por el legislador. Así lo señala Ferrajoli, para quien consiste en una *regla semántica metalegal de formación de la lengua legal*⁵. Esta regla del lenguaje legal prohíbe al legislador penal incurrir en cualquier vicio asociado con la falta de claridad en el lenguaje, como pueden ser: indeterminación, ambigüedad, vaguedad, verborrea, contradicciones, redundancias, errores gramaticales u ortográficos, entre otros⁶. Debido a esto, los problemas de taxatividad se refieren en principio a problemas lingüísticos, susceptibles de resolverse mediante el empleo correcto y adecuado de la lengua escrita.

Además de la correcta técnica de redacción, necesaria para garantizar la eficacia comunicativa del mandato subyacente a la norma penal, la regla de lenguaje taxativo indica la disminución al mínimo del empleo de conceptos jurídicos vagos susceptibles de valoración. El empleo de estos conceptos valorativos en las descripciones de los tipos penales es un tema discutido; tanto se les rechaza por la doctrina más garantista⁷ como se reconoce que su uso es imposible de eliminar, debido a la complejidad de las conductas susceptibles de criminalización en las sociedades contemporáneas⁸.

Junto con esto, la exigencia de precisión se enfrenta al reconocimiento —común en la teoría del derecho después de la tesis de Hart de la “textura abierta”⁹— de la vague-

³ Entre otros *vid.* BACIGALUPO, 1999, pp. 44-45; HUERTA TOCILDO, 1993, p. 85; INZUNZA CÁZARES, 2009, pp. 65 y ss.; BUSTOS y HORMAZÁBAL, 1997, pp. 81-82; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, 2010, pp. 103-108; ROXIN, 1997, pp. 137-141.

⁴ Según refiere Fernández, el Tribunal Constitucional español interpreta el mandato de determinación “como la necesidad de que las normas penales sean concretas, precisas, claras e inteligibles” (negritas en el original). FERNÁNDEZ, 2017, p. 660.

⁵ FERRAJOLI, 1995, p. 121.

⁶ Para la explicación de cada uno de estos vicios y errores, *vid.* MUÑOZ MACHADO, 2017, *passim*.

⁷ *cf.* FERRAJOLI, 1995, pp. 121 y ss.; ZAFFARONI *et al.*, 2002, pp. 116-117.

⁸ *cf.* GÓMEZ PAVÓN y BUSTOS RUBIO, 2014, p. 174; BACIGALUPO, 1999, p. 236; RUÍZ ROBLEDO, 2015, pp. 319-320.

⁹ HART, 1998, pp. 153, 155 y ss.

dad insuperable del lenguaje empleado en las leyes, incluidas las penales. Debido a este doble problema de complejidad-vaguedad, la taxatividad tiende a entenderse como una cuestión de grados¹⁰. Al no ser posible una máxima precisión y exactitud, la medida suficiente de precisión queda indicada por un “umbral de taxatividad”¹¹. Este umbral, determinado convencionalmente por los intervinientes en la práctica jurídica, señala el nivel mínimo de determinación lingüística y semántica que debe alcanzar el producto legislativo para considerarse admisible.

Por otra parte, la taxatividad se interpreta como regla de decisión; consiste en una norma relativa a la división del poder en el sistema jurídico-penal. De acuerdo con esto, el mandato se refiere a la decisión sustantiva en la criminalización primaria, que debe tomarse exclusivamente por el legislador. Este deber se fundamenta en el principio ilustrado de división de poderes, según esto, solo el legislativo puede decidir legítimamente qué conductas son delitos en determinada sociedad, al ser el representante de la voluntad popular. Dado esto, una norma indeterminada viola ese principio porque delega esa responsabilidad en los jueces o en la administración, lo que constituye una “deslegalización material encubierta”¹².

Esto no supone que los jueces sean puramente la “boca” de la ley¹³. La doctrina actual admite que los jueces siempre interpretan la ley penal. No obstante, esto no conduce al arbitrio. El mandato de taxatividad se refleja en un control de la discrecionalidad del juez de parte del legislador. La ley debe establecer un marco interpretativo delimitado, del que no puede salir el juzgador. Una norma incumple esta exigencia cuando ninguno de los métodos de interpretación admisibles jurídicamente permite establecer su contenido y alcance¹⁴. Un juez que decide con base en una norma así de indeterminada no está interpretando, sino creando arbitrariamente una norma para el caso individual. Acerca de este particular, la doctrina vincula este “principio democrático” y de “separación de poderes” con el deber de “precisión” de las normas penales; y la “aplicación igualitaria” de la ley penal con el deber de “concreción”¹⁵.

En tercer lugar, la taxatividad se interpreta como elemento del derecho humano a la legalidad reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos. En el sistema interamericano de derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 recoge el derecho en comento en el artículo 9. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reivindicado en su jurisprudencia una comprensión estricta del principio de legalidad y su componente de taxatividad heredera del pensamiento ilustrado; esta comprensión parece repudiar toda indeterminación legal que pueda favorecer el arbitrio judicial.

¹⁰ INZUNZA CÁZARES, 2009, pp. 103, 135.

¹¹ NAVARRO y MANRIQUE, 2005, pp. 822-823.

¹² GARCÍA ALBERO, 2008, p. 57.

¹³ *cfr.* ÁLVAREZ GARCÍA, 2009, p. 175; ANDRÉS IBÁÑEZ, 2007, p. 37.

¹⁴ MADRID CONESA, 1983, pp. 158-159, 164 *apud* NAVARRO y MANRIQUE, 2005, pp. 828 y 831.

¹⁵ FERNÁNDEZ, 2017, p. 661.

En los casos relativos a la determinación de la ley, la Corte Interamericana señala de manera rígida que “en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles”. En consecuencia, la Corte exige una “clara definición” del acto u omisión, delimitada y completa, al sostener que la formulación ambigua del tipo penal “genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad”, lo que se considera “particularmente indeseable”¹⁶. Incurren en ambigüedad las definiciones de delitos que “utilizan expresiones de alcance indeterminado en relación con las conductas típicas, los elementos con los cuales se realizan, los objetos o bienes contra los cuales van dirigidas, y los alcances que tienen sobre el conglomerado social”¹⁷.

Para el tribunal interamericano, la “conducta incriminada” ha de estar claramente “deslinda[da] de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales”. Hecha esta determinación completa por el legislador, la Corte opina que el aplicador judicial tiene un rol de ninguna manera creativo, pues solo le corresponde “atenerse estrictamente a lo dispuesto [en la norma] y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal”¹⁸.

Es de interés añadir que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana las exigencias de legalidad y taxatividad se extienden también a las normas de restricciones a derechos humanos. Por ejemplo, a propósito de la restricción del derecho a salir del país, se ha señalado que su regulación legal “debe carecer de ambigüedad de tal forma que no genere dudas en los encargados de aplicar la restricción permitiendo que actúen de manera arbitraria y discrecional realizando interpretaciones extensivas de la restricción”¹⁹.

III. DOCTRINA SOBRE EL MANDATO DE TAXATIVIDAD DE LA SCJN

En el sistema constitucional mexicano, el mandato de taxatividad encuentra acomodo en la garantía de exacta aplicación de la ley penal, prevista en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución política mexicana²⁰. Con la apertura del sistema al derecho internacional de los derechos humanos, la fuente del mandato de taxatividad se enriquece, para incluir los documentos internacionales relativos como el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 9 de la Convención Americana

¹⁶ Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú, 30.05.1999, Serie C N° 52; GUZMÁN DALBORA, 2010, pp. 182.

¹⁷ Corte IDH, Caso Cantoral Benavides *vs.* Perú, 18.08.2000, Serie C N° 69, párrs. 155 y 157.

¹⁸ Corte IDH, Caso García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú, 25.11.2005, Serie C N° 137; Corte IDH, Caso Fermín Ramírez *vs.* Guatemala, 20.06.2002, Serie C N° 126; Corte IDH, Caso Lori Berenson Mejía *vs.* Perú, 25.11.2004, Serie C N° 119; OLÁSULO ALONSO, 2013, p. 32.

¹⁹ Corte IDH, Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, 31.08.2004, Serie C N° 111, párr. 125.

²⁰ Textualmente, el precepto señala: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. Sobre el precepto *vid.* CARBONELL, 2019, pp. 3-27.

sobre Derechos Humanos que se incorporan al parámetro de regularidad constitucional o bloque constitucional.

La doctrina jurisprudencial del máximo tribunal mexicano respecto de la taxatividad se desarrolla con base en la constitución y, recientemente, en la Convención Americana. El estudio a profundidad de esta doctrina permite identificar una evolución en dos etapas: a) fase de reconocimiento del principio, y b) fase de desarrollo del principio.

1. *Reconocimiento del mandato de taxatividad en la jurisprudencia*

Propiamente, en esta primera etapa la doctrina de la SCJN no hace mención explícita del concepto taxatividad, pero sí de su contenido mínimo, que es el deber de determinación dirigido al legislador. El criterio inaugural al respecto data de 1995; previamente, se puede identificar la expresión de tesis afines, pero sin una expresión consistente del deber legislativo²¹. En el criterio de 1995, con base en una interpretación extensiva del texto del artículo 14 constitucional, el Tribunal Pleno²² declara que la garantía de “exacta aplicación de la ley en materia penal” obliga al órgano legislativo creador de la norma y no solo al órgano judicial aplicador. Según sugiere esta interpretación, para poder aplicarse de manera exacta, la propia ley penal debe ser exacta. Así, se sostiene que la ley “debe estar redactada [con] términos [...] claros, precisos y exactos”. Además de esta claridad y precisión en los conceptos y expresiones, el Pleno sostiene que el legislador debe dar normas completas, de modo que tanto las penas como las conductas típicas “incluy[an] todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado”. Por tanto, el propósito de esta exigencia de exactitud es asegurar la “certeza” en su aplicación²³.

Ahora bien, si se revisa el fondo del asunto que motivó el criterio de 1995, es interesante identificar que no se trata de un problema que hoy se asociaría con la taxatividad. La reforma legal que se tilda de inconstitucional y se discute por el Pleno en

²¹ Por ejemplo, en 1993 la Primera Sala discute un problema de “reenvío legislativo” o ley penal “en blanco”, pero parece entenderse como un problema de aplicación analógica de la ley. SCJN Primera Sala, 1a./J. 1/93, registro N° 206145.

²² La SCJN mexicana se integra por once ministros; resuelve asuntos funcionando como tribunal en Pleno o en dos Salas, cada una compuesta por cinco ministros. La división de competencias entre estas instancias se define a partir de lo dispuesto en la Constitución política, la legislación orgánica y los Acuerdos Generales que emite el propio Pleno de la SCJN. De manera muy general, la competencia originaria de la SCJN incluye los tres procedimientos de control de constitucionalidad concentrado del país: controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y recursos en el juicio de amparo. Al Pleno le corresponde conocer de los dos primeros procedimientos. Los recursos en el juicio de amparo suelen tramitarse en las Salas, salvo en asuntos de importancia y trascendencia excepcional que van al Pleno, por ejemplo, acerca de problemas de constitucionalidad de leyes sin precedentes. Tratándose de la emisión de jurisprudencia a partir de esos asuntos, se distingue entre tesis aisladas (criterios orientativos) y tesis de jurisprudencia que se hacen obligatorias por reiteración o resolución de contradicciones. Las tesis de la SCJN obligan a todos los órganos judiciales del país, federales y locales. Las tesis del Pleno obligan también a las Salas.

²³ SCJN Pleno, P. IX/95, registro N° 200381.

aquel momento suprime una regla de temporalidad para la imputación de un resultado homicida. Según esta regla de tradición decimonónica, una lesión se tendría como mortal solo si la muerte del sujeto pasivo ocurría dentro de los sesenta días posteriores a la lesión. El Pleno considera que suprimir esta regla de temporalidad significaba dejar incompleto el tipo penal²⁴. Como se aprecia, el objeto discutido en el fondo sugiere una “incomprensión”²⁵ sobre el significado del principio de taxatividad, al asociarlo con una regla típica de atribución de resultado.

El criterio del Pleno de 1995 y su exigencia dirigida al legislador de establecer leyes penales con todos sus elementos se invocan en 2001 por la Primera Sala para decretar la inconstitucionalidad de un precepto que no establece con todas sus palabras la pena aplicable al delito²⁶. La exacta formulación de la ley se entiende aquí, principalmente, como completitud de la redacción legislativa. Esta completitud de ninguna manera excluye la necesaria interpretación judicial. De esto último, la Primera Sala afirma en 2002 que, si bien el principio de legalidad obliga al poder legislativo a “describ[ir] con claridad y precisión el hecho”, esto “no excluye la labor del juzgador de interpretar la norma que va a aplicar”. Esta interpretación judicial se entiende como “determina[ci]ón del] significado con auxilio de los diversos métodos de interpretación del derecho”²⁷.

Este postulado de que la obligación de claridad, precisión y exactitud no conlleva que el legislador deba establecer los significados de los conceptos empleados, sino que eso es propio de la interpretación judicial, la expresa con rotundidad la Primera Sala al afirmar que “las leyes no son diccionarios”. En el criterio relativo se sostiene que, si bien “la claridad de las leyes constituye uno de los imperativos apremiantes y necesarios para evitar o disminuir su vaguedad, ambigüedad, confusión y contradicción”, de esto no se desprende que el poder legislativo deba “defin[ir] los vocablos o locuciones ahí utilizados”²⁸. Esto se extiende también a la materia penal; para este ámbito, “la inconstitucionalidad de un precepto no puede hacerse derivar de las locuciones en él utilizadas”; tratándose de palabras con significados generales y amplios, corresponde al juez, “en ejercicio del arbitrio judicial”, determinar si en el caso individual el hecho coincide con la descripción abstracta²⁹.

La posibilidad de establecer en las leyes conceptos susceptibles de definición judicial conduce a aceptar la inclusión de elementos normativos en esta primera etapa. Así,

²⁴ SCJN Pleno, P. VIII/95, registro N° 200383. En contra de este razonamiento, *vid.* Voto particular emitido por el señor Ministro Genaro David Góngora Pimentel, en el Amparo Directo en Revisión número 670/93, registro N° 872. Este criterio que exige la regla de temporalidad se abandona hasta 2013, *vid.* SCJN Pleno, P. XXIII/2013, registro N° 2003571.

²⁵ INZUNZA CÁZARES, 2009, p. 131.

²⁶ La porción normativa tildada de inconstitucional establecía textualmente una sanción “de dos a seis años”, sin especificar si se trataba de prisión o de otra clase de pena. SCJN Primera Sala, 1a. XLV/2001, registro N° 189467. El Pleno ratifica la decisión de inconstitucionalidad, tras un debate suscitado por la publicación de una “fe de erratas” gubernativa que precisa la omisión. SCJN Pleno, P./J. 25/2003, registro N° 183825.

²⁷ SCJN Primera Sala, 1a. LXXXIII/2002, registro N° 185314.

²⁸ SCJN Primera Sala, 1a./J. 83/2004, registro N° 180326.

²⁹ SCJN Primera Sala, 1a. CLXII/2005, registro N° 176074.

en un caso en el que se discute la constitucionalidad de una expresión indeterminada (“en cualquier forma”), la Primera Sala sostiene que la inclusión de ese elemento que implica una “valoración objetiva” no atenta contra la regla de exacta aplicación de la ley. Simplemente, en ese caso, la Sala acepta que en la aplicación de la norma, además de la corroboración de aspectos descriptivos ha de incluirse “un juicio de valor por parte del Juez”³⁰. En sentido similar, se admite el empleo de adverbios indeterminados, como “inebidamente”, que a juicio de la Primera Sala no es “un concepto impreciso, oscuro o inexacto”, sino un término calificador de la conducta punible³¹.

Se puede considerar que esta fase de reconocimiento cierra con un criterio de la Primera Sala –reiterado entre 2003 y 2006– en el que se ratifica el deber del legislador de promulgar leyes claras, poniendo énfasis en los tres propósitos de este mandato: la aplicación de la ley “con estricta objetividad y justicia”; la prevención de una “actuación arbitraria del juzgador”; y la garantía de certidumbre jurídica para el gobernado³². Así, la claridad, precisión y exactitud de la ley tienen como propósito prevenir que el juez “incurra en confusión ante la indeterminación de los conceptos”, lo que puede ir “en demérito de la defensa del procesado”³³.

2. *Desarrollo del mandato de taxatividad en la jurisprudencia*

El término taxatividad se emplea por primera vez en la jurisprudencia en el 2006. Es un Tribunal Colegiado el que se encarga de introducir el término en un criterio en el que este principio se considera una “derivación” del principio constitucional de legalidad y de la tipicidad, según la entiende la dogmática jurídico-penal. Para este Tribunal, taxatividad es la “exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación”, lo que significa que “la descripción típica no debe ser vaga ni imprecisa, ni abierta o amplia al grado de permitir la arbitrariedad”³⁴.

La Primera Sala sigue este empleo del término a partir del 2008, cuando establece que “el principio de taxatividad [...] es corolario del diverso principio de legalidad”³⁵. Previamente, destaca un criterio de 2007, en el cual el órgano declara la inconstitucionalidad de un tipo penal por incluir la expresión indeterminada “precauciones necesarias”. En el criterio relativo se recalca que el propósito de la garantía constitucional en juego es “evitar el uso de conceptos ambiguos que generen un estado de incertidumbre jurídica en el gobernado y una actuación arbitraria del intérprete”. La Primera Sala introduce en su doctrina una consideración al tema de la vaguedad, al juzgar que el concepto en

³⁰ SCJN Primera Sala, 1a. CXXII/2005, registro Nº 177012.

³¹ SCJN Primera Sala, 1a. XXI/2005, registro Nº 179041.

³² SCJN Primera Sala, 1a. LXXXIX/2005, registro Nº 177613; SCJN Primera Sala, 1a./J. 10/2006, registro Nº 175595.

³³ SCJN Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 268/2003, registro Nº 19377.

³⁴ SCJN Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, II.2o.P.187 P, registro Nº 175846.

³⁵ SCJN Primera Sala, 1a. XXVII/2008, registro Nº 170144.

discusión resulta “vago, extensional e intencionalmente” [sic]. La norma resulta inconstitucional porque no se encuentran en el “contexto normativo en que se presenta” elementos que permitan dotar de exactitud a la expresión; igualmente, porque no se contienen “parámetros objetivos” respecto de qué criterios o normas hacen que un objeto entre en la categoría de lo “necesario”. En suma, se decide la inconstitucionalidad porque la determinación de la expresión controvertida “queda sujeta a un juicio valorativo” de parte del juez, lo que genera “inseguridad jurídica”, al no estar definido su alcance³⁶.

En esta decisión, la Primera Sala muestra una comprensión más elaborada del mandato de determinación como regla de uso del lenguaje en la ley; matizando su criterio anterior de que las “leyes no son diccionarios”, determina que, cuando menos en materia penal, deben incluir términos delimitados. Así, en el estudio del caso se analizan los “vicios” que se encuentran en el tipo penal controvertido, como problemas de “ambigüedad terminológica” y de “vaguedad conceptual”. La Sala recalca que la garantía en juego exige que la ley penal sea “suficientemente clara y precisa”, de modo que cada conducta típica esté “suficientemente delimitada” y permita “englobar en ella todos los comportamientos de características esencialmente comunes”. Estos planteamientos se acompañan de un reiterado rechazo a la intervención discrecional del juez en la aplicación, que se aprecia como contraria a la seguridad jurídica. Para la Primera Sala, si el tipo no está delimitado “se corre un doble riesgo”: que el juez incluya o excluya discrecionalmente conductas, modificando la integración legislativa del tipo penal³⁷.

En este período, la naciente doctrina acerca de taxatividad permite declarar la inconstitucionalidad en 2008 –con un criterio reiterado entre 2004 y 2007– de un tipo penal “en blanco” o “de reenvío” que remite, para conocer la acción sancionada, a un reglamento de tránsito de carácter administrativo³⁸. En esta decisión la Sala se separa de decisiones precedentes, en las que se “permite entrever que sí sería constitucional una norma penal en blanco que remita a los reglamentos”. Con base en “nuevas reflexiones” se afirma la división de poderes y la facultad exclusiva del legislador para establecer los núcleos de los tipos penales, decretando así la inconstitucionalidad de la norma controvertida por violación de la “reserva absoluta de ley”³⁹.

De la mano de estas consideraciones, se precisa el contenido de la taxatividad a partir de sus fines en el sistema jurídico. Por un lado, aparece que el principio de “predeterminación normativa suficiente de los ilícitos y de sus penas” es un “requisito inherente” del “principio de reserva absoluta de ley”. Por otro lado, se sostiene que la taxatividad es “imprescindible” para alcanzar la “función motivadora” de las normas penales, dirigida a los ciudadanos. Para la Primera Sala, “el grado de determinación de la conducta típica” debe favorecer que los ciudadanos conozcan lo que está prohibido sin “tener que realizar labores de interpretación”. Así, se viola esta exigencia siempre

³⁶ SCJN Primera Sala, 1a./J. 109/2006, registro N° 173307.

³⁷ SCJN Primera Sala, Contradicción de tesis 123/2006-PS, registro N° 19956.

³⁸ SCJN Primera Sala, 1a./J. 5/2008, registro N° 170393.

³⁹ SCJN Primera Sala, Amparo en Revisión 703/2004, registro N° 20734.

que la norma no permite a los ciudadanos “programar su comportamiento” al “prever” las sanciones; igualmente, cuando “indu[ce] a errores o los favore[ce] con motivo de su deficitaria o atormentada formulación”⁴⁰.

Sin embargo, este rechazo a la interpretación en la aplicación no resulta consistente durante este período. Otras decisiones respaldan el empleo de conceptos indeterminados y elementos normativos en los tipos penales. Así, la Primera Sala afirma que los términos “evocaciones”, “espíritus”, “adivinations” o “curaciones” “no generan vaguedad conceptual o ambigüedad terminológica” porque se puede precisar su significado “mediante un conocimiento cultural”; de este modo, no dan lugar a “confusiones o imprecisiones a los gobernados”⁴¹. Igualmente, tratándose del elemento normativo “en veda” referido a especies naturales protegidas, se considera que si bien establece una remisión que “debe interpretarse con la ayuda de criterios ofrecidos por disciplinas no penales”, no es inconstitucional porque “no impide que sus destinatarios entiendan perfectamente” cuál es el núcleo de la prohibición⁴². De este modo, qué tanto puede una norma inducir o favorecer “errores” no parece depender estrictamente de cada uno de los vocablos empleados, sino de la lectura que permite la ley en su conjunto.

Por lo que hace a expresiones abiertas como “cualquier otro acto” y “tendiente a inducir a error”, la Primera sala concluye que su uso es constitucional porque el legislativo no está obligado a dar un “catálogo exhaustivo” de las conductas que actualizan un determinado tipo, ya que resulta “imposible agotar todas las variantes del actuar humano”. En esa medida, la interpretación judicial de esas expresiones no está constitucionalmente prohibida, cuando el resto de la norma penal “establece las herramientas necesarias para que el intérprete conozca claramente [...] lo que se pretende sancionar”⁴³.

La Primera Sala de la SCJN sistematiza sus postulados respecto de la taxatividad en una decisión de 2011, en la que se puede considerar que cristaliza su doctrina, luego reiterada⁴⁴. En la ejecutoria, tras insistir en que la taxatividad supone la “exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley”, de modo que los textos han de “describ[ir] con suficiente precisión” tanto las conductas prohibidas como sus sanciones, con el propósito de salvaguardar la “certeza jurídica”, así como la “imparcialidad en la aplicación”, la Primera Sala insiste también en matizar que este mandato no obliga al legislativo a “definir cada vocablo o locución utilizada” en la redacción. Desarrollando esta idea, se afirma que “en la aplicación del principio de taxatividad es imprescindible atender al contexto en el cual se desenvuelven las normas así como sus posibles destinatarios”; es decir, la ley debe ser clara y precisa, pero esta claridad y precisión estará determinada en función de “quienes potencialmente pueden verse sujetos” a dicha ley⁴⁵.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ SCJN Primera Sala, 1a. XCIX/2010, registro Nº 164052.

⁴² SCJN Primera Sala, 1a. XXIX/2012 (9a.), registro Nº 159912.

⁴³ SCJN Primera Sala, 1a. CCXXXV/2012 (10a.), registro Nº 2001920.

⁴⁴ SCJN Primera Sala, 1a./J. 54/2014 (10a.), registro Nº 2006867.

⁴⁵ SCJN Primera Sala, Amparo en Revisión 448/2010, registro Nº 23135.

El precepto controvertido en ese caso de 2011 es un “delito contra el honor militar”, cuya acción estaba descrita como “verter especies que puedan causar tibieza o desagrado en el servicio”. La argumentación de la Primera sala se dirige a sostener que esa expresión, así pueda resultar considerablemente oscura para un ciudadano cualquiera, es “fácilmente comprensible para un Oficial de las Fuerzas Armadas”, que es el sujeto activo especial destinatario de dicha prohibición⁴⁶. De esta argumentación se desprende que la exigencia de taxatividad ha de quedar determinada según el “destinatario de la norma”. Para la Primera Sala, es constitucional incluir en los tipos penales “conceptos jurídicos indeterminados, términos técnicos o vocablos propios de un sector o profesión”, siempre que sea posible establecer que los destinatarios tienen el “conocimiento específico” requerido para comprender los mandatos. De este modo, para el órgano judicial, no se puede exigir que “los tipos penales se configuren de tal manera que todos los gobernados tengan una comprensión absoluta de los mismos”, particularmente tratándose de tipos especiales como el discutido en este caso⁴⁷.

Este criterio de que la valoración de la taxatividad requiere tener en cuenta el contexto de la norma y sus destinatarios constituye la base de la doctrina en materia de taxatividad del máximo tribunal mexicano. Por lo que hace a las influencias de esta doctrina, desde la decisión de 2011 se hace una cita explícita a la doctrina española⁴⁸, lo que sugiere una influencia de los criterios del Tribunal constitucional español, órgano que desarrolla el contenido de la garantía de *lex certa* desde la SSTC 133/1987⁴⁹. Asimismo, en la mencionada decisión de 2011 se cita una sentencia de la Suprema Corte estadounidense⁵⁰. En general, la insistencia de la Primera Sala en que el mandato de determinación tiene el doble propósito de advertir a los ciudadanos de las conductas prohibidas, así como evitar la aplicación arbitraria de la ley, recuerda la doctrina de nulidad por vaguedad del tribunal estadounidense⁵¹, y la interpretación de la taxatividad como una regla de decisión vinculada al principio de división de poderes comentada párrafos arriba.

La argumentación desarrollada, como se ha sugerido, resulta aquiescente con el legislador en tanto busca acomodar la exigencia de determinación lingüística a la complejidad de las conductas susceptibles de criminalización. Esta aquiescencia se hace más clara en un criterio de 2013 —reiterado en sucesivas decisiones entre ese año y el 2016— en el que expresamente se señala que la exigencia de taxatividad “solo puede obligar al legislador penal a una determinación suficiente y no a la mayor precisión imaginable”.

⁴⁶ SCJN Primera Sala, 1a. CXCIII/2011 (9a.), registro N° 160722.

⁴⁷ SCJN Primera Sala, 1a. CXCII/2011 (9a.), registro N° 160794.

⁴⁸ En concreto: FERRERES COMELLA, 2002 *apud* SCJN Primera Sala, Amparo en Revisión 448/2010, registro N° 23135. La misma cita se repite en la mayoría de las decisiones posteriores sobre el tema.

⁴⁹ *Apud* RUIZ ROBLEDO, 2015, pp. 306, 317 y ss.

⁵⁰ En concreto, SCOTUS, Parker *vs.* Levy 417 U.S. 733 (1974).

⁵¹ En ese sentido, en SCOTUS, Kolender *vs.* Lawson, 461 U.S. 352, 357 (1983), se establece que: “La doctrina de nulidad por vaguedad requiere que un estatuto penal defina el delito con suficiente precisión para que la gente común pueda entender qué conducta está prohibida y de una manera que no fomenta la aplicación arbitraria y discriminatoria” (traducido por programa informático).

Por esto, el requerimiento de que las leyes sean claras y precisas se cumple de manera “gradual”. Aquí la Primera Sala admite la interpretación judicial, en tanto reconoce la necesidad de “una sana colaboración” entre el legislador y los jueces, de modo que en un marco de “flexibilidad de una disposición normativa”, por vía de la interpretación se llegue a “mejores determinaciones”. Esta colaboración, en el caso de las normas penales que incluyen “conceptos jurídicos” y “términos técnicos”, se plantea ya abiertamente como un “repart[o del] trabajo” entre legislador y jueces, correspondiéndole al primero realizar “una suficiente determinación” y a los segundos “una mayor concreción”⁵².

Por lo que hace al Pleno de la SCJN, el máximo órgano hace propia la doctrina de la Primera Sala en una decisión de 2013, si bien precisando que la taxatividad es “una exigencia de racionalidad lingüística”. Ya en detalle, el Pleno sostiene que “[l]a precisión de las disposiciones es una cuestión de grado”. Debido a esto, aparece como “lógicamente imposible” exigir “certeza absoluta” al legislador, de modo que el requerimiento es a lo sumo un “grado de imprecisión [...] razonable”, lo que se alcanza cuando el “precepto [es] lo suficientemente preciso como para declarar su validez”. Esto que parece un juego de palabras, entre “suficiente precisión” e “imprecisión razonable”, se traduce en que la línea de la taxatividad no está en forma alguna predeterminada; según el Pleno habrá precisión cuando el mensaje legislativo “cumpl[a] esencialmente su cometido”, estableciendo el “núcleo esencial de casos regulados por la norma”. Caso contrario es “la imprecisión excesiva o irrazonable”, que se presenta cuando la norma muestra “un grado de indeterminación tal que provo[ca] en los destinatarios confusión o incertidumbre”⁵³. Justo como la Primera Sala, el tribunal en Pleno cita directamente doctrina española como base de sus planteamientos acerca de la taxatividad⁵⁴.

3. *Aplicaciones recientes de la doctrina sobre el mandato de taxatividad*

En la aplicación de su doctrina consolidada de taxatividad, tanto la Primera Sala como el Pleno de la SCJN llevan a cabo un análisis que tiene en cuenta cuatro factores principales, además del texto legal: la “gramática”; el “contraste” del término en relación con otras expresiones legales contenidas en la misma norma o en otra; el “contexto” de desenvolvimiento de la norma; y “sus posibles destinatarios”. Con el análisis de estos elementos se intenta establecer “el grado de suficiencia en la claridad” de las expresiones empleadas por el legislador⁵⁵. En el análisis de casos de los últimos años, se puede identificar que el máximo tribunal se ocupa de resolver dos categorías de problemas relativos a la taxatividad: de completitud y de vaguedad. La aplicación de la doctrina parece estar dando un giro en el segundo tipo de problemas, particularmente en los

⁵² SCJN Primera Sala, 1a. CXCH/2013 (10a.), registro Nº 2003897; SCJN Primera Sala, 1a./J. 24/2016 (10a.), registro Nº 2011693.

⁵³ SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 29/2011, registro Nº 24667.

⁵⁴ En concreto FERRERES COMELLA, 2002, p. 120; MORESO, 2001, p. 527 *apud idem*.

⁵⁵ SCJN Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1111/2015, registro Nº 26302; SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 95/2014, registro Nº 25684.

casos donde se deja de lado la aquiescencia hacia el legislador que, como se ha sugerido, aparece de manera constante en el desarrollo de la doctrina.

La categoría de problemas de completitud se refiere a aquellos casos en los que se controvierten tipos penales por insuficiencia en la incorporación de la información necesaria para su aplicación. Se puede sugerir que estos son casos fáciles, con una manifiesta violación del mandato de taxatividad por una mala técnica legislativa. En estos casos, la aplicación de la doctrina del máximo tribunal es consistente. Como ejemplos en los años recientes, se tienen decisiones de inconstitucionalidad debido a imprecisiones o falta de información en el señalamiento de las sanciones aplicables⁵⁶; por la inclusión de cláusulas en blanco susceptibles de cierre administrativo⁵⁷; o aun por la presencia de cláusulas de reenvío a normas inexistentes⁵⁸.

La segunda categoría de problemas incluye los casos en los que se controvierten tipos penales por el empleo de conceptos indefinidos o indeterminados. En un primer subgrupo, se identifican decisiones de inconstitucionalidad por el empleo de términos no jurídicos aquejados de ambigüedad o vaguedad que podrían sustituirse por términos precisos, como las expresiones “cualquier otro material” o “lugar donde se le capture”⁵⁹. En esos casos, la falla en la taxatividad puede asociarse también con la mala técnica legislativa. En un segundo subgrupo, que se puede llamar de los casos difíciles, el objeto de controversia es el empleo de un concepto jurídico indeterminado, cuyo significado requiere ser establecido interpretativamente por el órgano judicial.

Ya se ha sugerido que la doctrina del máximo tribunal no rechaza el empleo de conceptos indeterminados o susceptibles de valoración, llamados elementos normativos por la doctrina. En esta línea, en los últimos años no se considera violación de la taxatividad el empleo de vocablos calificativos de la juridicidad o licitud, muy comunes en los tipos penales en México, como son “justo”, “injusto”, “indebidamente”, “ilícito”⁶⁰ o “prohibid[o] por la ley”⁶¹ que se entienden como cláusulas de reenvío a las leyes de la materia relativa a las actividades criminalizadas. Lo mismo en el caso de expresiones como “sin causa justificada o sin una orden de autoridad competente”⁶² o “fin ilícito”⁶³. El significado de estas expresiones no se considera absolutamente indeterminado, porque puede encontrarse por el órgano aplicador en el marco legislativo de las actividades

⁵⁶ SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 61/2018, registro N° 29460; SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 137/2017, registro N° 29424; SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 88/2016, registro N° 29262.

⁵⁷ SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 23/2017, registro N° 29355.

⁵⁸ SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 105/2018, registro N° 29055; SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 135/2015, registro N° 27760.

⁵⁹ SCJN Primera Sala, 1a. CCCLXXIII/2015 (10a.), registro N° 2010488; SCJN Pleno, P./J. 39/2015 (10a.), registro N° 2010087; SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 18/2016, registro N° 28708.

⁶⁰ SCJN Primera Sala, 1a. CLVIII/2017 (10a.), registro N° 2015611.

⁶¹ SCJN Primera Sala, 1a. CCCV/2018 (10a.), registro N° 2018725.

⁶² SCJN Primera Sala, 1a. XXIX/2017 (10a.), registro N° 2013870.

⁶³ SCJN Primera Sala, 1a. CCLVIII/2018 (10a.), registro N° 2018557.

criminalizadas; precisamente, en un análisis de lo que el máximo tribunal denomina “el contexto en que se desenvuelve la norma”⁶⁴.

Tampoco se considera contrario a la taxatividad el empleo de términos con un significado jurídico propio, como son “violencia”⁶⁵, “discapacidad”⁶⁶, o los verbos “distraer”⁶⁷ o “inducir”⁶⁸. En el caso de este último término, para la Primera Sala el significado jurídico preciso de esta acción puede obtenerse mediante una “interpretación sistemática” del tipo penal, atendiendo al “contexto en que [el término] está utilizado o inserto en la norma”⁶⁹.

En una decisión del Pleno de la SCJN de 2015 se presenta un vaivén en esta doctrina respecto de la consideración de los elementos normativos, al declararse la inconstitucionalidad del tipo penal de “atentado contra la seguridad de la comunidad”⁷⁰. En principio, destaca que en esta decisión se enriquecen las fuentes del mandato de taxatividad, al mencionarse explícitamente el contenido del artículo 9 de la Convención Americana, así como la jurisprudencia relevante de la Corte Interamericana sobre el principio de legalidad penal. Es importante recordar que la doctrina del tribunal interamericano, al sostener que en “la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos”⁷¹, es considerada estricta en esta materia⁷². Asimismo, se incluye en esta decisión una cita doctrinal con un claro tinte de garantismo estricto, en donde el mandato de taxatividad se expresa en “dos directrices”: una exige “la reducción de vaguedad de los conceptos usados” en las descripciones típicas, y otra, “la preferencia por el uso descriptivo frente al uso de conceptos valorativos”⁷³.

El giro parece acentuarse en un grupo último de decisiones que declaran la inconstitucionalidad de tipos penales por el empleo de elementos normativos. Tratándose del delito de “calumnias”, el Pleno decide en un párrafo que la expresión “imputar falsamente” resulta violatoria del mandato de taxatividad porque los vocablos “no son claros”. Esta

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ SCJN Primera Sala, 1a. CCXLIX/2018 (10a.), registro N° 2018867.

⁶⁷ SCJN Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1111/2015, registro N° 26302.

⁶⁸ SCJN Primera Sala, 1a. CCCVII/2015 (10a.), registro N° 2010219; SCJN Primera Sala, 1a. XCI/2013 (10a.), registro N° 2003253.

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ SCJN Pleno, P./J. 39/2015 (10a.), registro N° 2010087.

⁷¹ En concreto: Corte IDH, Caso Castillo Petrucci y otros *vs.* Perú, 30.05.1999, Serie C N° 52; Corte IDH, Caso Fermín Ramírez *vs.* Guatemala, 20.06.2002, Serie C N° 126 *apud* SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 95/2014, registro N° 25684.

⁷² *Vid.* GARCÍA RAMÍREZ y MORALES SÁNCHEZ, 2011, pp. 198 y 216; GUZMÁN DALBORA, 2010, pp. 180 y ss.; OLÁSALO ALONSO, 2013, pp. 32 y ss.

⁷³ MORESO, 2001, p. 527 *apud* SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 95/2014, registro N° 25684. La cita que se hace en la ejecutoria del Pleno está descontextualizada; Moreso plantea estas dos exigencias como parte del entendimiento usual de la taxatividad, pero en sus argumentos sucesivos más bien se dedica a discutir la separación tajante entre conceptos de contenido descriptivo y valorativo. *Vid.* MORESO, 2001, pp. 530-532. Es más adecuado asociar esas exigencias de taxatividad con los postulados del garantismo penal de Ferrajoli. *Vid.* FERRAJOLI, 1995, pp. 121 y ss.

falta de claridad se da porque la norma “no precisa” cómo debe realizarse la imputación constitutiva de la conducta: si “ante alguna autoridad”, o “ante cualquier persona o en cualquier foro”, o si de forma “verbal o escrita”. Esta falta de detalles, “genera incertidumbre jurídica”, pues supone que el juez “determinará el contenido de esa expresión normativa”⁷⁴. Igualmente, en el caso del “delito de obtención de información de las acciones de las fuerzas armadas y los cuerpos de seguridad pública”⁷⁵, el tipo se declara inconstitucional por emplear la expresión “mediante vigilancia”, que se considera “ambigu[a] al no establecer elemento alguno que delimite o describa dicha acción”⁷⁶.

En estas decisiones no se apela a ninguna de las consideraciones constantes en la doctrina previa, como la tesis del reparto del trabajo entre legislador y juez tratándose de los elementos normativos de un tipo; el planteamiento de que el legislador no está obligado a definir cada término ni a dar catálogos exhaustivos de las conductas; o la tesis de la interpretación sistemática con base en el contexto de la disposición. En estas decisiones, la aplicación de la doctrina de taxatividad ya no resulta ser aquiescente con el legislador, sino estricta.

Esto último se intensifica en las sentencias del Pleno en la inconstitucionalidad del delito de “ultrajes a la autoridad”, falladas en 2016⁷⁷. En estos casos, tras citar exhaustivamente la doctrina consolidada del máximo tribunal respecto de la materia, con su ambivalencia incluida, se concluye que el tipo es inconstitucional porque resulta ser un enunciado “abierto” en un “grado” inadmisibles, al estar definida la conducta sancionable únicamente con el verbo “ultrajar” sin incluir ninguna otra precisión. Este carácter “abierto” permite la discrecionalidad, pues “en cada caso la autoridad ministerial o judicial” es quien “califica, según su arbitrio, las palabras, expresiones, gesticulaciones o hechos que actualizan un ultraje”. A juicio del Pleno, esto “genera incertidumbre y confusión” pues ante la falta de un patrón objetivo, la autoridad aplicadora ha de calificar los ultrajes solo “con la única referencia a la comprensión social y contextual de lo que constituye una ofensa que amerita el reproche penal”⁷⁸. Finalmente, el Pleno respalda su decisión mencionando cómo coincide con jurisprudencia de la Corte Interamericana relativa al delito de “injuria”⁷⁹.

De este modo, dando un giro en la aplicación de su doctrina en relación con elementos normativos hacia una posición estricta con el legislador, el Pleno decreta la inconstitucionalidad del tipo penal por el empleo de un elemento valorativo cultural

⁷⁴ SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 115/2015, registro N° 28681; SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 113/2015 y su acumulada 116/2015, registro N° 28368.

⁷⁵ Este tipo penal criminalizaba la conducta realizada por quienes vigilan en calles y puntos estratégicos de las localidades con el propósito de informar al crimen organizado sobre los movimientos de las fuerzas militares y policiales. Esta conducta se conoce en México como “halconear”.

⁷⁶ SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 9/2014, registro N° 25906.

⁷⁷ SCJN Pleno, Amparo Directo en Revisión 2255/2015; SCJN Pleno, Amparo Directo en Revisión 4436/2015.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ En concreto: Corte IDH, Caso Usón Ramírez *vs.* Venezuela, 20.11.2009, Serie C N° 207.

como es “ultraje”. Este es un concepto jurídico indeterminado que, precisamente por su naturaleza de elemento normativo del tipo, requiere ser interpretado en su alcance por el órgano judicial para ser aplicado al caso concreto. Es posible insistir en que esta necesaria interpretación en modo alguno se había entendido por la doctrina del tribunal –coincidiendo con la práctica penal tradicional– como sinónimo de arbitrariedad⁸⁰. La decisión del Pleno parece acercarse a la tesis doctrinal que, ante los problemas de indeterminación, distingue entre “núcleo de significación” y “campo de significación”, según el número de casos posibles que se subsumen en los conceptos de la norma de modo indudable (núcleo) o inseguro (campo). Cuando el campo de significación “solo puede determinarse a partir de juicios valorativos”, y además “ocupa la mayor parte de los posibles casos subsumibles”, cabría plantear la inconstitucionalidad de la norma penal⁸¹.

Es interesante añadir que en estos tres últimos casos comentados, el problema de constitucionalidad se refiere a conductas típicas que inciden en el campo de ejercicio de derechos fundamentales, particularmente en las libertades de información y de expresión. En la decisión relativa al delito de calumnias, el argumento de la violación de la taxatividad resulta accesorio; aparece subordinado a la valoración de proporcionalidad que se ofrece por el tribunal, al entender que la norma penal es una vía de restricción del ejercicio de derechos⁸². En el fallo relativo al ultraje no se desarrolla la potencial afectación a la libertad de expresión –al no haberse alegado por el particular recurrente–, pero es un conflicto constitucional que está presente e influye en la decisión⁸³.

Debido a esto último, no resulta claro si estos últimos fallos anuncian el inicio de una nueva etapa en la doctrina del máximo tribunal respecto de la taxatividad, en la que se juzgará negativamente la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados susceptibles de interpretación judicial. Es también plausible pensar que, al haberse tratado de fallos relativos a derechos fundamentales especialmente considerados por la SCJN (como la libertad de expresión), el argumento de la falta de taxatividad fue amoldado para poder decretar la inconstitucionalidad. Cuando menos, en fallos reiterados entre 2018 y 2019, la Primera Sala desestima el reclamo de inconstitucionalidad del delito de “desacato”⁸⁴, con base en la misma doctrina consolidada que aquí se ha analizado.

⁸⁰ Así también lo sugiere uno de los ministros en su voto disidente, *vid.* SCJN Pleno, Voto particular que formula el señor ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, en el Amparo Directo en Revisión 2255/2015.

⁸¹ *Vid.* NAVARRO, 2010, pp. 62 y ss. *apud* FERNÁNDEZ, 2017, p. 666. Se agradece a uno de los árbitros por indicar esta relación teórica.

⁸² SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 115/2015, registro N° 28681; SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 113/2015 y su acumulada 116/2015, registro N° 28368.

⁸³ Así lo sostienen dos ministros, al votar en el sentido que el precepto viola la libertad de expresión. *vid.* SCJN Pleno, Voto concurrente que formula el señor ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena en relación con el Amparo Directo en Revisión 2255/2015.

⁸⁴ SCJN Primera Sala, 1a./J. 29/2019 (10a.), registro N° 2019625; SCJN Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4832/2018, registro N° 28457.

IV. CRÍTICA

En la evolución aquí descrita, aparece que la SCJN ha construido una doctrina ambivalente del principio de taxatividad, particularmente en lo relativo al problema de vaguedad provocado por la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados en los tipos. Esta ambivalencia se refiere a que en la doctrina actual coexisten postulados que permiten al Tribunal tomar decisiones opuestas respecto de la constitucionalidad del empleo de conceptos indeterminados. Por un lado, la doctrina incluye originalmente postulados aquiescentes con el legislador penal⁸⁵, según estos, las exigencias del mandato de certeza son flexibles y pueden cumplirse por el legislador de manera gradual. Por otro lado, la doctrina ha ido incorporando afirmaciones en donde las exigencias de univocidad y uso de lenguaje descriptivo no valorativo parecen obligar al legislador de manera inflexible.

Esta doctrina ambivalente permite al tribunal resolver los casos en uno u otro sentido, según la interpretación conceptual de la taxatividad que se quiera seguir, ya sea como un mandato flexible y gradual, o como un deber estricto de univocidad y objetividad de términos. Es criticable la falta de criterios adicionales que permitan identificar por qué una u otra visión teórico-conceptual acerca de la taxatividad debería prevalecer en cada caso, de modo que la decisión tomada no parezca estar basada en una simple selección de criterios *ad hoc*.

Por lo que hace a la aplicación reciente de la doctrina, es criticable que el estudio de taxatividad se confunda en alguna decisión con el análisis de proporcionalidad que se lleva a cabo para decretar la inconstitucionalidad de los tipos penales cuestionados. Se considera que son problemas diversos porque, tratándose del estudio de taxatividad, el juez constitucional no controla lo que el legislador decide legítimamente (racionalidad de la criminalización primaria), sino la manera cómo el legislador comunica su decisión (racionalidad comunicativa o lingüística). De esta manera, la doctrina de taxatividad del máximo tribunal requiere incorporar a su vez criterios que, al momento de controlar la constitucionalidad de un tipo penal, permitan distinguir con claridad las preguntas relativas al mandato de certeza, de las preguntas relativas al estudio de proporcionalidad.

V. CONCLUSIÓN

La doctrina construida por la SCJN respecto del principio de taxatividad en las últimas décadas presenta ambivalencia, lo que otorga un amplio margen de decisión al

⁸⁵ Sin ser el tema de este artículo, es posible distinguir esta "aquiescencia" de lo que en la doctrina acerca del control de constitucionalidad se denomina "deferencia" del juez constitucional hacia el legislador, por la prevalencia del "principio de la competencia decisoria del Legislador democráticamente legitimado". *Vid.* ALEXY, 2002, pp. 59-60. A propósito de la taxatividad, aquí se dice simplemente que el tribunal es "aquiescente" porque permite o autoriza el uso de términos indeterminados de parte del legislador penal, sin que esto tenga que ver directamente con la decisión sustantiva de la criminalización.

órgano para abordar los reclamos de inconstitucionalidad de tipos penales. Sin embargo, hay ciertos elementos consolidados en la doctrina, que pueden servir como base para prever hacia qué sentido se orientará una decisión judicial del máximo tribunal cuando se le presente un problema de taxatividad.

Para esto, es importante identificar en principio, de qué problema se trata, si de completitud o de vaguedad. Tratándose de problemas de completitud, cuando falta la información necesaria en el texto legal o esta información se encuentra en una fuente que no respeta la reserva de ley, es altamente probable que se decida la inconstitucionalidad. La doctrina de la SCJN en este ámbito resulta ser consistente.

En segundo lugar, tratándose de problemas de indeterminación o vaguedad de conceptos, la doctrina es ambivalente, según se ha propuesto. En general, ha habido aquiescencia hacia el legislador cuando emplea conceptos indeterminados y valorativos, de modo que es probable que se sostenga la constitucionalidad siempre que se encuentre en la norma o en el contexto alguna indicación útil para la interpretación judicial del término disputado.

Sin embargo, tratándose de este segundo problema se ha dado un giro. Si en el caso concreto el tipo penal con conceptos indeterminados incide en la esfera de ejercicio de un derecho fundamental distinto de la legalidad, la probabilidad de que se declare la inconstitucionalidad se eleva considerablemente, conforme muestran las últimas decisiones al respecto.

Para superar esta ambivalencia, se requiere que la doctrina jurisprudencial reseñada incorpore criterios para identificar por qué una u otra visión teórico-conceptual acerca de la taxatividad debe prevalecer en cada caso. Asimismo, es relevante que se realice una clara delimitación del estudio de taxatividad frente al análisis de proporcionalidad, en el que parece disolverse.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, 2002: "Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, Nº 66, pp. 13-64.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, 2009: *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, 2007: *Justicia penal, derechos y garantías*, Lima, Palestra, Temis.
- BACIGALUPO, Enrique, 1999: *Principios constitucionales del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, 1997: *Lecciones de Derecho Penal*, volumen I, Madrid, Trotta.
- CARBONELL, Miguel, 2019: "El principio de legalidad en materia penal (Análisis del artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución mexicana)", *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, Nº 34, pp. 3-27. Disponible en [HTTPS://REVISTAS.JURIDICAS.UNAM.MX/INDEX.PHP/REFORMA-JUDICIAL/ISSUE/VIEW/628](https://REVISTAS.JURIDICAS.UNAM.MX/INDEX.PHP/REFORMA-JUDICIAL/ISSUE/VIEW/628) (<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/issue/view/628>). [Fecha de consulta: 23.07.2020].
- FERNÁNDEZ, José Ángel, 2017: "La interpretación conforme con la constitución en los límites del mandato de certeza", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 44, Nº 3, pp. 653-675. Disponible en: [HTTPS://WWW.REDALYC.ORG/PDF/1770/177054481003.PDF](https://WWW.REDALYC.ORG/PDF/1770/177054481003.PDF) (<https://www.redalyc.org/pdf/1770/177054481003.pdf>). [Fecha de consulta: 19.07.2021].

- FERRAJOLI, Luigi, 1995: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.
- FERRERES COMELLA, Víctor, 2002: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Madrid, Civitas.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, 2008: “¿Nullum crimen sine lex certa? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad”, *Jueces para la democracia. Información y debate*, Nº 62, pp. 57-91.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, 2011: “Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Nº 24, pp. 195-246. Disponible en [HTTPS://REVISTAS JURIDICAS.UNAM.MX/INDEX.PHP/CUESTIONES-CONSTITUCIONALES/ARTICLE/VIEW/5950](https://REVISTAS JURIDICAS.UNAM.MX/INDEX.PHP/CUESTIONES-CONSTITUCIONALES/ARTICLE/VIEW/5950) (<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5950>). [Fecha de consulta: 23.07.2020].
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar y BUSTOS RUBIO, Miguel, 2014: “Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal”, *Revista Penal México*, Nº 6, pp. 169-190.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, 2010: “El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, pp. 171-192.
- HART, Herbert L.A., 1998: *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- HUERTA TOCILDO, Susana, 1993: “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, Nº 39, pp. 81-113.
- INZUNZA CÁZARES, Enrique, 2009: *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho de Sinaloa.
- MADRID CONESA, Fulgencio, 1983: *La legalidad del delito*, Valencia, Universidad de Valencia.
- MORESO, José Juan, 2001: “Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)”, *Revista Doxa*, Nº 24, pp. 525-545. Disponible en [HTTP://HDL.HANDLE.NET/10045/10219](http://hdl.handle.net/10045/10219) (<http://hdl.handle.net/10045/10219>). [Fecha de consulta: 28.07.2020].
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, 2010: *Derecho penal. Parte general* (8ª edición), Valencia, Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (director), 2017: *Libro de estilo de la Justicia*, Barcelona, Real Academia Española, Espasa, Consejo General del Poder Judicial.
- NAVARRO, Irene, 2010: *El mandato de determinación y tipicidad penal*, Madrid, Comares.
- NAVARRO, Pablo E. y MANRIQUE, Laura, 2005: “El desafío de la taxatividad”, *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, volumen LVIII, Nº 3, pp. 807-836. Disponible en [HTTPS://DIALNET.UNIRIOJA.ES/SERVLET/ARTICULO?CODIGO=2281530](https://DIALNET.UNIRIOJA.ES/SERVLET/ARTICULO?CODIGO=2281530) (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2281530>). [Fecha de consulta: 28.07.2020].
- OLÁSOLO ALONSO, Héctor, 2013: “El principio nullum crimen sine iure en Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, volumen 1, pp. 18-42. Disponible en [HTTPS://REVISTAS.UROSARIO.EDU.CO/INDEX.PHP/ANIDIP/ARTICLE/VIEW/2858](https://REVISTAS.UROSARIO.EDU.CO/INDEX.PHP/ANIDIP/ARTICLE/VIEW/2858) (<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/anidip/article/view/2858>). [Fecha de consulta: 05.09.2020].
- ROXIN, Claus, 1997: *Derecho penal. Parte general*, tomo I, Madrid, Civitas.
- RUIZ ROBLEDO, Agustín, 2015: “El control judicial del principio de legalidad penal”, en Rafael Bustos Gisbert et al. (directores), *La protección jurisdiccional de los derechos. Actas del XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 305-337.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al., 2002: *Derecho penal. Parte general* (2ª edición), Buenos Aires, Ediar.

Sitios web

- CNDH, 2020. *Acción de inconstitucionalidad*. Búsqueda realizada el 20.09.2020, en [HTTPS://WWW.CNDH.ORG.MX/TIPO/209/ACCION-DE-INCONSTITUCIONALIDAD](https://www.cndh.org.mx/tipo/209/ACCION-DE-INCONSTITUCIONALIDAD) (<https://www.cndh.org.mx/tipo/209/accion-de-inconstitucionalidad>).
- SCJN, 2020. *Semanario Judicial de la Federación*. Búsqueda realizada el 20.09.2020, en [HTTPS://SJF.SCJN.GOB.MX/SJFSIST/PAGINAS/TESIS.ASPX](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/PAGINAS/TESIS.ASPX) (<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/tesis.aspx>).

Jurisprudencia

- CORTE IDH, Caso Cantoral Benavides *vs.* Perú, 18.08.2000, Serie C Nº 69.
- CORTE IDH, Caso Castillo Petrucci y otros *vs.* Perú, 30.05.1999, Serie C Nº 52.
- CORTE IDH, Caso Fermín Ramírez *vs.* Guatemala, 20.06.2002, Serie C Nº 126.
- CORTE IDH, Caso Lori Berenson Mejía *vs.* Perú, 25.11.2004, Serie C Nº 119.
- CORTE IDH, Caso García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú, 25.11.2005, Serie C Nº 137.
- CORTE IDH, Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, 31.08.2004, Serie C Nº 111.
- CORTE IDH, Caso Usón Ramírez *vs.* Venezuela, 20.11.2009, Serie C Nº 207.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 105/2018, registro Nº 29055.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 113/2015 y su acumulada 116/2015, registro Nº 28368.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 115/2015, registro Nº 28681.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 135/2015, registro Nº 27760.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 137/2017, registro Nº 29424.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 18/2016, registro Nº 28708.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 23/2017, registro Nº 29355.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 29/2011, registro Nº 24667.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 61/2018, registro Nº 29460.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 88/2016, registro Nº 29262.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 9/2014, registro Nº 25906.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 95/2014, registro Nº 25684.
- SCJN Pleno, Amparo Directo en Revisión 2255/2015.
- SCJN Pleno, Amparo Directo en Revisión 4436/2015.
- SCJN Pleno, P. IX/95, registro Nº 200381.
- SCJN Pleno, P. VIII/95, registro Nº 200383.
- SCJN Pleno, P. XXIII/2013, registro Nº 2003571.
- SCJN Pleno, P./J. 25/2003, registro Nº 183825.
- SCJN Pleno, P./J. 39/2015 (10a.), registro Nº 2010087.
- SCJN Primera Sala, 1a. CCCLXXIII/2015 (10a.), registro Nº 2010488.
- SCJN Primera Sala, 1a. CCCV/2018 (10a.), registro Nº 2018725.
- SCJN Primera Sala, 1a. CCCVII/2015 (10a.), registro Nº 2010219.
- SCJN Primera Sala, 1a. CCLVIII/2018 (10a.), registro Nº 2018557.
- SCJN Primera Sala, 1a. CCXLIX/2018 (10a.), registro Nº 2018867.
- SCJN Primera Sala, 1a. CCXXXV/2012 (10a.), registro Nº 2001920.
- SCJN Primera Sala, 1a. CLVIII/2017 (10a.), registro Nº 2015611.
- SCJN Primera Sala, 1a. CLXII/2005, registro Nº 176074.
- SCJN Primera Sala, 1a. CXCII/2011 (9a.), registro Nº 160794.
- SCJN Primera Sala, 1a. CXCII/2013 (10a.), registro Nº 2003897.

- SCJN Primera Sala, 1a. CXCIII/2011 (9a.), registro N° 160722.
SCJN Primera Sala, 1a. CXXII/2005, registro N° 177012.
SCJN Primera Sala, 1a. LXXXIII/2002, registro N° 185314.
SCJN Primera Sala, 1a. LXXXIX/2005, registro N° 177613.
SCJN Primera Sala, 1a. XCI/2013 (10a.), registro N° 2003253.
SCJN Primera Sala, 1a. XCIX/2010, registro N° 164052.
SCJN Primera Sala, 1a. XLV/2001, registro N° 189467.
SCJN Primera Sala, 1a. XXI/2005, registro N° 179041.
SCJN Primera Sala, 1a. XXIX/2012 (9a.), registro N° 159912.
SCJN Primera Sala, 1a. XXIX/2017 (10a.), registro N° 2013870.
SCJN Primera Sala, 1a. XXVII/2008, registro N° 170144.
SCJN Primera Sala, 1a./J. 1/93, registro N° 206145.
SCJN Primera Sala, 1a./J. 10/2006, registro N° 175595.
SCJN Primera Sala, 1a./J. 109/2006, registro N° 173307.
SCJN Primera Sala, 1a./J. 24/2016 (10a.), registro N° 2011693.
SCJN Primera Sala, 1a./J. 29/2019 (10a.), registro N° 2019625.
SCJN Primera Sala, 1a./J. 5/2008, registro N° 170393.
SCJN Primera Sala, 1a./J. 54/2014 (10a.), registro N° 2006867.
SCJN Primera Sala, 1a./J. 83/2004, registro N° 180326.
SCJN Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1111/2015, registro N° 26302.
SCJN Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 268/2003, registro N° 19377.
SCJN Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4832/2018, registro N° 28457.
SCJN Primera Sala, Amparo en Revisión 448/2010, registro N° 23135.
SCJN Primera Sala, Amparo en Revisión 703/2004, registro N° 20734.
SCJN Primera Sala, Contradicción de tesis 123/2006-PS, registro N° 19956.
SCJN Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, II.2o.P.187 P, registro N° 175846.
SCOTUS, *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352, 357 (1983).
SCOTUS, *Parker v. Levy* 417 U.S. 733 (1974).

