

# Reglas de aplicación de las normas penales

Héctor Guillermo Maldonado Maldonado\*

SUMARIO: I. Principio de legalidad. II. Reglas de interpretación de la norma penal derivadas del principio de legalidad en los delitos y en las penas. III. Prohibición de retroactividad de la ley penal. IV. Concurso de normas penales: principios de especialidad, subsidiariedad, consunción, alternatividad y teleológico o del fin de la conducta.

## I. Principio de legalidad

El artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece:

En los juicios del orden penal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Ahora bien, los tratadistas mexicanos y la Suprema Corte de Justicia de la Nación coinciden en señalar que la disposición constitucional trascrita establece el principio de legalidad en materia penal como una garantía en favor del gobernado contra la potestad punitiva del Estado Mexicano, la que correlativamente constituye un límite formal para ese *ius puniendi*; tanto para el legislador como para el juzgador.

\* Magistrado del Tercer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito.

En efecto, entre muchos de los autores mexicanos que examinan el principio de legalidad desde esa óptica, está el profesor coahuilense Antonio Berchermann Arizpe, quien dice:

[...] Los cotos formales de las normas del sistema penal... se conjugan en un principio constitucional: el principio de legalidad... Mismo que fluye del artículo 14 C. Y en ese orden de ideas, el principio de legalidad en los delitos y las penas, más que un fundamento de la potestad de punir, es un límite constitucional de esa facultad estatal [...].<sup>1</sup>

En ese sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado. En la ejecutoria pronunciada el ocho de noviembre de dos mil seis, mediante la cual resolvió el amparo directo en revisión 421/2006, en el que se cuestionó la constitucionalidad del tipo penal de ejercicio indebido de atribuciones, previsto en el artículo 217, fracción I, inciso d), del Código Penal Federal, por utilizar el término “indebidamente” el alto tribunal mencionado, consideró:

[...] El principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley. De esta forma, el contenido esencial del principio de legalidad en materia penal radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no se encuentre establecida en la ley, lo que coincide propiamente con el denominado principio de legalidad de los delitos y las penas, frecuentemente expresado mediante el aforismo *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.

<sup>1</sup> Berchermann Arizpe, Antonio, *Derecho penal mexicano parte general*. Primera edición, México: Porrúa, 2004. P. 211.

Sobre este principio, puede consultarse en Gustavo Malo Camacho: *Derecho penal mexicano*. Primera edición, México: Porrúa, 1997, pp. 104 y ss. También puede verse en Moisés Moreno Hernández. Primera edición, México: IUS POENALE (del Centro de Política Criminal y Ciencias Penales), 1999, pp. 114 y ss.

En efecto, el principio constitucional referido prescribe que sólo se puede castigar un hecho si su punibilidad se encuentra prevista en una ley antes de su comisión. Es decir, por más que una conducta resulte nociva para la sociedad y, por ende, revele la necesidad de ser penada, el Estado sólo podrá tomarla como razón para la aplicación de sanciones jurídico-penales si advirtió antes y de manera expresa tal circunstancia a los gobernados a través de la ley.[...]<sup>2</sup>

### 1. *El principio de estricta legalidad y el de mera legalidad*

El maestro Antonio Berchermann Arizpe destaca que el principio de legalidad se desdobra o subdivide en el de estricta legalidad y el de mera legalidad. El primero incumbe observar al legislador, en tanto que el juzgador penal deberá cumplir con el segundo.

Por ello, el tratadista italiano Luigi Ferrajoli precisa:

[...] He definido... el principio de mera legalidad como una regla de distribución del poder que prescribe al juez determinar como delito lo que está reservado al legislador predeterminar como tal; y el principio de estricta legalidad como una regla metalegal de formulación del lenguaje penal que a tal fin prescribe al legislador el uso de términos de extensión determinada en la definición de las figuras delictivas, para que sea posible su aplicación en el lenguaje judicial como predicados “verdaderos de los” hechos procesalmente comprobados [...]<sup>3</sup>

En ese contexto, cabe destacar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no ha hecho la distinción entre las dos variantes del principio de legalidad mencionadas por los autores citados; no obstante, la Primera Sala de ese máximo tribunal, en la ejecutoria en la que analizó el problema de constitucionalidad de la figura típica de asociación delictuosa, prevista y sancionada en el artículo 164 del Código Penal Federal, sí ha establecido que, en el ámbito de su competencia, tanto el juzgador como el legislador

<sup>2</sup> Véase <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/06004210.002.doc>

<sup>3</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Tr. Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Cuarta edición. Barcelona: Trotta. 2000. p. 378.

están obligados a observar la garantía de legalidad, en la jurisprudencia del rubro y texto siguientes:

EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. LA GARANTÍA, CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TAMBIÉN OBLIGA AL LEGISLADOR. El significado y alcance de dicha garantía constitucional no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstenga de imponer por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trata, sino que también obliga a la autoridad legislativa a emitir normas claras en las que se precise la conducta reprochable y la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito, a fin de que la pena se aplique con estricta objetividad y justicia; que no se desvíe ese fin con una actuación arbitraria del juzgador, ni se cause un estado de incertidumbre jurídica al gobernado a quien se le aplique la norma, con el desconocimiento de la conducta que constituya el delito, así como de la duración mínima y máxima de la sanción, por falta de disposición expresa.<sup>4</sup>

## 2. Manifestaciones del principio de legalidad

Tanto el maestro Malo Camacho<sup>5</sup> como el autor argentino Carlos Creus<sup>6</sup> señalan que en la formulación y en la aplicación de la ley penal, el principio de legalidad examinado se manifiesta en tres formas diversas: ley escrita (*lege scripta*), ley previa (*lege praevia*) y ley estricta (*lege stricta*); en tanto que el profesor alemán Claus Roxin<sup>7</sup> agrega una cuarta manifestación: ley cierta (*lege certa*).

Ahora bien, el tratadista teutón mencionado precisa que las manifestaciones del principio de legalidad citadas implican prohibiciones para el

<sup>4</sup> Los datos de localización son: Tesis: 1a./J. 10/2006; Novena Época; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo: XXIII, marzo de 2006, página, 84.

<sup>5</sup> Malo Camacho, Gustavo, *op. cit.*, p. 106.

<sup>6</sup> Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte general*. Cuarta edición, Buenos Aires: Astrea, 1996. p. 55.

<sup>7</sup> Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito. Tr. Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Segunda edición alemana, Madrid: Civitas, 1999, p. 140.

legislador y para el juzgador. Veamos cada una de dichas manifestaciones y prohibiciones.

### A. *Ley cierta*

La regla de taxatividad de las previsiones de los delitos y de las penas obliga al legislador para que exprese la descripción legal de los preceptos y sanciones penales de manera precisa, sin lugar a ambigüedades sobre los márgenes de lo prohibido y de las concretas sanciones, es decir, la ley penal ha de ser taxativa, precisa en la definición de cualquier restricción de los derechos y libertades, pues de lo contrario, la vaguedad e imprecisión dejaría en manos de la instancia judicial lo que ha de entenderse por delito y pena.

Claus Roxin considera que

[...] Teóricamente también resulta indiscutido que por indeterminación, las disposiciones penales pueden ser inconstitucionales y por tanto nulas (dado que)... Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación al *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad [...] <sup>8</sup>

Lo anterior coincide esencialmente con la jurisprudencia establecida por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 4/2006, mediante la cual declaró la invalidez del artículo 12 de la Ley de Ingresos para el Municipio de Ocozacoatlán de Espinosa, estado de Chiapas, para el ejercicio fiscal de 2006, contenida en el Decreto 282 publicado en el periódico oficial de la entidad el 22 de diciembre de 2005, cuyo rubro y texto son:

<sup>8</sup> Claus Roxin, *Op. cit.*, p. 169.

TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL, ES APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. El principio de tipicidad, que junto con el de reserva de ley integran el núcleo duro del principio de legalidad en materia de sanciones, se manifiesta como una exigencia de predeterminación normativa clara y precisa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. En otras palabras, dicho principio se cumple cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción y de la sanción; supone en todo caso la presencia de una *lex certa* que permita predecir con suficiente grado de seguridad las conductas infractoras y las sanciones. En este orden de ideas, debe afirmarse que la descripción legislativa de las conductas ilícitas debe gozar de tal claridad y univocidad que el juzgador pueda conocer su alcance y significado al realizar el proceso mental de adecuación típica, sin necesidad de recurrir a complementaciones legales que superen la interpretación y que lo llevarían al terreno de la creación legal para suplir las imprecisiones de la norma [...]<sup>9</sup>

También debe destacarse el criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consistente en que

[...] El principio de legalidad en materia penal... obliga al legislador a... que... describa con claridad y precisión el hecho o la conducta que se considera delictiva; esta descripción no es otra cosa que el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado, pues la máxima *nullum crimen sine lege* comprende necesariamente a las figuras típicas, ya que no puede ser respetada si previamente no existe una delimitación del contenido, esencia, alcance y límites de los tipos penales [...]<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Jurisprudencia P./J. 100/2006, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXIV, agosto de 2006, página 1667, Materia(s): Constitucional, Administrativa, y en el IUS con Registro Núm. 174326.

<sup>10</sup> Extracto del criterio aislado 1a. LXXXIII/2002, que aparece publicado en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XVI, diciembre de 2002, página 230, identificada con el rubro: “SALUD, DELITO CONTRA LA. EN SU MODALIDAD DE POSESIÓN DE NARCÓTICO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 195, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. NO VIOLA LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY”.

Es decir,

[...] La exigencia de clara determinación de las conductas punibles se expresa en el denominado principio de taxatividad o mandato de certeza, cuyo cumplimiento plantea uno de los problemas más arduos del manejo correcto de la técnica legislativa. Efectivamente, el Legislador penal no puede pretender recoger absolutamente todos los matices con que se expresa la realidad y debe acudir frecuentemente a términos amplios que deben ser concretados por los jueces en su función interpretativa de las normas, porque es imposible que la ley enumere todas las posibles formas de aparición de una situación. Cuando ello se intenta, se cae en la utilización de enumeraciones casuísticas que generalmente no agotan todas las posibilidades fácticas y obligan a interpretaciones forzadas para evitar lagunas de punibilidad.

Una técnica legislativa correcta debe huir tanto de los conceptos excesivamente vagos en los que no es posible establecer una interpretación segura, como de las enumeraciones excesivamente casuísticas que no permiten abarcar todos los matices de la realidad. Así, los conceptos valorativos utilizados en ocasiones por la ley penal no necesariamente violan el principio de legalidad si su significado puede ser concretado por la interpretación en cada momento histórico.

En esa posibilidad de concreción se encuentra uno de los aspectos esenciales de la cuestión y permite establecer diferentes grados de taxatividad; por un lado, el legislador puede acudir en ocasiones a conceptos que necesiten de la concreción jurisdiccional pero cuyo significado genérico se desprende de la propia ley o es deducible de la interpretación armónica misma. Tales conceptos jurídicos indeterminados tienen un significado atribuible a grupos de casos, que el juez debe concretar, pero que no depende exclusivamente de su personal valoración y, pese a ser amplios, tienen límites cognoscibles. Sin embargo, ello no ocurre cuando el legislador establece lo que se denominan tipos abiertos en los que las fronteras de la conducta punible son absolutamente difusas, con el consiguiente perjuicio de la seguridad jurídica [...] <sup>11</sup>

Ahora bien, el problema de los tipos abiertos —al decir de Berchemmann Arizpe— se presenta en relación con el principio de ley cierta o de taxatividad penal; dado que

<sup>11</sup> Véase <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/06004210.002.doc>

[...] conforme a la dogmática jurídica un tipo penal ‘abierto’, implicaría la ambigüedad de la descripción a grado tal que fuese la autoridad judicial la encargada, en lo absoluto, de “cerrar” o concluir la descripción típica, supuesto que resultaría incluso incompatible con un sistema o Estado de derecho en el que se respete el principio de exacta aplicación de la ley penal (*nullum crimen sine lege*) [...]<sup>12</sup>

En tal tesitura, respecto a los tipos penales abiertos, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció el criterio siguiente:

USO DE DOCUMENTO FALSO. EL ARTÍCULO 246, FRACCIÓN VII, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL QUE TIPIFICA ESE DELITO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. Conforme a la garantía de exacta aplicación de la ley penal prevista en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *cualquier pena impuesta por la comisión de un delito debe estar incluida en la ley aplicable, y señalarse con precisión la descripción del tipo penal y la sanción que corresponda estrictamente al delito de que se trate*, a fin de que el inculpado no sea sancionado en virtud de semejanzas legales, por analogía ni por mayoría de razón. En congruencia con lo anterior, *el artículo 246, fracción VII, del Código Penal Federal, al tipificar el delito de uso de documento falso, que señala que también incurrirá en la pena prevista en el artículo 243 (referente al delito de falsificación de documentos) el que a sabiendas hiciere uso de un documento falso o de copia, transcripción o testimonio del mismo, sea público o privado, no viola la citada garantía constitucional en virtud de que no es un tipo abierto que pueda dar lugar a la aplicación analógica de normas*, ya que en él se detalla claramente la conducta considerada ilícita y, por tanto, el destinatario de la norma está en posibilidad de saber con precisión qué es lo que está prohibido. *Además, la inconstitucionalidad de un precepto no puede hacerse derivar de las locuciones en él utilizadas, ya que las leyes no son diccionarios*; aunado a que el referido tipo penal en sí mismo no conduce a confusión, toda vez que el hecho de que en él se haga referencia al verbo rector “uso” no implica imprecisión, pues dicha

<sup>12</sup> Extracto de la tesis aislada II.2o.P.97, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVIII, septiembre de 2003, Materia Penal, página 1444, con número de registro 183184.

conducta puede realizarse de varias maneras que el legislador no podría prever en lo individual, razón por la cual es al juzgador a quien, en ejercicio del arbitrio judicial con que está investido, corresponde determinar si el hecho concreto se adecua a la descripción legal.

En igual sentido opina el tratadista alemán Claus Roxin, al señalar que

[...] no toda redacción legal menos afortunada puede convertir sin más un precepto en inconstitucional [...]

### *B. Ley estricta*

Como consecuencia del principio anterior, la regla de ley penal estricta se dirige al juzgador, prohibiéndole extender el ámbito de un tipo penal o de una sanción más allá de la expresa mención legal; por lo cual le está vedado imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada exactamente aplicable al delito de que se trate.

### *C. Ley escrita*

Se trata de una exigencia formal, consistente en que la ley escrita es la única fuente para la creación de las normas penales. Entonces, se habla de la regla o garantía de reserva de la ley penal, pues como se afirma, la única fuente inmediata de conocimiento del derecho penal se reduce a la ley, en cuanto que el juzgador sólo debe considerar como punible una conducta si se encuentra prevista expresamente en la ley como tal.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en reconocer que por ley debe entenderse la disposición general, abstracta e impersonal, emanada del poder legislativo mediante el procedimiento para la creación de leyes establecido por el artículo 72, en relación con el 73 y 124 de la Constitución.

a) La costumbre o *ius non scriptum* (derecho no escrito)

Autores como el mexicano Malo Camacho,<sup>13</sup> el español Luis Jiménez de Asúa<sup>14</sup> y el colombiano Alfonso Reyes Echandía<sup>15</sup> distinguen tres clases o especies de costumbre: la *praeter legem* o *integradora*, la *contra legem* o *abrogadora* y la *secundum legem* o interpretativa.

Ahora bien, los autores citados coinciden en aceptar a la costumbre integradora como fuente indirecta o mediata de la ley penal, en lo relacionado con las causas de licitud o de justificación del delito; y rechazan la costumbre derogatoria, porque se opone al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, pues la ley es la única fuente de creación y derogación de las figuras delictiva.

b) La delegación legislativa

Debe considerarse como una ley penal formal y material la que emana del poder ejecutivo en uso de las facultades extraordinarias para legislar, establecida por los artículos 49 y 29 de la Constitución, es decir, sólo en ese caso el presidente de la República podrá crear una ley penal, porque ello es, en principio, facultad exclusiva del Congreso de la Unión, en términos del artículo 73, fracción XXI, de la propia norma constitucional.

Así lo sostuvo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la ejecutoria pronunciada el 27 de enero de 2005, al establecer:

[...] la aludida facultad de fijar los delitos y penas ha sido conferida exclusivamente al Poder Legislativo, teniendo carácter privatista, salvo el caso de facultades extraordinarias conforme a lo dispuesto en el artículo 29 constitucional, y fuera de ello

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>14</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito principios de Derecho penal*. Tercera edición, México-Buenos Aires: Hermes. 1959, pp. 85 y 86.

<sup>15</sup> Reyes Echandía, Alfonso, *Obras completas*, tomo I, Santa Fe de Bogotá-Colombia: Themis. 1998, pp. 50 a 52.

no puede ser válidamente delegada en el Poder Ejecutivo, pues de darse tal delegación ella estaría viciada de inconstitucional [...].<sup>16</sup>

### c) Los tratados internacionales

El maestro coahuilense Antonio Berchelman Arizpe<sup>17</sup> se plantea la interrogante de si los tratados internacionales son o no fuente de la ley penal, en cuanto derecho escrito, y concluye que no pueden considerarse como una ley en sentido formal, dado que no surgen mediante el procedimiento legislativo establecido constitucionalmente para la creación de una ley, pues en ésta intervienen las dos Cámaras del Congreso de la Unión, en tanto en los tratados únicamente la Cámara de Senadores, mediante la ratificación o aprobación de un acuerdo, convención o tratado, previamente celebrado por el presidente de la República, salvo que en dichas convenciones se establezcan límites a la potestad punitiva del Estado.

Por ello, —afirma el autor citado— en un tratado no pueden establecerse delitos o penas, o agravar las ya existentes; y sólo en el supuesto de que las figuras típicas se incorporen al ordenamiento jurídico, mediante el proceso legislativo propiamente dicho, se consideraran como derecho escrito; sin ser óbice para ello que los artículos 6° del Código Penal Federal y 51, fracción I, inciso a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, establezcan que se considerarán como delitos federales, entre otros supuestos, los previstos en los tratados internacionales; ni cuando en la ley penal se haga remisión expresa a los tratados internacionales para complementar una figura típica, como el 193 de la legislación punitiva federal, en la que se establece que se consideran narcóticos, las sustancias previstas en un tratado.

Sobre los tratados internacionales como fuente de la ley penal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció:

<sup>16</sup> La ejecutoria mencionada puede localizarse en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo: XXVII, febrero de 2008, página 130, núm. registro 20734

<sup>17</sup> Berchelman Arizpe, Antonio, *Op. cit.*, pp. 223 a 225.

[...] Del análisis relacionado de tales dispositivos legales (193 y 194 del Código Penal Federal) con el contenido del Convenio de Viena de mil novecientos ochenta y ocho, tiene que concluirse en los términos sostenidos por el Tribunal Colegiado de Circuito del conocimiento, pues de ello se obtiene que por disposición del propio Congreso de la Unión, para la integración del tipo penal de delito contra la salud en las diversas modalidades que ahí se describen, se autoriza se acuda a diversos ordenamientos jurídicos, como lo son la Ley General de Salud y el precitado Convenio, siendo perfectamente aplicables al particular los razonamientos que se contienen en el criterio sustentado por la Primera Sala de la anterior integración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 71, tomo 199-204, Segunda Parte, Séptima Época, del *Semanario Judicial de la Federación*, que a la letra dice: “SALUD, DELITO CONTRA LA. PSICOTRÓPICOS. METACUALONA. — La substancia llamada metacualona resulta ser objeto material de las diversas modalidades delictivas contra la salud, previstas en el artículo 197 del Código Penal Federal, ya que está considerada como psicotrópico sujeto a fiscalización y control de la lista número IV del Convenio sobre Substancias Psicotrópicas concertado en la ciudad de Viena el veintiuno de febrero de mil novecientos setenta y uno aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión con fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos setenta y dos, habida cuenta que el artículo 193 del Código Punitivo en cita prevé en forma categórica que se considerarán estupefacientes y psicotrópicos, entre otros, los que determinen los convenios o tratados internacionales que México haya celebrado, y por lo mismo se constituye en objeto material de las plurales conductas delictivas antes mencionadas, creándose así una norma de las que la doctrina llama normas o leyes penales en blanco, perfectamente válida desde el punto de vista constitucional, ya que el precepto al que se asocia la sanción penal llena su contenido total o parcialmente con normas que se hallan en otras instancias legislativas, como son los tratados internacionales, que tiene rango de ley conforme a lo preceptuado por el artículo 133 de la Constitución General de la República. Cabe señalar al respecto que por lo que se refiere a los listados de substancias hechos en la convención internacional ya citada, las normas relativas quedaron incorporadas automáticamente al derecho interno a virtud de lo antes dicho por la remisión expresa que a ellas hace el artículo 193 del Código Penal mencionado”

Resumiendo lo antes expuesto, se obtiene que acorde a lo dispuesto por el Constituyente en el artículo 133 de nuestra Constitución Federal, los Tratados Internacionales celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, tienen el carácter

de ley en el País, sin más condición para ello de que sean aprobados por el Senado y no sea contrarios al texto constitucional. Por otra parte, acorde a lo dispuesto por el Congreso de la Unión al legislar en materia penal, concretamente al expedir los artículos 193 y 195 del Código Penal Federal, es constitucionalmente válido acudir al contenido de dichos Tratados para complementar el tipo penal contra la salud que en ellos se describe en forma relacionada. Luego, si el Tratado en cuestión cobró vigencia en nuestro País el día cinco de septiembre de mil novecientos noventa en que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, es claro que a la fecha en que sucedieron los hechos ilícitos que se atribuyen al ahora recurrente, mes de abril de mil novecientos noventa y cinco, sí se encontraba tipificada la conducta que se le imputa [...] <sup>18</sup>

Consecuentemente, queda prohibido para el juzgador acudir a la doctrina, la costumbre, los principios generales del derecho o la jurisprudencia, para considerar como delito determinada conducta, es decir, para integrar una norma penal; sin embargo, el juez puede valerse de ellos para interpretar las normas penales, pues así lo permiten los artículos 72, apartado F, y 94, párrafo octavo, constitucionales.

Nos ocuparemos de cada uno de ellos, al estudiar la interpretación de la ley penal.

#### d) La ley escrita y los tipos penales en blanco

Cabe señalar que en opinión del autor coahuilense Antonio Berchelmann Arizpe, la problemática que representan los tipos penales en blanco se relaciona más con la garantía de ley penal escrita, dado que el contenido del tipo penal está incompleto, pero es posible complementarlos con otra norma a la cual el mismo tipo reenvía.

Así las cosas, en la ejecutoria pronunciada el 9 de enero de 2008, mediante la cual se resolvió el amparo directo en revisión 1058/2007, en el que se cuestionó y declaró la inconstitucionalidad del artículo 171, fracción I, del Código Penal Federal, que establece el delito de conducción de vehículo en estado indebido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Na-

<sup>18</sup> Véase <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/98029220.010.doc>

ción<sup>19</sup> consideró, en relación el principio de reserva de la ley penal y los tipos penales en blanco, lo siguiente:

[...] Los denominados “tipos penales en blanco” son supuestos hipotéticos en los que la conducta que se califica como delictiva está precisada en términos abstractos, pues se requiere de un complemento para quedar plenamente integrada. Así, *podría hablarse en sentido impropio de una norma penal en blanco* en aquéllos casos en donde se requiera la declaratoria de otra ley para tener como ilícita la conducta reglada en el dispositivo penal, toda vez que el supuesto de hecho no aparece descrito en su totalidad, debiendo acudir, para su complemento, a otra norma o conjunto de ellas de naturaleza extrapenal.

En este sentido, si bien la ley especifica la penalidad aplicable y describe en términos abstractos la figura típica de la infracción, ésta realmente se integra con un elemento que es determinado *a posteriori* mediante la aplicación de otra norma.

Ordinariamente, la disposición complementaria se encuentra comprendida dentro de las normas que integran el mismo ordenamiento legal o en sus leyes conexas, pero que de cualquier manera han sido dictadas por el Congreso de la Unión, con apoyo en las facultades expresamente concedidas a dicho cuerpo legislativo en la fracción XVI del artículo 73 constitucional, pues como se ha dicho, la función legislativa en materia penal ha sido reservada constitucionalmente al Poder Legislativo.

...

(Entonces), el problema de constitucionalidad de las denominadas “leyes penales en blanco” (propias) no se plantea cuando la norma penal remite a una ley extrapenal en sentido formal y material, sino únicamente cuando se reenvía a otra norma que no tiene carácter de ley en sentido formal, dando así entrada en la descripción típica a regulaciones de procedencia reglamentaria o hasta meramente administrativa y, en consecuencia, a una participación del Poder Ejecutivo en la configuración de las conductas prohibidas.

...

Por lo tanto, en respeto al principio de reserva de ley, es indispensable que tanto la conducta como la sanción se encuentren descritas en una ley en sentido formal y material, producto de la discusión de una asamblea democrática, por las razones que han quedado expresadas con antelación.

<sup>19</sup> Véase <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/07010580.002.doc>

...

Por lo expuesto con anterioridad, si las normas penales en blanco remiten para la integración de la conducta punible a un reglamento, es indudable que el Poder Ejecutivo obtiene una delegación proscrita por los principios constitucionales, toda vez que se avoca a integrar los elementos esenciales del tipo penal, que inciden en la determinación de los supuestos de hecho que integran al ilícito penal, todo ello en contravención, como ya se dijo, a los artículos 14 y 73, fracción XXI, de la Constitución Federal [...]

#### d) Ley previa

El principio de ley penal previa significa que al momento de que la conducta se realice debe existir ya una ley que prevea esa acción u omisión como delito y establezca la pena aplicable, es decir, toda conducta delictiva debe juzgarse conforme a la ley vigente al momento en que aquélla se realizó. Entonces, esta garantía se relaciona con el límite temporal de aplicación de la ley penal, particularmente, con la garantía de irretroactividad, que en se estudiará en el punto siguiente.

## II. Reglas de interpretación de las normas penales derivadas del principio de legalidad en los delitos y en las penas

### 1. *Concepto de interpretación de la ley*

Antes de analizar las reglas de interpretación de la ley penal, se debe precisar que en la ejecutoria pronunciada el 13 de junio de 2007, mediante la cual se resolvió la contradicción de tesis 40/2007, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que interpretar significa:

[...] explicar, esclarecer y, por ende, descifrar el sentido de alguna cosa. Interpretar una ley es revelar el sentido que ésta encierra, ya sea atendiendo a la voluntad del legislador, al sentido lingüístico de las palabras que utiliza, o bien, al sentido lógico objetivo de la ley como expresión del derecho, cuando se considera que el texto legal tiene una significación propia e independiente de la voluntad real o presunta

de sus autores. Es decir, interpretar la ley es desentrañar y explicar el contenido de la norma, determinando su sentido y alcance con base en un análisis gramatical, histórico, lógico o sistemático [...] <sup>20</sup>

## 2. Necesidad de interpretar la ley penal

En ese entorno, al decir del profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Coahuila, Antonio Berchermann Arizpe <sup>21</sup>, el estudio del principio de legalidad y sus diferentes especies y manifestaciones lleva de la mano el problema de saber si se permite o no la interpretación de la ley penal, y en su caso, cuáles son los límites de esa interpretación o en qué medida es permisible la interpretación de la ley penal.

En tal tesitura, es indudable que la ley penal escrita en muchos de los casos debe ser interpretada, dado que es producto del idioma y del lenguaje; por lo cual, las palabras y conceptos que el legislador utiliza en la descripción de las disposiciones legales admiten en mayor o menor grado diversos significados; por ello, se debe descartar la idea mecanicista del juzgador, según la cual dicho funcionario no es más que la boca que pronuncia las palabras de la ley.

El profesor ibérico Luis Jiménez de Asúa coincide con lo anterior, al señalar que [...] *es forzoso aceptar la interpretación de las leyes y proclamar que todas ha de serlo, no solo las oscuras.* <sup>22</sup>

En ese sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria pronunciada el 10 noviembre de 2004, mediante la cual resolvió la contradicción de tesis 55/2004, consideró:

[...] Si bien el artículo 14 constitucional prohíbe imponer pena por simple analogía y aun por mayoría de razón, esto no quiere decir que las leyes penales no admitan interpretación y que deban aplicarse según su significado literal, que puede ser

<sup>20</sup> Véase <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/0700040P.S04.doc>

<sup>21</sup> *Op. cit.*, p. 247.

<sup>22</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley y el delito. Principios de Derecho penal*. Tercera edición, México-Buenos Aires: Hermes, p. 101.

antijurídico, o bien, conducir al absurdo; la prohibición del citado artículo constitucional debe entenderse en el sentido natural y razonable, haciendo uso de los diversos procedimientos de dialéctica jurídica, tales como la historia, los trabajos preparatorios, el fin de la ley, la concordancia de los textos, etcétera; por lo que la interpretación que judicialmente se haga de la ley debe centrarse en desentrañar su sentido y fijar su aplicación, esto es, a partir del texto de la norma el juzgador explicar su sentido; así, establecida una norma por el legislador es obligación fundamental de los Jueces aplicarla, tal aplicación exige su previa interpretación para determinar si el caso concreto que se examina debe o no incluirse en ella, explicando las palabras que parezcan ambiguas, equívocas o dudosas, sin variar ni revocar la fuerza ni el sentido.[...] <sup>23</sup>

Con ello, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reiteró lo que anteriormente sostuvo, consistente en que el principio de legalidad establecido en el artículo 14 constitucional de modo alguno prohíbe la interpretación de la ley penal; por lo contrario

[...] del análisis de lo dispuesto por los artículos 94, párrafo séptimo (así) y 72, inciso f), de la Carta Magna, se advierte el reconocimiento, por parte de nuestro sistema jurídico, de la necesidad de que existan métodos de interpretación jurídica que, con motivo de las imprecisiones y oscuridades que puedan afectar a las disposiciones legales, establezcan su sentido y alcance [...] <sup>24</sup>

Es decir, el principio de taxatividad o certeza de la ley penal

[...] no excluye la labor del juzgador de interpretar la norma que va a aplicar, dicho de otra manera, para poder aplicar la ley penal el juzgador primero debe interpretarla,

<sup>23</sup> Ejecutoria visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, tomo: XXI, marzo de 2005, página 48, núm. registro 18705.

<sup>24</sup> El extracto transcrito aparece en las jurisprudencias 83/2004 y 92/2005, consultables en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomos XX, octubre de 2004, y XII, agosto de 2005, páginas 170 y 310, respectivamente.

es decir, determinar su significado con auxilio de los diversos métodos de interpretación del derecho...<sup>25</sup>

Esto es

[...] no significa que la interpretación deba ser puramente gramatical, pues la significación de las palabras que el legislador utiliza no se agota en su sentido lingüístico. Incluso el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se ha pronunciado por el reconocimiento por parte de nuestro sistema jurídico, de la necesidad de que existan métodos de interpretación jurídica que conduzcan a establecer el sentido y alcance de las disposiciones legales que puedan ser imprecisas u oscuras, sin condicionar su validez al hecho de que sean claras en su redacción y en los términos que emplean [...]<sup>26</sup>

Por ello, como bien lo señala el autor germano Claus Roxin, para que la interpretación de la ley sea acorde con el principio de legalidad en los delitos y en las penas se debe partir

[...] de la base de que el legislador crea con el tenor literal de un precepto un marco de regulación que es rellenado y concretado por el juez. A ese respecto el marco (legal) es delimitado por el sentido literal posible en el lenguaje corriente del texto de la ley, mientras que el juez efectúa dentro de ese marco la interpretación, considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático-legal, y según el fin de la ley (interpretación teleológica). Por lo demás, según el fin de la ley la interpretación puede ser tanto restrictiva como extensiva. Por el contrario, una aplicación del Derecho al margen del marco de la regulación legal (*praeter legem*), o sea una interpretación que ya no esté cubierta

<sup>25</sup> Extracto del criterio aislado 1a. LXXXIII/2002, que aparece publicado *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XVI, diciembre de 2002, página 230, identificada con el rubro: "SALUD, DELITO CONTRA LA. EN SU MODALIDAD DE POSESIÓN DE NARCÓTICO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 195, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. NO VIOLA LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY".

<sup>26</sup> Ejecutoria que resolvió la contradicción de tesis 25/2001, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo: XVI, agosto de 2002. página 87, núm. registro 17167.

por el sentido literal posible de un precepto penal, constituye una analogía fundamentadora de la pena y por tanto es inadmisibile [...] <sup>27</sup>

En igual sentido se pronuncia el español Luis Jiménez de Asúa al precisar

[...] El hecho de que aplicar la ley supone interpretarla, ya que al hacer el cotejo de su contenido con el hecho real se precisa un proceso de subsunción al que atribuyen los órganos interpretativos —a veces el legislador, con eficacia obligatoria, el científico y siempre el juez— con medios literales o teleológicos y con resultados declarativos, restrictivos, extensivos o progresivos [...] <sup>28</sup>

Con base en lo hasta aquí expuesto, se puede concluir que la ley penal debe interpretarse, y quienes pueden desentrañar su significado son el legislador, el estudioso del derecho y el juzgador. En el primer caso se habla de una interpretación auténtica, <sup>29</sup> que resulta obligatoria. En el segundo se trata de una interpretación doctrinal; <sup>30</sup> y la última se llama interpretación judicial, que en el caso de nuestro orden jurídico, es obligatoria para los órganos jurisdiccionales, en el supuesto de que constituya jurisprudencia.

### 3. Métodos, técnicas o clases de interpretación de la ley

Entonces, dilucidada la indispensable necesidad de interpretar la ley penal y quiénes pueden interpretarla, debe tomarse en cuenta la aclaración que hace el profesor chileno Álvaro Búster, consistente en que

<sup>27</sup> *Op. cit.*, pp. 148 y 149.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, p. 101.

<sup>29</sup> Ej. En los delitos contra la salud en sus modalidades de producir (manufacturar, fabricar, elaborar, preparar o acondicionar algún narcótico) y comerciar (vender, comprar, adquirir o enajenar algún narcótico), artículo 194, fracción I, párrafo segundo, del Código Penal Federal.

<sup>30</sup> Respecto a la interpretación doctrinal, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció el siguiente criterio: DOCTRINA. PUEDE ACUDIRSE A ELLA COMO ELEMENTO DE ANÁLISIS Y APOYO EN LA FORMULACIÓN DE SENTENCIAS, CON LA CONDICIÓN DE ATENDER, OBJETIVA Y RACIONALMENTE, A SUS ARGUMENTACIONES JURÍDICAS.

[...] No existe una teoría de la interpretación jurídica válida sólo para la ley penal. Esta, como ley que es, es parte del material jurídico a cuyo respecto se ha elaborado aquella teoría, y le son, por tanto, aplicables en general sus conclusiones. Tales conclusiones valdrían para ella íntegramente si la ley penal no tuviera en su base el inamovible principio de jerarquía constitucional que suele expresarse con el apotegma latino *nullum crimen nulla poena sine lege* [...].<sup>31</sup>

Así las cosas, el italiano Riccardo Guastini<sup>32</sup> afirma que existen dos tipos, métodos o técnicas fundamentales de interpretación: la literal y la correctora.

### A. Interpretación literal, lingüística, gramatical o filológica

El tratadista consultado precisa que

[...] Por literal... puede entenderse, grosso modo, la interpretación que atribuye a una disposición su significado “literal”, es decir, el más inmediato, —el significado *prima facie*, como suele decirse— que se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas. [...].<sup>33</sup>

Ahora bien, la interpretación también llamada lingüística, gramatical o filológica se vale de dos argumentos para su justificación: el argumento semántico o del lenguaje común y el argumento *a contrario*. En el primer argumento se apela al significado común de las palabras y a las reglas gramaticales de la lengua usualmente aceptadas.

Sobre este método, el Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito estableció la siguiente jurisprudencia:

<sup>31</sup> Bunster, Álvaro. En *Diccionario Jurídico Mexicano I-O* (voz INTERPRETACIÓN PENAL). Décimotercera edición, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Porrúa, p. 1799.

<sup>32</sup> Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Tr. Marina Gascón y Miguel Carbonell. Primera edición, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1999, p. 26.

<sup>33</sup> *Ídem*.

DESPOJO. LA RESOLUCIÓN QUE TIENE POR ACREDITADO EL CUERPO DEL DELITO CONSIDERANDO COMO UNA SOLA CONDUCTA LAS DIVERSAS HIPÓTESIS PREVISTAS EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUINTANA ROO, VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD, SEGURIDAD JURÍDICA Y DEBIDA FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN ESTABLECIDAS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El artículo 158, fracción I, del Código Penal para el Estado de Quintana Roo, establece que comete el delito de despojo el que sin el consentimiento de quien tuviere derecho a otorgarlo o engañando a éste, ocupe un inmueble ajeno o haga uso de él o de un derecho real que no le pertenezca, o impida materialmente el disfrute de uno u otro. Ahora bien, de la simple interpretación gramatical del invocado precepto, es claro que se refiere a diversas hipótesis delictivas, pues es sabido que por regla gramatical, la letra “o” y la diversa “u” que la sustituye, es disyuntiva y no copulativa o conjuntiva, como lo sería la letra “y”; en consecuencia, no pueden coexistir con los mismos hechos, dado que unas excluyen a las otras, ya que de lo contrario, se estaría recalificando la conducta. De ahí que si la autoridad responsable, para tener por acreditado el cuerpo del delito de despojo, previsto en la fracción I del precepto legal ya citado, consideró tales conductas como una sola, es clara la inexacta aplicación de la ley y evidente la violación de las garantías de legalidad, seguridad jurídica y debida fundamentación y motivación establecidas en los artículos 14 y 16 constitucionales en perjuicio del inculpado.<sup>34</sup>

En tanto que

[...] el argumento *a contrario* se basa en la presunción de que si el legislador ha regulado expresamente una hipótesis, entonces esa regulación se refiere a esa hipótesis y sólo a ella [...]<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Tesis XXVII. J/6, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXII, agosto de 2005, página: 1613, núm. registro 177623.

<sup>35</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, citado por Ema Meza Fonseca, “Argumentación e Interpretación Jurídica”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 22, página 110. En línea [http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/22/22\\_6.pdf](http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/22/22_6.pdf)

Por último, el argumento *a contrario* posee las notas distintivas siguientes:

[...] a) el argumento *a contrario* es considerado un instrumento de la interpretación lingüística o literal, ya que la actividad interpretativa no se sale fuera del texto a interpretar, además de que supone un respeto de la letra que hace tener a ésta como única guía para la interpretación; b) el argumento *a contrario* sirve para motivar o proponer la denominada interpretación restrictiva, que es la que limita los significados posibles de un texto, de tal modo que no todos los sugeridos por la letra del documento o por otros datos extratextuales son adoptados; c) el argumento *a contrario* impone como condición para su utilización el silencio de la ley, por lo que hay que distinguir, para poder utilizar este argumento, dos hipótesis distintas: la expresamente regulada por el legislador y la otra segunda no mencionada por el legislador. Por medio del argumento *a contrario* se entiende que el legislador no ha querido extender esa regulación a la hipótesis no expresamente recogida en el texto; y d) el argumento *a contrario* se basa como muchos otros en la presunta voluntad del legislador pretendiendo dedicar la voluntad del legislador a partir de sus palabras. A partir de lo redactado por el legislador para una especie concreta, se deduce que su voluntad ha sido excluir de esa regulación otra serie de supuestos del mismo género que *prima facie* hubieran podido considerarse allí incluidos. [...] <sup>36</sup>

## B. Interpretación correctora

La interpretación correctora es aquella que le atribuye al texto normativo un significado distinto al literal, que puede ser más restringido o más amplio que el sentido literal.

Ahora bien, para justificar la interpretación correctora se pueden utilizar los siguientes argumentos:

*El argumento teleológico o psicológico* toma en cuenta la voluntad, intención y los objetivos del legislador, es decir, la *ratio legis*. Ahora bien, aquí la intención del legislador se puede identificar con la voluntad *legislatoris*, esto es, con la voluntad de las personas que concreta y activamente participaron en la redacción y aprobación de la ley (argumento psicológico), para lo cual se deben considerar los trabajos preparatorios parlamentarios; así como

<sup>36</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, citado por Ema Meza Fonseca. *Op. cit.*, p. 100.

los motivos expuestos para la creación del texto normativo; además, la intención del legislador puede coincidir con la voluntad legis, es decir, voluntad de la ley (argumento teleológico), y para descubrir la razón de la ley, debe tomarse en cuenta el fin concreto de la ley, el fin general de la materia o institución regulada, el fin genérico del Derecho o el fin de la sociedad donde el precepto va a aplicarse.

No obstante las dos variantes argumentativas mencionadas en el párrafo anterior, la penalista mexicana Ema Meza Fonseca, precisa que “[...] es extremadamente difícil determinar cuándo se está en presencia de una argumentación teleológica o de una argumentación psicológica, pues cómo desvincular la voluntad del legislador de la finalidad para la creación de la norma, sobre todo cuando hay quienes niegan la existencia de una voluntad del legislador contra los que afirman su existencia [...]”.<sup>37</sup>

*El argumento apagógico o reductio ad absurdum.* Si un texto normativo tiene diversas interpretaciones posibles, mediante el argumento de reducción al absurdo se excluye alguna o algunas de esas interpretaciones posibles, por los resultados absurdos o irracionales a los que su aplicación pudiera llevarnos.

La fuerza del argumento interpretativo apagógico se sustenta en la coherencia del sistema jurídico que se interpreta, porque se parte de la premisa de que el legislador racional no se contradice, por lo que una interpretación no puede destruir esa racionalidad; además, se fundamenta en el principio de eficacia, según el cual, el legislador no dice nada inútil; por lo tanto, no se puede interpretar el texto de la ley de tal manera que se destruya su eficacia.

### C. La interpretación sistemática

El orden jurídico constituye una unidad coherente de normas jurídicas, esto es, un sistema normativo; por lo cual, para entender o desentrañar el significado de una determinada disposición legal, se debe considerar la ubicación contextual que dicho precepto tiene en el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, se vale de cinco formas argumentativas distintas: el argumento *a rubrica*; el topográfico o *sede materiae*; el de *cohaerentia*; el de constancia terminológica o sistemático en estricto sentido y el de no redundancia.

<sup>37</sup> Meza Fonseca, Ema. *Op. cit.*, p. 101.

*Los argumentos interpretativos sedes materiae y a rubrica.* Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, señala:

[...] El argumento *sedes materiae*, en primer lugar, sería aquél por medio del cual la atribución o justificación del significado de un enunciado se realiza a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte, ya que se piensa que la localización topográfica proporciona información sobre su contenido por ser fruto de un plan del legislador y, por tanto, manifiesta su voluntad...

El argumento *a rubrica*, por su parte, sería aquél por medio del cual la atribución de significado se realiza a partir del título o rúbrica que encabeza el grupo de artículos en el que encuentra ubicado el enunciado, ya que se piensa que los títulos proporcionan información sobre el contenido regulado bajo los mismos, por no ser casuales, sino fruto de un plan del legislador y, por tanto, manifiestan su voluntad.

Ambos argumentos están muy próximos, obtienen ambos su justificación en la imagen de un legislador racional ordenado y planificador en su técnica legislativa... los argumentos *sedes materiae* y *a rubrica* por sí mismos poseen una fuerza persuasiva débil y ceden frecuentemente frente a otros argumentos interpretativos, por lo que su carácter es básicamente auxiliar, siendo conveniente que vayan acompañados de otros instrumentos interpretativos, es decir, formando parte de un razonamiento [...].<sup>38</sup>

*El argumento interpretativo de constancia terminológica o sistemático* en sentido estricto. Mediante este argumento se pretende justificar el significado atribuido a una disposición legal, con base en el contexto normativo en el que ésta se encuentra. Entonces, al decir de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas:

el nudo central de la interpretación sistemática está en la determinación del contexto de la disposición objeto de interpretación que se va a considerar relevante para la atribución de significado [...].<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*. México: Coordinación de Documentación y Apoyo Técnico del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 2006, p. 115. Véase [http://www.trife.gob.mx/documentacion/publicaciones/Libros/argumentacion\\_int.pdf](http://www.trife.gob.mx/documentacion/publicaciones/Libros/argumentacion_int.pdf)

<sup>39</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *Op. cit.*, p. 119.

*El argumento interpretativo a coherencia.* Se parte de la idea de que el orden jurídico constituye un sistema coherente, perfectamente ordenado, por lo cual, las antinomias normativas resultan inexistentes; de ahí que, con base en el principio de conservación de las normas, mediante el argumento *a coherencia* se conservan los enunciados normativos que a primera impresión parecían incompatibles.

*El argumento interpretativo de no redundancia o económico.* Para el autor G. Tarello, este argumento es aquel

por el que se excluye la atribución a un enunciado normativo de un significado que ya ha sido atribuido a otro enunciado normativo preexistente al primero o jerárquicamente superior al primero o más general que el primero; debido a que aquella atribución de significado no fuera excluida, nos encontraríamos frente a un enunciado normativo superfluo [...] <sup>40</sup>

#### D. La interpretación adecuadora o conforme

Constituye una especie de interpretación sistemática de gran trascendencia, dado que mediante dicha interpretación, el significado de una disposición se adecua o se adapta al significado previamente establecido por otras disposiciones de rango superior, particularmente la Constitución.

Es decir, este tipo de interpretación postula que una ley no debe ser declarada inconstitucional y nula cuando por lo menos algunas de sus acepciones puedan ser interpretadas en concordancia con la Constitución.

Cabe señalar que el 20 de octubre de 2008 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad 145/2007, en la que se denunció la inconstitucionalidad del artículo 77 de la Ley Federal de Sanidad, por ser contrario al artículo 22, párrafo primero, de la Constitución, al prever como sanción para las conductas ahí descritas una multa fija, consideró:

<sup>40</sup> G. Tarello: “Teoria dell’interpretazione della legge”, 393; y “L’interpretazione della legge”, p. 371, citado por Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *La argumentación en la justicia constitucional...* p. 230. Puede consultarse en la página de internet <http://www.trife.gob.mx/documentacion/publicaciones/Libros/argumentacion.pdf>

[...] al realizar el análisis de constitucionalidad de disposiciones generales es factible acudir a la interpretación conforme, buscando preservar las normas de tal forma que cuando respecto de ellas puedan haber varias interpretaciones debe elegirse la que resulte acorde con el texto fundamental [...] <sup>41</sup>

### E. La interpretación histórica tradicional y la interpretación evolutiva o progresiva

Se llama “histórica” a la interpretación que adscribe a una disposición uno de los significados que se le atribuyeron en la época en que fue creada.

Se llama “evolutiva” a la interpretación que adscribe a una disposición un significado nuevo y diferente a su significado histórico. <sup>42</sup>

Entonces, la interpretación histórica tradicional toma en cuenta el derecho como un orden estático, inamovible, que solo puede cambiarse mediante el proceso de integración del derecho, por lo cual utiliza el argumento interpretativo psicológico o teleológico; en cambio, la interpretación evolutiva o progresiva, se basa principalmente en la naturaleza de las cosas, por lo mismo, el juzgador debe tener presente las transformaciones sociales, científicas y jurídicas, pues la ley vive y se desarrolla en ambientes cambiantes y evolutivos, por lo que debe adaptarse a las nuevas necesidades del momento en el que se aplica.

### F. La interpretación declarativa, restrictiva y extensiva

A excepción de la interpretación literal, los restantes métodos, técnicas o clases de interpretación, pueden tener como resultado una interpretación declarativa, restrictiva <sup>43</sup> o extensiva. Ahora bien, al decir del autor argentino Carlos Creus:

<sup>41</sup> Extracto de la ejecutoria visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Novena Época, tomo XXVIII, diciembre de 2008, página 612, núm. registro 21256.

<sup>42</sup> Guastini, Riccardo. *Op. cit.*, p. 50.

<sup>43</sup> La interpretación restrictiva de la ley penal tiene su origen en la doctrina del Derecho Común anglosajón conocida como *rule of lenity*. Esta doctrina surgió durante el siglo XVIII como respuesta judicial a la proliferación irracional de delitos que aparejaban pena de muerte. Los jueces adoptaron la regla de interpretación restrictiva para limitar la aplicación excesiva de la pena de

La primera se daría cuando de la investigación de los ‘contenidos’ de la ley se infiere que su sentido se encuentra literalmente expresado en la fórmula legal: ‘La ley dice exactamente lo que ha querido decir’. La restrictiva se impondría cuando la investigación del ‘contenido’ demostrase que hipótesis aparentemente comprendidas en la literalidad de la fórmula, tienen que ser excluidas de la reglamentación por no coincidir con su sentido, es decir por no responder a su finalidad: ‘La ley dice más de lo que ha querido decir’... la extensiva estaría justificada cuando la investigación del ‘contenido’ demostrase que su literalidad no regula taxativamente hipótesis que implícitamente quedan comprendidas en ella: ‘La ley dice menos de lo que ha querido decir’.<sup>44</sup>

Precisado el alcance del principio de legalidad en materia penal; así como que dicho principio no excluye la labor interpretativa del juzgador respecto a las normas penales, y establecidas los diversos métodos o técnicas de interpretación, se deben establecer los alcances y límites para interpretación de la legislación penal.

En ese contexto, para Susana Huerta Tocildo:

Con el mandato de predeterminación normativa de los tipos de injusto y de las penas con que se amenaza su realización se asegura, por otra parte, a los ciudadanos que la interpretación y aplicación de las normas penales por parte de jueces y tribunales no va a traspasar, en ningún caso, la barrera infranqueable de la «letra de la ley», evitándose así toda tentación de creación jurisprudencial de delitos y penas, así como el consiguiente riesgo de arbitrariedad o de lesión del principio de igualdad ante la Ley. De ahí que la exigencia de tipicidad, claramente inspirada, como la reserva de ley, en el principio de división de poderes, esté principalmente dirigida a someter a los jueces al imperio de la norma escrita, impidiéndoles ir más allá de lo que en ella se prevé [...]»<sup>45</sup>

---

muerte. La razón de ser del *rule of lenity* no existe al día de hoy. No se le puede considerar como requisito constitucional. La legislación penal moderna ha optado por descartarla los comentaristas también consideran que ya no tiene sentido interpretar obligatoriamente la ley penal de manera restrictiva. [Ernesto L. y Luis Ernesto Chiesa Alponente. Heinonline – 73 Rev. Jur. U.P.R. 701 2004. <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1335&context=lawfaculty>]

<sup>44</sup> Creus, Carlos. *Op. cit.*, p. 116.

<sup>45</sup> Huerta Tocildo, Susana. “El derecho fundamental a la legalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, núm. 39, septiembre-diciembre 1993. p. 104. Puede consultarse

#### 4. Límites en la interpretación y aplicación de las leyes penales

Así las cosas, se puede concluir que en la interpretación y aplicación de las leyes penales, se establecen los siguientes límites:

- Se prohíbe la creación o integración por analogía y aun por mayoría de razón de la ley penal.

Con base en lo señalado por la tratadista española citada, se debe establecer como primera regla para la interpretación de la ley penal, la prohibición establecida en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En efecto, el artículo 14, párrafo tercero, constitucional establece de manera expresa la imposibilidad de aplicar pena alguna que no esté decretada exactamente en la ley, por simple analogía; ni aun por mayoría de razón.

##### A. La analogía

Antes de entrar en detalles, conviene precisar que para entender cabalmente la prohibición constitucional establecida en el artículo citado, primero estableceré qué es la analogía o la creación analógica de la ley, y su distinción con la interpretación analógica y con la interpretación extensiva.

Por ello, para el autor mexicano Francisco Pavón Vasconcelos, la analogía

[...] es un procedimiento de integración de la ley. Desde punto de vista estrictamente lógico es un razonamiento “de lo particular a lo particular análogo o de lo singular a lo singular análogo” y busca la afinidad entre un hecho cualquiera y otro semejante [...]”<sup>46</sup>

De ahí que el filósofo mexicano Eduardo García Máynez afirmara que

---

en la página de internet [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_039\\_081.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_039_081.pdf)

<sup>46</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco. *Diccionario de Derecho Penal (Analítico-sistemático)*. (voz ANALOGÍA). Primera edición, México: Porrúa, 1997, p. 79.

[...] no debe hablarse de aplicación analógica de un precepto a un caso no previsto, sino la creación o formulación analógica de una norma nueva, cuya disposición es idéntica a la de aquél precepto, pero cuyos supuestos sólo son semejantes [...]<sup>47</sup>

En igual sentido opina el profesor genovés Riccardo Guastini, al señalar, después de establecer la estructura del argumento analógico, que éste

[...] es un argumento “productor” de derecho que se usa para fundamentar no ya una decisión interpretativa (es decir, una decisión acerca del significado de una determinada disposición), sino más bien la creación jurisprudencial de una norma nueva... una norma que no constituye el significado de ninguna disposición preexistente [...]<sup>48</sup>

Entonces, en mi concepto, la analogía es un procedimiento que, mediante el empleo del argumento de semejanza (*a simile o a pari*), se justifica la atribución de las consecuencias jurídicas establecidas en una norma a un supuesto de hecho no contemplado (imprevisto) por ella, pero semejante al supuesto de hecho previsto por dicha norma.

Ahora bien, en la interpretación analógica de la ley, al igual que en la analogía, se utiliza el argumento de semejanza (*a simile o a pari*); sin embargo, a diferencia de la analogía, en la interpretación por analogía, se parte de la base de que el legislador crea un marco de regulación que está delimitado por el sentido literal posible del texto de la ley penal, que el argumento *a pari* o *a simile* no debe sobrepasar. Entonces, de acuerdo con el autor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni:

[...] Cuando aplicando el argumento *a simile*, entendemos que la norma tiene cierto alcance, pero sin traspasar el límite que nos da la letra misma de la ley, estamos interpretando (por analogía), pero cuando pasamos ese límite, estamos integrando (por analogía) la ley [...]<sup>49</sup>

<sup>47</sup> García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Vigésimoquinta edición. México: Porrúa, 1975, p. 369.

<sup>48</sup> *Op. cit.*, p. 58.

<sup>49</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, primera edición. México: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989, p. 304.

Por otra parte, al decir de Susana Hurtado Tocildo:

[...] mientras que la analogía consiste en la estimación de un comportamiento como delito o en la imposición de una pena cuando, no habiendo sido recogidos en tales conceptos por la Ley, ésta prevé en cambio, como delito o como pena, supuestos análogos a aquéllos, la interpretación extensiva supone, por el contrario, la existencia de un tipo penal completo, integrado por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica que, al venir redactado en términos equívocos, se amplía más allá de lo permitido por la *ratio legis*. Mas, en cualquier caso, lo cierto es que ambas operaciones conducen a idénticos resultados en tanto en cuanto (así) una y otra suponen la consideración como punibles de conductas no contempladas como tales por la Ley [...] <sup>50</sup>

Estoy de acuerdo con la tratadista española en cuanto a que en la analogía no existe disposición alguna para regular el supuesto de hecho que se juzga; en cambio, en la interpretación extensiva sí se parte de un supuesto jurídico, que por su defectuosa redacción es necesario desentrañar la voluntad de la ley o del legislador; por lo cual, y en esto es en lo que disiento con la opinión de Huerta Tocildo, en la interpretación extensiva, a diferencia de la analogía, no necesariamente implica que se consideren como punibles conductas no contempladas como tales por la ley, pues de ser así, es decir, si se rebasa el sentido literal posible del enunciado normativo; entonces no podría hablarse de interpretación extensiva, sino de integración o creación de una norma inexistente en el ordenamiento jurídico, mediante cualquier argumento distinto al de semejanza. “En otras palabras la interpretación extensiva se hace dentro de la norma, la analogía por fuera de ella”. <sup>51</sup>

En tal tesitura, se puede diferenciar también la interpretación por analogía de la interpretación extensiva, dado que si bien en ambas existe una disposición legal que debe interpretarse, la interpretación analógica es el resultado de la utilización del argumento de semejanza, en tanto que la extensiva resulta del empleo de cualquier otro argumento interpretativo.

<sup>50</sup> Huerta Tocildo, Susana. *El Derecho fundamental a la legalidad*. p. 105. En línea [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_039\\_081.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_039_081.pdf)

<sup>51</sup> Reyes Echendía, Alfonso. *Op. cit.*, p. 58.

## B. El principio de mayor razón, más fuerte o a fortiori

En otro contexto, el artículo 14 constitucional también prohíbe la aplicación de la ley penal con base en el principio de mayor razón.

Para J. Castán Tobeñas el argumento *a fortiori*, de razón mayor o más fuerte, se sustenta en que

[...] los motivos que hayan inspirado determinada disposición legal se den más evidente y palpablemente que en la hipótesis aludida por el legislador, en aquella otra que el legislador no previó... (y tiene dos variedades: *a maiori ad minus* (argumento de mayor a menor), que se aplica a leyes permisivas y se resume en 'si la ley autoriza lo más, implícitamente permite lo menos'; y *a minori ad maius* (argumento de menor a mayor), que se aplica a las leyes prohibitivas y se resume en 'si la ley prohíbe lo menos, con mayor razón prohíbe lo más' [...])<sup>52</sup>

Entonces, como bien lo hace notar Riccardo Guastini, al igual que en la analogía, en el principio de mayoría de razón

[...] el resultado de la argumentación no es tanto la interpretación de una disposición preexistente... cuanto la formulación de una nueva norma... Por consiguiente, también puede decirse que el argumento *a fortiori* es no ya un argumento 'interpretativo' (de disposiciones preexistentes), sino un más bien un argumento 'productor' (de derecho nuevo).<sup>53</sup>

Para concluir con el estudio de la interpretación de la ley penal, basta decir que en relación con la prohibición establecida en el artículo 14 constitucional, se pueden establecer las siguientes reglas:

<sup>52</sup> Castan Tobeñas, J., *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, 1947. p. 262. Citado por Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas. *La argumentación en la justicia constitucional*. p. 140. Puede consultarse en <http://www.trife.gob.mx/documentacion/publicaciones/Libros/argumentacion.pdf>

<sup>53</sup> Guastini, Riccardo. *Op. cit.*, p. 38.

- a) La interpretación de la ley penal debe hacerse a partir de su sentido literal posible.
- b) La ley penal no necesariamente debe interpretarse de manera restrictiva.
- c) Se prohíbe la analogía *in malam partem*, esto es, el procedimiento analógico mediante el cual se crean figuras típicas y penalidades no previstas en la ley penal.
- d) Se permite la analogía *in bonam partem*, es decir, aquel procedimiento mediante el cual se pretende favorecer al inculpado, con la integración de alguna causa de justificación, de inculpabilidad, exclusión de la pena o su atenuación, no previstas en la ley penal.
- e) Se permite la interpretación extensiva de la ley penal.
- f) Se permite la interpretación analógica, mediante la aplicación de “las cláusulas legales de analogía”.

Ahora bien, para el maestro Antonio Berchelmann Arizpe las cláusulas legales de analogía:

[...] se dan cuando en la misma norma penal se incrustan expresiones destinadas a ampliar el supuesto legal a otros similares. Esto es, cuando la norma penal dispone que se aplique a casos afines al supuesto que sancione con pena... En estos eventos, si con base en una expresión así (“instrumentos similares”) el juez aplica la norma penal a un caso concreto, donde el instrumento no coincide con los descritos pero sí es uno similar, se argumenta que en estricto sentido aquél no estaría más que sujetándose a la previsión de analogía de la norma penal. Y, por lo tanto, la estaría aplicando exactamente [...]

No obstante, el autor citado hace la siguiente advertencia:

[...] las normas penales con cláusulas de analogía son tipos penales “abiertos” que pugnan con la garantía de certeza de la ley penal. El vicio de las llamadas cláusulas de analogía, no es entonces el que conduzcan a una aplicación inexacta de la ley penal, sino el de la falta de certeza de la norma misma debido a su absoluta amplitud al permitir la analogía que la misma C. prohíbe... además, burla a la proscripción de analogía del artículo 14 C. por la vía tramposa de autorizar en la misma norma la aplicación por analogía que la Constitución prohíbe... En suma, cuando se aplica una cláusula legal

de analogía, no es un mero acto de ‘aplicación’ de la ley penal el que deviene inconstitucional, sino que, además, es la misma norma penal abierta que se aplica la que también es inconstitucional cuando con base en ella se pretenda declarar a una conducta como delito y por tanto, imponer penas al autor, con base en la cláusula abierta en el tipo que —en contravención del artículo 14 C.— permite la analogía [...] <sup>54</sup>

- g) Debe aplicarse el principio *in dubio pro reo* como criterio correctivo de la interpretación de la ley penal. <sup>55</sup>
- h) Se prohíbe la interpretación conforme o integradora cuando se analiza la constitucionalidad de una norma penal.

En efecto, el 20 de octubre de 2008 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad 145/2007, en la que se denunció la inconstitucionalidad del artículo 77 de la Ley Federal de Sanidad, por ser contrario al artículo 22, párrafo primero, de la Constitución, al establecer una multa fija, estableció el criterio jurisprudencial 33/2009, que dice:

NORMAS PENALES. AL ANALIZAR SU CONSTITUCIONALIDAD NO PROCEDE REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN CONFORME O INTEGRADORA. Si bien es cierto que al realizar el análisis de constitucionalidad de disposiciones generales es factible que la Suprema Corte de Justicia de la Nación acuda a la interpretación conforme, e incluso emita resoluciones integradoras a efecto de corregir las omisiones que generan la inconstitucionalidad, también lo es que el empleo de dichas prácticas interpretativas es inadmisibles en materia penal, en atención a las particularidades del principio de legalidad en esta rama jurídica, como son: a) Reserva de ley, por virtud del cual los delitos sólo pueden establecerse en una ley formal y material; b) La prohibición de aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de alguna persona (verbigracia, leyes

<sup>54</sup> Berchelmann Arizpe, Antonio. *Op. cit.*, pp. 258 y 259.

<sup>55</sup> El principio *in dubio pro reo* surge en el derecho procesal penal como una garantía para el procesado, consistente en que, en caso de duda sobre su responsabilidad penal ante la existencia de pruebas contradictorias, debía dictarse sentencia absolutoria, dado el diverso principio de presunción de inocencia. Sin embargo, la regla de lo más favorable al reo se ha extendido al derecho penal sustantivo, particularmente en el ámbito de la interpretación jurídica de la ley penal.

que crean delitos o aumenten penas); y, c) El principio de tipicidad o taxatividad, según el cual las conductas punibles deben estar previstas en ley de forma clara, limitada e inequívoca, sin reenvío a parámetros extralegales, y que implica la imposibilidad de imponer penas por analogía o por mayoría de razón, y la prohibición de tipos penales ambiguos. Además, la determinación que haga el legislador al emitir la norma constituye la esencia del respeto al principio de legalidad en materia de imposición de penas, pues acorde con los aspectos que abarca dicho principio aquél está obligado a estructurar de manera clara los elementos del tipo penal, delimitando su alcance de acuerdo a los bienes tutelados, imponiendo la determinación del sujeto responsable y de sus condiciones particulares y especiales, así como a establecer con toda claridad las penas que deben aplicarse en cada caso.

### III. Prohibición de retroactividad de la ley penal

El artículo 14, párrafo primero, constitucional establece:

*A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.*

Esta prohibición se relaciona con el principio de legalidad en materia penal de ley previa, es decir, la ley que prevé el delito y la pena debe estar en vigor al momento en que se cometa la conducta. Por lo tanto, la retroactividad de la ley penal tiene que ver con su ámbito temporal de validez, lo que, en su caso, puede originar un conflicto de leyes en el tiempo.

Antes de entrar el estudio de la irretroactividad de la ley penal, quiero precisar que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>56</sup> estableció en jurisprudencia por reiteración que la garantía de no extractividad de la ley constriñe al legislador a no expedir leyes que por sí mismas resulten retroactivas, y a las demás autoridades a no aplicarlas retroactivamente.

<sup>56</sup> “GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD. CONSTRIÑE AL ÓRGANO LEGISLATIVO A NO EXPEDIR LEYES QUE EN SÍ MISMAS RESULTEN RETROACTIVAS, Y A LAS DEMÁS AUTORIDADES A NO APLICARLAS RETROACTIVAMENTE”. (Jurisprudencia 50/2003, Materia(s): Constitucional, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVIII, septiembre de 2003, p. 126, núm. registro 183287).

Entonces, el principio de ley penal previa constituye una garantía de legalidad, cuya observancia incumbe tanto al legislador, como al juzgador.

### *1. Regla general y excepciones*

En ese contexto, aun cuando la regla general es que la ley rige sólo para hechos sucedidos con posterioridad a vigencia (*lex ex post facto*); no obstante, existen casos en los que la ley penal puede aplicarse más allá de su ámbito temporal de validez o de vigencia, originándose así, la extractividad o aplicación extractiva de la ley penal.

Ahora bien, dicha aplicación puede ser respecto a hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia, en cuyo caso se trata de una retroactividad, pues los supuestos y consecuencias jurídicas de una norma van hacia al pasado para regular situaciones ocurridas con anterioridad a su vigencia; por lo contrario, si la ley penal se aplica aún después de su abrogación, entonces se habla de ultraactividad de la ley penal, pues su aplicación continúa con posterioridad a su derogación o abrogación.

Por ello, la extractividad de la ley penal implica o puede implicar un conflicto de leyes en el tiempo, pues ante la existencia de una ley derogada, que regía al momento de la comisión del delito, y una ley vigente que regula de diversa manera la relación jurídica del inculpaado, puede surgir el dilema de establecer cual de dichas disposiciones debe aplicarse. Esto se conoce como sucesión de leyes en el tiempo.

### *2. La sucesión de leyes penales en el tiempo*

Precisado lo anterior, para la solución de la sucesión de leyes en el tiempo, la doctrina ha establecido la tesis de la irretroactividad, con base en la cual la ley penal debe regir para hechos cometidos durante su vigencia. Ahora bien, esta tesis tiene dos variantes, la absoluta y la relativa. Conforme al primer criterio, no existen fisuras al principio de irretroactividad de la ley penal; en cambio, en la tesis de la irretroactividad relativa, dicho principio sufre dos excepciones, tratándose de sucesión de normas penales:

- a) Se permite la aplicación retroactiva de la ley penal, en cuanto favorezca al inculcado (esto es, la ley penal posterior regirá hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia);
- b) También se autoriza aplicación de la ley aún después de su abrogación o derogación (la ley anterior regirá los hechos acontecidos durante su vigencia, a pesar de su derogación o abrogación), con la misma condición de que beneficie al inculcado.

En ese contexto, de la interpretación en sentido contrario del artículo 14, párrafo primero, constitucional; además, de los artículos 56, 117 del Código Penal Federal y 553 del Código Federal de Procedimientos Penales se ha establecido como obligatoria la aplicación extractiva de la ley penal cuando resulte más provechosa para el inculcado; por lo tanto, se adopta la postura de la irretroactividad relativa. En efecto, los artículos citados establecen:

ARTÍCULO 56. Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculcado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción, aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma.

ARTÍCULO 117. La ley que suprime el tipo penal o lo modifique, extingue, en su caso, la acción penal o la sanción correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 56.

ARTÍCULO 553. El que hubiese sido condenado por sentencia irrevocable y se encuentre en los casos de conmutación de sanciones o de aplicación de ley más favorable a que se refiere el Código Penal, podrá solicitar de la autoridad jurisdiccional o del Poder Ejecutivo, en su caso, la conmutación, la reducción de pena o el sobreseimiento que

procedan, sin perjuicio de que dichas autoridades actúen de oficio y sin detrimento de la obligación de reparar los daños y perjuicios legalmente exigibles.

De acuerdo con los preceptos transcritos, la ley penal que debe aplicarse es la que se encuentre vigente entre la comisión del delito y la extinción de la pena o medida de seguridad, salvo que durante dicho lapso entre en vigor una ley más favorable para el reo, en cuyo caso se aplicará ésta.

La aplicación extractiva de la ley penal ha sido reconocida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las tesis con los rubros y textos siguientes:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL. De acuerdo con el artículo 56 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, debe sostenerse que el legislador ha tendido invariablemente, en materia de retroactividad de la ley penal, a castigar los delitos con relación, principalmente, a la ley nueva más benigna; es decir, rechaza la retroactividad absoluta o incondicionada de la nueva ley penal y acepta como regla general que debe aplicarse la ley nueva, excepto si ésta es más severa que la precedente. Conforme a esta tesis, que es la opinión dominante y común en la doctrina y que se encuentra consignada en la mayoría de las legislaciones penales, deben resolverse los casos de conflictos que puedan originar la aplicación de diversas leyes, pues aun cuando es verdad que para justificarla no pueden darse razones jurídicas convincentes y más bien hay que recurrir a motivos de carácter humanitario, por ser la expresión concreta de nuestra ley que debe servir de guía para resolver los problemas jurídicos a que dé lugar la aplicación de diversos ordenamientos penales en cuanto al tiempo.

LEYES PENALES, RETROACTIVIDAD DE LAS. Si después de cometido el delito se promulga un nuevo Código Penal, el delito debe ser considerado, para su castigo, dentro de lo dispuesto por el ordenamiento más favorable al acusado.<sup>57</sup>

<sup>57</sup> Estas tesis pueden localizarse con los datos siguientes, respectivamente: núm. registro 907,572, Tesis aislada, Quinta Época, Apéndice *Semanario Judicial de la Federación* 2000, tomo II, Penal, P.R. SCJN, tesis 2631, página 1230. Genealogía: *Informe de 1937*, Quinta Época, página 83, Primera Sala; y Tesis aislada, núm. registro 305,293, Materia(s): Penal, Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación* LXXXIV, página 2314.

Cabe señalar que la actual integración de la Primera Sala del Máximo Tribunal del país reiteró los criterios transcritos al resolver la contradicción de tesis 28/2004, pues consideró:

[...] el artículo 14 constitucional, en su primer párrafo, prohíbe la aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de persona alguna.

Ahora bien, una ley es retroactiva cuando vuelve al pasado para cambiar, modificar, o suprimir situaciones jurídicas ya acaecidas.

Interpretado a contrario sensu, el citado precepto otorga un derecho al individuo, consistente en que se le aplique retroactivamente una ley penal, cuando ello sea en su beneficio.

En efecto, si un individuo cometió un delito estando vigente una ley sustantiva con base en la cual se le sentenció, y con posterioridad se promulga una nueva ley que prevé una pena menor para el mismo delito, o según la cual, el acto considerado por la ley antigua como delito, deja de tener tal carácter; el individuo tiene el derecho, constitucionalmente protegido, a que se le aplique retroactivamente la nueva ley y, por ende, se le reduzca la pena o se le ponga en libertad. Esto es así, porque si el legislador en un nuevo ordenamiento legal, dispone que un determinado hecho ilícito merece ser sancionado con una pena menor, o que no hay motivos para suponer que a partir de ese momento el orden social pueda ser alterado con un acto que anteriormente se consideró como delictivo, no es válido que el poder público insista en exigir la ejecución de la sanción tal como había sido impuesta, por un hecho que ya no la amerita o que no la merece en tal proporción [...] <sup>58</sup>

Así las cosas, para resolver los problemas que puede originar el principio de irretroactividad y sus excepciones, en cuanto a la sucesión de las leyes penales en el tiempo, debe considerarse lo siguiente:

#### A. La vigencia de la ley penal

Ante la falta de regulación en la legislación penal, para establecer el inicio de las normas jurídicas penales, se debe recurrir a los artículos 3°, 4° y 9° del

<sup>58</sup> Ejecutoria visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XX, diciembre de 2004, página 138, núm. registro 18498.

Código Civil Federal y sus correlativos de las entidades federativas, en los cuales se establece que las leyes obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el *Diario Oficial*, en el lugar en que se realice dicha publicación, y en lugares diversos, deberá transcurrir un día más por cada cuarenta kilómetros o fracción que exceda de la mitad. Dichas reglas no operan cuando en la ley se fije el día en que deba comenzar a regir, en cuyo caso, será obligatoria a partir de ese momento, siempre que su publicación haya sido previa.

Por otra parte, la ley deja de tener vigencia sólo hasta que otra ley la abrogue o derogue expresa o tácitamente, por contener disposiciones total o parcialmente incompatibles.

Los profesores del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires Zaffaroni, Alagia y Slokar en su obra conjunta *Derecho Penal Parte General*, sostienen:

[...] No obstante, tratándose de una ley más benigna sancionada y promulgada sin que se exprese la fecha de su vigencia, y que aún no haya sido publicada o no hubiesen transcurrido los ocho días de su publicación (art. 2 del CC), puede considerársela vigente y aplicarla. Esto obedece a que la postergación de la vigencia por ocho días del CC tiene por objeto garantizar su publicidad (recuérdese que en el texto anterior de la ley 16.554 se establecía la vigencia al día siguiente de la publicación en la capital y ocho días después en la campaña), lo que resulta lógico cuando la ley obliga, pero no cuando es más benigna, porque su mera aplicación está dando cuenta de su conocimiento, es decir, que importa por sí el cumplimiento material del requisito que la ley quiere garantizar, sin que ello perjudique a nadie [...] <sup>59</sup>

A lo anterior, el autor andino Carlos Creus responde:

[...] Por más racional que sea esta solución, no deja ella de enfrentarse con nuestro sistema de legalidad... (y) normalmente existirá siempre la posibilidad de aplicar la nueva ley durante el período de ejecución de la pena, salvo situaciones muy excepcionales (condena de multa que queda ejecutada antes de la vigencia de la ley; pena privativa de libertad compurgada con la preventiva sufrida y que no produce

<sup>59</sup> *Op. cit.* p. 114.

consecuencias accesorias), solucionables por el juez con una actividad procesalmente 'racional' de las partes [...]<sup>60</sup>

### *B. El tiempo de la comisión del delito*

Otra de las cuestiones que debe resolverse para establecer si existe aplicación retroactiva de la ley penal, consiste en determinar cuándo se cometió el delito.

Como quedó precisado en líneas precedentes, el artículo 56 habla de la comisión del delito para establecer la norma penal aplicable, por lo tanto, establece la regla *Tempus commissi Delicti*; sin embargo, el problema sigue sin resolverse, es decir, cuándo se debe considerar cometido el delito, dado que no debe olvidarse que existen delitos de mera conducta y delitos de resultado material.

Al respecto, el maestro Antonio Berchelmann Arizpe señala:

[...] Para el efecto de precisar el inicio temporal para la aplicación de la norma penal que prevea un delito, en el CPDF y el CPC no tiene relevancia el momento en el que se produzca el resultado. Tal como se infiere de la expresión 'al tiempo de la realización de la acción u omisión', que emplea el artículo 1° del nuevo CPDF y 'al momento de la conducta típica' que utiliza el artículo 3° del nuevo CPC. Aspecto que no soluciona de manera expresa el CPF en tanto que el artículo 56 de ese código se refiere a la 'comisión del delito, mas no dice cuándo se estima cometido. Sin embargo, ese tiempo puede deducirse de igual modo al momento de la conducta típica. Ello es así, dado el significado literal de la expresión 'comisión' ('acción' de cometer) como también por la función de 'motivación' que tiene la norma penal para que las personas se ajusten a sus prohibiciones. 'Motivación' que sólo se puede referir al momento en que se expresa la conducta, con independencia de cuándo se dé el resultado. Pensar lo contrario llevaría al absurdo de poder imputar el delito a una conducta que se dio antes de la vigencia de la ley que lo prevea. Por lo tanto si en un delito de resultado la conducta se realiza antes de la vigencia de la ley penal, aunque el resultado se dé dentro de la vigencia de la misma, ello será del todo insuficiente para que esa ley penal se aplique a la conducta que originó ese resultado [...]<sup>61</sup>

<sup>60</sup> *Op. cit.* p. 97.

<sup>61</sup> Berchelmann Arizpe, Antonio. *Op. cit.*, p. 265.

El autor argentino Carlos Creus coincide con lo anterior, pues afirma:

[...] puede decirse que la (relación jurídica) del ‘delito’ nace cuando el autor observa la conducta penalmente tipificada; es en ese momento cuando, sobre todo, se delinea la culpabilidad en cuanto relación (‘interna’) de la ley con el hecho que servirá de base al juicio de reproche [...]<sup>62</sup>

### C. *Las formas de aparición del delito*

Para efectos de solucionar el problema de la sucesión de leyes en el tiempo, rige el mismo principio tanto para los delitos instantáneos como en los delitos permanentes y continuados, es decir, debe estarse al momento de realizarse la conducta, a fin de establecer el tiempo de la comisión del delito.

No obstante, en los delitos permanentes o continuos y los continuados, puede ocurrir que la prolongación de la conducta (delito permanente) o alguna de las distintas conductas (delito continuado), se realicen ya durante la vigencia de la nueva ley, que puede ser más benigna o más gravosa, que la ley anterior, vigente al momento en que se inició la conducta (delito permanente) o se realizó alguna de las conductas (delito continuado). En ambos casos, se trata de un solo delito.

Para Zaffaroni, si la ley nueva es más benigna no existe problema alguno; en cambio, la dificultad se plantea cuando la ley posterior es más gravosa. Para el autor citado:

[...] Si la ley penal ordena la retroactividad de la ley más benigna para evitar un tratamiento diferente a un hombre que cometió un hecho antes que otro cuando no media más que esa circunstancia, es absurdo que no rija la ley más gravosa en cuya vigencia la acción se estuvo realizando, para tratar más benignamente a uno de dos individuos que estuvieron cometiendo el mismo hecho en el mismo tiempo, por la sola circunstancia de que éste comenzó a cometerlo antes que el otro... Cuando ejemplificamos con el secuestro y sostuvimos supletoriamente que la solución contraria es violatoria del principio de igualdad ante la ley, estábamos significando claramente que quien comenzó y terminó el secuestro en vigencia de la ley

<sup>62</sup> Carlos Creus. *Op. cit.*, p. 94.

más gravosa sería precisamente quien vería afectado su derecho a ser tratado igual que quien lo comenzó antes y lo terminó (y por consiguiente también lo ejecutó) en vigencia de la misma ley [...] <sup>63</sup>

### 3. Límite para la aplicación extractiva de la ley penal

En el punto anterior, se analizó a partir de cuándo puede surgir el problema de la aplicación extractiva de la ley penal, en sus variantes de retro-ultractividad. Ahora se examinará el límite máximo en el que se puede presentar el dilema de la extractividad de la ley penal, es decir, hasta cuándo podrá aplicarse una ley de manera retro o ultractivamente.

En términos del artículo 56 del Código Penal Federal reproducido, se puede estimar que el límite para la extractividad de la norma punitiva es hasta que se extinga la sanción, pues en él se establece: “Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado...”; lo que se confirma con lo dispuesto por el artículo 117 del ese ordenamiento, que señala: “La ley que suprima el tipo penal o lo modifique, extingue, en su caso, la acción penal o la sanción correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 56”. También el artículo 553 del Código Federal, precisa:

El que hubiese sido condenado por sentencia irrevocable y se encuentre en los casos de conmutación de sanciones o de aplicación de ley más favorable a que se refiere el Código Penal, podrá solicitar de la autoridad jurisdiccional o del Poder Ejecutivo, en su caso, la conmutación, la reducción de pena o el sobreseimiento que procedan, sin perjuicio de que dichas autoridades actúen de oficio y sin detrimento de la obligación de reparar los daños y perjuicios legalmente exigibles.

Consecuentemente, la regulación legal anterior rechaza la tesis que sostiene la preeminencia de cosa juzgada sobre el principio de retroactividad favorable de la ley penal, porque aun cuando exista sentencia ejecutoriada

<sup>63</sup> Raúl Zaffaroni, Eugenio. Tratado, *Op. cit.*, p. 479

o irrevocable debe aplicarse la ley posterior si resulta más benigna y no se ha extinguido la pena o medida de seguridad.

Ahora bien, conforme a los artículos 56, 117 y 553 comentados, la extractividad de la norma punitiva, presenta en la práctica diferentes situaciones.

#### A. A qué autoridad corresponde la aplicación de la ley más favorable

##### *a) Modificación de la ley antes de que se dicte sentencia ejecutoriada.*

Cuando entre la comisión del delito y el dictado de la sentencia se modifica la ley penal, no existe complicación alguna, porque corresponde a la autoridad judicial la aplicación de la legislación más benigna.

##### *b) Modificación de la ley después de que se dicte sentencia ejecutoria o en la etapa de ejecución de la sanción.*

Por lo contrario, en términos de los artículos 56 de la legislación represiva federal y 553 del ordenamiento procesal penal federal consultados, si la norma represiva se modifica después de ejecutoriada la sentencia y durante el período de ejecución de la sanción, corresponderá, según el caso, tanto a la autoridad judicial como al ejecutivo la aplicación de la ley nueva si resulta menos gravosa para el reo.

Ahora bien, para determinar a cuál de esas autoridades corresponderá la aplicación de la ley posterior mas favorable, debe atenderse a la naturaleza material de la institución penal que entra en vigor. Así lo estableció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria pronunciada en la sesión de pleno celebrada el treinta de marzo de dos mil cinco, al resolver el amparo en revisión 141/2005, en el cual, los artículos citados se impugnaron por considerarlos contrarios al artículo 21 constitucional, en cuanto establece como facultad exclusiva de la autoridad judicial la imposición de las penas; y que se reiteró en la ejecutoria en la que se resolvió la contradicción de tesis 106/2005.

En la primera sentencia, que se reprodujo en la segunda ejecutoria, el tribunal mencionado ejemplificó la competencia de la autoridad judicial y de la autoridad ejecutiva de la manera siguiente:

[...] si la ley que entra en vigor establece una punibilidad menor para el delito, es decir, nuevos atenuantes respecto de la conducta delictiva, o la posibilidad de que ese delito acepte la condena condicional, o simplemente desaparece el tipo penal, corresponderá a la autoridad judicial la aplicación de la ley más favorable, porque de acuerdo con el artículo 21 constitucional a esta autoridad compete la imposición de las penas, y los supuestos antes narrados se relacionan directamente con esa facultad constitucional.

Por el contrario, si la ley que resulta más favorable al reo establece beneficios como la preliberación o la remisión parcial de la pena, o cualquier otra cuestión que solamente se refiera a la ejecución de las sanciones penales, sin incidir en la imposición de la sanción penal, esa ley debe ser aplicada por la autoridad ejecutora (Poder Ejecutivo), pues es a ésta a quien corresponde la competencia constitucional para ello (artículo 18) [...]

*c) Modificación de la ley durante la tramitación del juicio de amparo.*<sup>64</sup>

Corresponde a la potestad común, jurisdiccional o ejecutiva, según el caso, aplicar la ley más favorable, y no a la autoridad de amparo, dado que la aplicación de tal ley debe hacerse siempre por autoridad competente y dentro del proceso penal o el procedimiento de ejecución, según corresponda, pero nunca en el juicio de garantías.

RETROACTIVIDAD. APLICACIÓN DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE. DEBE HACERSE EN EL PROCESO PENAL POR LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL ORDINARIA COMPETENTE Y NO EN EL JUICIO DE GARANTÍAS. El juicio de amparo es un medio de protección del orden constitucional contra todo acto de autoridad que agrave a cualquier gobernado; la teleología que persigue es la de proteger y preservar el régimen constitucional. Jurídicamente la acción constitucional de amparo no es un derecho de acción procesal ordinaria penal, civil, laboral o administrativa, sino que es puramente constitucional, nace directamente de la Constitución (artículos 103 y 107); va encaminada a controlar el acto de autoridad que se estima violatorio de garantías y no la ley común; no tutela los intereses que en el acto jurisdiccional ordinario se han dejado a los tribunales comunes, sino que va dirigida a hacer respetar la Ley Suprema cuando la autoridad ha rebasado sus límites. Con el amparo

<sup>64</sup> Véase <http://www.2.scjn.gob.mx/jurídica/engroses/cerrados/publico/05001410.002.doc>

judicial los tribunales de la Federación, al conocer de los respectivos juicios, amplían su esfera de competencia hasta el grado de convertirse en revisores de los actos de todas las autoridades ordinarias judiciales, sin que ello implique que pueden sustituirse en funciones propias de estas últimas sino sólo hasta el límite de analizar las violaciones de procedimiento o de fondo que en su caso ellas hubieran cometido, por lo que propiamente deben estudiar el problema jurídico planteado ante este tipo de autoridades de acuerdo con las normas que rijan la materia y resulten ser las aplicables en el tiempo y en el espacio, estableciendo así el consiguiente control constitucional previsto en los artículos 14 y 16 constitucionales; por ende, el juicio de amparo, además de ser un medio de impugnación constitucional (*lato sensu*), es también un medio de control de legalidad. Así las cosas, atendiendo a su naturaleza, las sentencias de amparo sólo deben decidir sobre la constitucionalidad del acto que se reclama y nunca sobre cuestiones cuya decisión compete a los tribunales ordinarios, sean del fuero común o del fuero federal. Así, cuando un órgano jurisdiccional de amparo conoce de un acto reclamado que proviene de un proceso penal, no puede sustituirse en funciones propias de la autoridad responsable, a saber: en determinar de manera directa si una conducta es constitutiva de delito o no, declarar sobre la responsabilidad o irresponsabilidad del acusado o imponer las penas y medidas de seguridad establecidas en las leyes respectivas, pues lo único que debe de analizar es la legalidad y consecuente constitucionalidad del acto reclamado en cuanto a la aplicación exacta y puntual de las leyes adjetiva y sustantiva correspondientes por razones de materia, ámbito territorial y tiempo, en relación con las garantías de seguridad jurídica y legalidad previstas en los artículos 14, 16, 19 y 20 de la Carta Magna. Luego, como el juicio de garantías no es una instancia más en el proceso penal y como al juzgador constitucional de amparo no corresponde calificar ni sancionar en su caso la conducta del acusado, procesado o sentenciado, él no debe, al estudiar la constitucionalidad del acto reclamado, aplicar una ley diferente a la que estuvo en vigor al emitir dicho acto, pues de esta manera ya no estaría juzgando la conducta de la autoridad responsable, que se estima violatoria de garantías, sino sustituyéndose en funciones específicas de ésta y, por ende, creando una instancia más dentro del proceso penal, con el consecuente quebrantamiento del orden jurídico y la tergiversación de la esencia y los fines del juicio de amparo. No obsta a lo anterior, el que, en términos del artículo 14 constitucional y de diversas leyes sustantivas, esté permitida la aplicación retroactiva de la ley penal cuando ésta beneficie al quejoso y no se lesionen derechos de tercero, pues la aplicación de tal

ley debe hacerse siempre por autoridad competente y dentro del proceso penal, o el procedimiento de ejecución, según corresponda, pero nunca en el juicio de garantías; lo cual no implica dejar en estado de indefensión al interesado, porque en caso de que hubiera concluido la segunda instancia, la autoridad competente de la ejecución de las penas y medidas de seguridad, aun de oficio, deberá aplicar la ley más favorable al sentenciado.<sup>65</sup>

### *B. La ley penal intermedia*

La ley penal intermedia es aquella cuya vigencia inicia después de cometido el delito, y queda derogada o abrogada antes de que se dicte sentencia, pero resulta más favorable que la vigente al momento de cometerse el delito y la vigente al pronunciarse el fallo.

En la doctrina existen dos posturas para solucionar el problema de la ley penal intermedia más benigna.

La primera tesis sostiene que, para establecer la ley más favorable, sólo deben considerarse la vigente al momento de la comisión del delito y la que esté en vigor al pronunciarse la sentencia; sin tomar en cuenta la norma intermedia, porque si se la ha derogado, se consideró que no servía para lograr la defensa social.

La postura doctrinal contraria estima que sí debe considerarse la ley intermedia por razones de equidad, porque el procesado no puede ser perjudicado por el retardo en el proceso.

En relación con la ley penal intermedia, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria pronunciada el 7 de enero de 2004, mediante la cual resolvió la contradicción de tesis 39/2003, estableció que la ley intermedia no podía aplicarse en favor del reo aun cuando resultase más benéfica que la vigente al momento de los hechos o la vigente al momento de la sentencia, en la jurisprudencia del rubro y texto siguientes:

<sup>65</sup> Jurisprudencia 1a./J. 7/95, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo I, mayo de 1995, página 124, núm. registro 200,487.

LEY PENAL INTERMEDIA. NO PUEDE APLICARSE AL MOMENTO DE EMITIR LA SENTENCIA DEFINITIVA, AUN CUANDO HAYA SIDO BENÉFICA. Si bien es cierto que en materia penal, la ley favorable que surge con posterioridad a la comisión de un delito debe aplicarse retroactivamente al momento en que se emita la sentencia definitiva, también lo es que la ley intermedia, que es la que surge durante la tramitación del proceso pero deja de tener vigencia antes de dictarse sentencia definitiva, no puede aplicarse ultractivamente en beneficio del procesado al dictarse ésta, aun cuando sea favorable, toda vez que de acuerdo con el principio de irretroactividad de la ley que establece el artículo 14 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, la norma legal favorable sólo es aplicable durante su vigencia temporal. Ello es así, en razón de que cuando se cometió el delito la ley no estaba vigente y cuando se emitió sentencia ya estaba derogada, sin que deba considerarse que el procesado adquirió a su favor un derecho, pues aquella norma legal sólo constituyó una expectativa de derecho, la cual se habría materializado en la sentencia de haber estado vigente.<sup>66</sup>

En relación con el criterio copiado, es conveniente precisar:

1o. La jurisprudencia en comento es contraria al tenor literal y sistemático de los artículos 56, 171 del Código Penal Federal y 553 del Código Federal de Procedimientos Penales, los cuales establecen que para determinar la ley más favorable aplicable, deben considerarse las leyes que estuvieran vigentes desde el tiempo de la comisión del delito hasta el momento de extinción de la pena o medida de seguridad; mas no, la vigente al momento de dictar sentencia.

2o. Para sostener la postura judicial comentada, el tribunal respectivo se apoyó en la teoría de los derechos adquiridos y concluyó que la aplicación de la ley que inicia su vigencia y fenece durante el proceso antes de dictarse sentencia, se trata de una mera expectativa de derecho, ante la posibilidad de que pudiera aplicarse al procesado.

<sup>66</sup> Jurisprudencia 1a./J. 1/2004 consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XIX, marzo de 2004, página 151, núm. registro 181935.

En ese contexto, respecto a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos para determinar la aplicación retroactiva o ultractiva de la legislación penal, el autor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni argumenta:

[...] el principio de irretroactividad de la ley penal... se trata de una manifestación del principio de legalidad, por mucho que para la determinación de la ley penal aplicable a los distintos supuestos haya que hacer jugar otros principios, todos los cuales hacen a nuestra disciplina, sin que sea el caso buscarles fundamento alguno en 'los derechos adquiridos', que son de raigambre extra-penal por excelencia y cuya función es nula ante la acción preventiva penal [...] <sup>67</sup>

3o. Viola el principio de igualdad ante la ley, establecido por el artículo 1º constitucional que debe existir entre procesados y sentenciados en cuanto a beneficiarse de las leyes que les sean favorables, en términos del artículo 14 constitucional. Para constatar lo anterior propongo los siguientes casos hipotéticos

*Primer caso.* A y B cometen en unión un delito (coautoría o participación en estricto sentido), pero sólo A fue detenido al momento de cometerlo, en tanto que B fue detenido fecha después, con orden de aprehensión. En tal caso, un día antes que se dictara sentencia al sujeto A, entró en vigor una ley que redujo la pena de prisión y la multa; por la cual A se benefició de la aplicación retroactiva de esa ley posterior, en términos de los artículos 56 del Código Penal Federal y 553 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Ahora bien, un día antes de que se dicte sentencia a B, esa ley nueva que aprovechó al sujeto A, es derogada por una ley que aumenta la sanción pecuniaria y de prisión, convirtiéndose así aquella ley (que benefició a A) en una ley intermedia; por lo tanto, de conformidad con el criterio jurisprudencial comentado, el sujeto B no se beneficiaría con la ley que sí aprovechó su copartícipe A.

*Segundo caso.* A se encuentra ejecutando la pena de prisión. En cambio B, aún continúa procesado. Ambos cometieron el mismo delito durante la vigencia de una ley que establecía una determinada sanción. Así las cosas,

<sup>67</sup> Raúl Zaffaroni, Eugenio. Tratado, *Op. cit.*, p. 459 y 460.

entra en vigor una ley que reduce la pena para el delito cometido por esos sujetos; por lo cual, en términos de los artículos 56, 117 del Código Penal Federal y 553 del Código Federal de Procedimientos Penales, al sujeto A se le reduce la sanción que se le impuso de acuerdo a la nueva legislación. La situación es distinta para el sujeto B, ya que la aplicación de esa nueva ley está condicionada a que aún continúe vigente al momento de que se le dicte sentencia; pues de lo contrario, si durante el tiempo que dure el proceso se modifica la nueva ley que reducía la sanción establecida en la ley vigente al tiempo de cometer el delito; y se aumenta la pena. Entonces, se convertiría en una ley intermedia, por lo cual no sería ya aplicable para el sujeto B, por no estar vigente al momento de dictarse la sentencia.

#### 4. *Qué debe entenderse por ley penal para efectos de su aplicación extractiva*

##### A. Por su naturaleza represiva o punitiva

Para el autor argentino Ricardo C. Núñez por ley penal se entiende “el total organismo jurídico que regula la imputación y sus consecuencias en un caso concreto”.<sup>68</sup> En tanto que su connacional Eugenio Raúl Zaffaroni dice: “La norma será ‘penal’ cuando su aplicación conlleve en sí una medida o una consecuencia igual o materialmente equivalente a la pena, a la reducción de la misma o de sus consecuencias, o a la exclusión o extinción de esa pena”.<sup>69</sup>

En ese contexto, el autor coahuilense Antonio Berchelmann Arizpe sostiene:

[...] La potestad punitiva del Estado —por virtud de la creación de delitos y penas— se traduce en medidas que afectan la libertad personal; aquella interesa pues, a uno de los principales derechos del ser humano que garantiza la C., cual es la libertad personal. Por ende, las normas que inciden en sí sobre la libertad personal atañerán siempre a un derecho público subjetivo —de naturaleza sustantiva—. Y las cuales, por ello, serán normas de naturaleza sustantiva. Y si precisamente por lo mismo,

<sup>68</sup> Citado por Creus, Carlos. *Op. cit.*, p. 96.

<sup>69</sup> Citado por Berchelmann Arizpe, Antonio. *Op. cit.*, p. 285.

esas normas se han de regir por las garantías que señala la misma C., dentro de las cuales está la irretroactividad perjudicial de las leyes y la derivación en materia penal del principio de aplicación de la norma más favorable [...] <sup>70</sup>

La opinión trascrita no es del todo válida, porque existen casos en que el ejercicio del *ius puniendi* estatal no solo incide la libertad personal, sino en otros derechos de distinta índole, como el caso de la multa, la reparación del daño, el decomiso, entre otros, que afectan el patrimonio de las personas, y sin embargo, son de naturaleza penal.

Entonces, debe estarse a la naturaleza represiva o punitiva de la ley, y no a su aspecto meramente formal. Por ello, en materia de irretroactividad de la ley penal, quedan comprendidas aquellas disposiciones previstas expresamente en los códigos penales, tanto en su parte general como en la especial; sin embargo, deberán excluirse las disposiciones contenidas en la legislación represiva penal, pero que sustancialmente contenga reglas procesales.

Por lo contrario, no deben excluirse aquellas reguladas en los códigos procesales penales o en las leyes de ejecución de sanciones, que sean esencialmente penales.

También deben incluirse las legislaciones especiales que contengan delitos y penas; y cualquier otra figura que esencialmente habilite o amplíe la potestad punitiva o represiva del Estado.

**B. Las leyes no penales que inciden en alguno de los elementos del delito o en su punibilidad<sup>71</sup>**

### *Elementos normativos del tipo penal*

En estos casos cuando el elemento normativo previsto en una ley extrapenal se abroga o deroga, con posterioridad a la comisión del delito, no incide en la determinación de la tipicidad del hecho.

<sup>70</sup> Berchelmann Arizpe, Antonio. *Op. cit.*, 285.

<sup>71</sup> Los supuestos y comentarios que a continuación se mencionan, son tomados esencialmente del *Tratado de Derecho penal* tomo I, de Eugenio Raúl Zaffaroni, ya citado, pp. 464 y 465.

### *Causas de justificación nuevas*

En este caso, debe aplicarse retroactivamente a favor del reo, porque implica la exclusión del delito por impedir la antijuridicidad del hecho.

### *Las leyes penales en blanco*

La ley no penal a la que los tipos penales en blanco remite forman parte de la ley penal; por lo cual, está sujeta al principio de favorabilidad en materia de aplicación retroactiva.

Así por ejemplo, si en la Ley General de Salud, a la que remite el artículo 193 del Código Penal Federal, deja de considerar como narcótico determinada sustancia, con posterioridad a la comisión de un delito contra la salud cuya tipicidad se integró en virtud de que en ese momento dicha sustancia sí era considerada como narcótico; entonces, esa derogación legislativa deberá aplicarse retroactivamente en beneficio del reo. Aquí se trata de la remisión del código penal a una ley especial.

Pero también puede darse que la ley especial remita al código penal; verbigracia, el artículo 206 de la Ley de Amparo que establece el delito de violación a la suspensión, remite para su punibilidad al Código Penal Federal, de manera genérica para el delito de abuso de autoridad.

## **5. Determinación de la ley penal más benigna.**

**A. No puede determinarse *a priori*, *ex ante* o en abstracto cuál es la ley más benigna**

La doctrina es unánime en señalar que no se puede determinar *a priori* o en abstracto, cuál de las diferentes leyes penales en sucesión temporal es más benigna; por lo que para ello, deben considerarse todos los aspectos que sobre el caso concreto puedan incidir para dilucidar la ley penal menos gravosa.

No obstante, de manera meramente ejemplificativa, se pueden establecer distintas hipótesis<sup>72</sup>, que se presentan en la sucesión temporal de normas penales y cuya ley más benévola aparece evidente:

*Si la 'nueva' ley penal deroga al tipo penal, aquella se aplica retroactivamente.* Pues en virtud de la derogación del tipo penal en la nueva ley, desaparece la relación sustantiva penal que surgió con base en la ley penal anterior. En cuyo caso se ordenará la absoluta libertad de los procesados o sentenciados. Y con ello, cesan todos los efectos que los procesos o las sentencias debieren producir, excepto la reparación del daño.

*Si la 'nueva' ley penal modifica el tipo penal, deberá a su vez distinguirse:*

1) *Si la modificación afecta elementos esenciales del tipo básico preexistente:* Entonces en la 'nueva' ley existirá una derogación implícita del tipo penal 'anterior'. En efecto, una modificación legislativa que afecte de manera esencial la conformación del tipo penal básico preexistente, implica en realidad derogar la norma típica anterior y sustituirla por una nueva. En tales casos, también carecería de fundamento continuar con una pretensión penal con base en un tipo penal derogado. De lo contrario el nuevo tipo penal se aplicaría retroactivamente en perjuicio del inculpado. Por ejemplo: En 1992 se modificó en forma esencial el tipo penal de pandillerismo. Pues de ser un delito accesorio que contemplaba a una modalidad agravante por el número de sujetos que intervenían en común en otro delito. Se convirtió en un delito autónomo que sanciona diferentes supuestos. Como lo es el que tres o más personas irrumpen en fiesta privada y en ella causen desorden.

2) *Si la modificación afecta algún elemento del tipo penal que esté formulada de manera alternativa, se deberá a su vez distinguir:*

a) *Si se suprime un elemento alternativo en la 'nueva' ley y el delito se cometió con la circunstancia que se derogó.* Dicha modificación implicaría en realidad la derogación de una de los supuestos de la norma típica anterior; al afectar un elemento del tipo básico 'anterior' que fue esencial para la punibilidad de las conductas que se cometieron con esa circunstancia. Operando la regla que antes se dijo. Toda vez que carecería de fundamento continuar con la pretensión penal con base en una cir-

<sup>72</sup> Las hipótesis que se mencionan se tomaron de la exposición de motivos del Código Penal de Coahuila de 1999 (véase *Suma Legislativa 1993-1999*, tomo VI, pp. 184 y 185. Editada por Gobierno del Estado de Coahuila.).

circunstancia del tipo penal; a menos de querer aplicar en forma retroactiva el nuevo tipo penal en perjuicio del inculcado.

b) *Si el elemento alternativo se añade a la ley ulterior, no opera la retroactividad para las conductas que, con anterioridad a la vigencia de la ley ulterior, se realizaron con la nueva circunstancia típica.* Por ejemplo: Las reformas de 1993 añadieron al delito de despojo un medio alternativo de comisión. Consistente en ‘aprovecharse de la falta de vigilancia’. Pero si antes de la vigencia de este nuevo elemento típico, una ocupación se hubiere cometido por tal medio, esta conducta no podría ser objeto de penal al amparo de la nueva ley. Bajo el riesgo de aplicar ésta en forma retroactiva en perjuicio del inculcado. Todo ello con violación del artículo 14 C.

3) *Si la modificación afecta alguna modalidad agravante o atenuante del tipo. En cuyo caso operara la retroactividad de la ley ‘nueva’ si ésta deroga la calificativa, o contempla atenuante no prevista antes.* Por ejemplo: En las reformas de 1995 se adicionó el tipo penal de infanticidio con otra circunstancia que lo configura, cual es cometerlo en condiciones que reduzcan el grado de reprochabilidad. Por lo tanto, la nueva norma operará retroactivamente a favor de los padres que antes de su vigencia en tales condiciones hubieren cometido el homicidio del recién nacido.

*Si la ley ulterior modifica la sanción, habrá que analizar:*

1) *Si la modificación es en sanción de la misma especie.* Modificación cuantitativa. Se deberá a su vez distinguir:

a). *Si aún no se pronuncia sentencia ejecutoria:* Se aplicará la ‘nueva punibilidad si éste resulta más favorable. Pero si solo resulta más favorable el mínimo o máximo de la ‘nueva’ punibilidad legal, se aplicará el extremo más favorable de la nueva norma, con el mínimo o máximo menor que la ley anterior. ‘Teoría de la integración temporal de la ley penal’.

b). *Si ya se dictó sentencia ejecutoria:* El ejecutivo reducirá la sanción en la proporción que se derive del grado de punibilidad.

2. *Si se modifica la naturaleza de la sanción.* Modificación cualitativa. Se sustituirá la sanción que se aplicó conforme a la ley anterior, por la que se establece en la ‘ulterior’, si el sentenciado lo solicita...

## B. La pena privativa de libertad como parámetro para establecer la ley más benigna

De acuerdo con la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, si la ley penal posterior al delito cometido establece una pena de prisión menor que la vigente al momento de la comisión del hecho debe aplicarse retroactivamente, aun cuando la sanción pecuniaria sea mayor que la prevista en la ley anterior; en caso contrario, deberá aplicarse ultractivamente la ley derogada, pese a que la pena de multa sea más severa que en la ley nueva. Esto debido a que la libertad es un derecho de mayor preponderancia axiológica que el patrimonio.<sup>73</sup>

En relación con esta postura, Antonio Berchelmann Arizpe sostiene:

[...]Por cuanto al cambio de clase de penas es correcto que en el CPC se deje a elección del sentenciado cuál de ellas estima la más favorable... Porque si bien a primera impresión podría parecer evidente que, por ejemplo, la multa sea más favorable que la pena de prisión, no necesariamente sucede así en todos los eventos. La duración de la pena de prisión puede ser relativamente menor en un caso concreto —de días o semanas— y en el mismo caso concreto el pago de la multa puede

<sup>73</sup> En efecto, en la sentencia que resolvió la contradicción de tesis se estableció:

[...] en aquellos casos en que las normas en conflicto establezcan sendas penas corporales y pecuniarias, el juzgador debe decidir cuál conjunto de penas resulta más favorable al reo, con base, en primer término, en el quantum de la pena corporal. Lo anterior obedece a que nuestro orden constitucional confiere una mayor jerarquía al principio de libertad personal que al de propiedad.

...

Así, en vista de que la libertad personal es considerada dentro de la escala de valores derivada de nuestro orden constitucional, como un bien de mayor rango, el juzgador, al seleccionar el conjunto de penas más benéfico para el reo cuando éstos establecen tanto penas corporales como pecuniarias, debe hacerlo con base en la pena corporal, en razón de que la norma sancionadora aplicable al inculpado debe ser la que le resulte más favorable pero en los términos establecidos por nuestra Constitución, la cual, como se acaba de ver, privilegia al valor consistente en la libertad personal sobre el de propiedad privada.[...]

(Texto reproducido de la ejecutoria publicada con el Núm. Registro: 19032, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo: XXII, septiembre de 2005, página 130, que resolvió la contradicción de tesis 48/2005-PS).

ser incansable o excesivamente onerosa para el sentenciado según sus posibilidades y circunstancias personales, en especial cuando la misma ley no limite la cuantía de la multa imponible a la posibilidad económica de aquél... Así, tratándose del cambio de clase de penas en virtud de sucesión de leyes, el sentenciado podría preferir la pena de prisión —y la cual eventualmente se le supla o ya esté suplida por algún sustitutivo penal— en vez de pagar la sanción pecuniaria a costa de sus ahorros y los de su familia, mismos que en su particular situación pueden devenir vitales para su subsistencia y/o procurar su vejez [...]<sup>74</sup>

### C. Prohibición de combinar la ley anterior y la ulterior para establecer la ley más benigna

Una parte de la doctrina sostiene que en la determinación de la ley más favorable queda proscrita la posibilidad de combinar la ley antigua y la ley nueva para crear una tercera disposición distinta a las leyes penales en sucesión, dado que ello equivaldría a que el juzgador invadiera facultades legislativas, en contravención al principio de división de competencias.

La primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado a favor de esta postura, en la jurisprudencia que dice:

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. CUANDO EXISTA CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO ENTRE NORMAS SANCIONADORAS QUE PRESCRIBEN LA APLICACIÓN DE MÁS DE UNA PENA, EL JUZGADOR NO PUEDE SECCIONARLAS. El principio de legalidad en materia penal, consagrado en el artículo 14 constitucional, prescribe que corresponde en exclusiva al legislador establecer, por medio de leyes, los delitos y las penas aplicables por su comisión. A la luz de dicho principio, es de estimarse que en aquellos casos en que existe un conflicto de leyes en el tiempo entre normas que establecen, cada una de ellas, distintas penas que deben ser aplicadas al condenado como consecuencia de la comisión del delito, el juzgador debe seleccionar aquella norma que resulte más benéfica para el inculpado, pero en los exactos términos en que ésta fue prevista por el legislador. En consecuencia, en ese tipo de casos, el juzgador no puede seccionar las disposiciones sancionadoras en conflicto, con el objeto de seleccionar, entre la totalidad de penas previstas en éstas, aquellas que aisladamente

<sup>74</sup> Berchelman Arizpe, Antonio. *Op. cit.*, p. 272 y 273.

consideradas resultan más benéficas para el inculpado, puesto que tal proceder equivaldría a crear una pena nueva, distinta a las contempladas por el legislador en las normas que se encuentran en conflicto, con base en los elementos integrantes de cada una de ellas. Situación que contraviene de manera flagrante el principio constitucional antes referido.<sup>75</sup>

No obstante, Bustos Ramírez es de la opinión contraria, para quien

La combinación de leyes es admitida en el campo penal, ya que nunca hay una ley completa estrictamente, siempre el juez está configurando una *lex tertia*... (con la) que no ataca ninguno de los contenidos del principio de legalidad y está de acuerdo con el principio de necesidad de la pena... (por lo tanto) no se ve razón para oponerse a la *lex tertia* que no es tal, sino simple interpretación integrativa completamente admisible (a favor del reo) en la actividad judicial que puede aún llegar a la analogía favorable.<sup>76</sup>

Para el profesor de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Coahuila, Antonio Berchermann Arizpe, el criterio teórico que prohíbe la combinación de las leyes penales en sucesión, y que es adoptado en la jurisprudencia trascrita:

Es correcto. A menos que sea el mismo legislador quien prevea esa posibilidad y la resuelva en una fórmula legal. Como sucede en Coahuila, pues el artículo 5° del CPC precisa que: '(Cuando antes de sentencia ejecutoria una ley modifique la pena en cantidad o calidad, el juzgador aplicará la más favorable). En su caso, se estará a cualquier mínimo y máximo punible de las leyes en sucesión, que sean más favorables. Cuestión esta que no zanja los sendos artículos 56 del CPF, 2, 10 y 121 del CPDF [...].<sup>77</sup>

<sup>75</sup> Jurisprudencia 1a./J. 105/2005, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXII, septiembre de 2005, página 129, núm. registro 177,281.

<sup>76</sup> Citado por Creus, Carlos. *Op. cit.*, p. 98 y 99.

<sup>77</sup> *Op. cit.*, p. 270.

Lo que está entre paréntesis es mío y corresponde a la parte no trascrita por el autor, del artículo 5°.

### 5. *El derecho penal transitorio*

Las disposiciones transitorias tienen las mismas características que las normas jurídicas en general; sin embargo, las diferencias de aquéllas con éstas, son:

- El derecho transitorio se dirige a las autoridades encargadas de la aplicación de las nuevas disposiciones; no a los particulares.
- El propósito de los artículos transitorios es regular la vigencia o modo en que se aplicarán las normas expedidas y las derogadas.
- Las disposiciones de tránsito dependen de las normas jurídicas nuevas cuya aplicación regulan.

En ese sentido, para Antonio Berchelmann Arizpe pretender que se continúe con la aplicación de una ley muerta (derogada o abrogada), mediante las normas transitorias de la ley nueva, constituye una vía contraria al artículo 14 constitucional, porque de sostener su constitucionalidad

[...] se tendría que admitir que en realidad la ley anterior —y que ya se derogó— todavía está ‘vigente’. Lo cual no sería cierto. Porque es del todo rechazable que una ley nueva pueda hacer sobrevivir en sus artículos transitorios una norma punitiva que ella misma deroga, por los casos que acontecieron durante la vigencia de aquella norma... (y ello implicaría) que en la misma ley habría dos normas contradictorias: La norma (transitoria) que deroga a la anterior y la norma (transitoria) por la cual se haría pervivir a la norma que se deroga. Y de esas normas que estaría en conflicto es indudable que debe prevalecer la norma que deroga, por las sencillas razones de que: 1) Hay que atender a la norma más favorable en acato de la garantía constitucional de aplicar esa nueva norma derogatoria en beneficio de la persona. 2) Y porque, además, la norma con la cual se pretendería punir aún no existía cuando se cometieron los delitos [...] <sup>78</sup>

<sup>78</sup> *Op. cit.*, p. 275.

El tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el caso “Paty Chapoy”, se pronunció en el sentido de que no se puede pretender la supervivencia de las normas penales derogadas, mediante las disposiciones transitorias de la nueva ley penal, porque de ser así, se trastocarían los principios de exacta aplicación de la ley penal, retroactividad favorable para el reo y la prohibición de leyes privativas, en la tesis aislada del rubro y texto siguientes:

DERECHOS DE AUTOR. EL ARTÍCULO SEGUNDO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE ADICIONÓ EL TÍTULO VIGÉSIMO SEXTO AL LIBRO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, EN TANTO QUE PRETENDE SANCIONAR PENALMENTE LA CONDUCTA CONSIDERADA DELICTIVA, SÓLO HASTA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL PROPIO DECRETO, EN EL ARTÍCULO 135, FRACCIÓN II, DE LA LEY RELATIVA ABROGADA, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL Y RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN BENEFICIO DEL INCUPLADO, PROCESADO O SENTENCIADO. Si bien es cierto que una norma de tránsito tiene como función regular el paso ordenado de una ley anterior a una nueva, precisando cuál es el tratamiento que se debe dar a las situaciones o hechos jurídicos que habiendo surgido durante la vigencia de aquélla, puedan tener alguno o algunos de sus efectos durante la vigencia de ésta, con la finalidad de dar cumplimiento al principio de seguridad jurídica, también lo es que tratándose de la derogación o abrogación de leyes penales sustantivas, la regulación que al respecto realice una norma de tránsito debe observar los principios de exacta aplicación de la ley en materia penal y de retroactividad de la ley en beneficio del inculcado, procesado o sentenciado, previstos, respectivamente, en los párrafos inicial y tercero del artículo 14 constitucional. En congruencia con lo anterior, es de estimarse que el artículo segundo transitorio del decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis, al disponer que los tipos penales contenidos en la abrogada Ley Federal sobre el Derecho de Autor, específicamente el previsto en la fracción II de su artículo 135, seguirán vigentes por cuanto a la persecución, sanción y ejecución de sentencias por los hechos ejecutados hasta antes de su entrada en vigor, viola los principios constitucionales referidos, pues en el catálogo de figuras típicas reguladas en el título vigésimo sexto del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia

Federal, establecido en virtud del citado decreto, no se tipifica la conducta considerada anteriormente como delictiva en el aludido precepto de la abrogada ley autoral y, por ende, no se presenta una sucesión de normas sustantivas penales en el tiempo, al no preverse idénticas conductas típicas en la ley anterior y en la nueva, por lo que los hechos cometidos durante la vigencia de aquella al dejar de tener el carácter delictivo no pueden surtir efecto alguno, y por ello, durante la vigencia de la nueva ley, ya no pueden ser objeto de persecución, investigación, procesamiento, ni de una sentencia condenatoria y su ejecución. Además, si se estimara vigente el mencionado artículo de la abrogada ley del derecho de autor, como la conducta tipificada en él dejó de tener el carácter delictivo en el ordenamiento vigente, constituiría una norma privativa prohibida en el artículo 13 constitucional, al aplicarse sólo a aquellos individuos ubicados en el supuesto normativo hasta antes de la entrada en vigor del ordenamiento penal.<sup>79</sup>

## 6. *Retroactividad de la Jurisprudencia*

Una primera posición teórica le niega a los cambios jurisprudenciales su aplicación extractiva, porque sólo interpretan las disposiciones legales, no crean una nueva ley penal. Por lo contrario, la corriente doctrinal opuesta sostiene que los criterios jurisprudenciales deben regirse por el principio de legalidad y extractividad de la ley penal.

En este último sentido opinan Zaffaroni, Alagia y Slokar,<sup>80</sup> para quienes una nueva interpretación judicial más gravosa que la anterior resulta inadmisibles porque no se puede punir a quien desconocía la prohibición, es decir, se trata entonces de una cuestión de inculpabilidad por error de prohibición invencible, ya no de legalidad, ni de retroactividad. En cambio, si la jurisprudencia realiza una interpretación novedosa más benigna que la precedente, debe aplicarse retroactivamente a favor de la persona que es procesada o fue condenada con anterioridad, por razones elementales de equidad.

<sup>79</sup> Tesis aislada P. CXLIV/2000; visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XII, septiembre de 2000, página 21, núm. registro 191125.

<sup>80</sup> *Derecho penal. Parte general. Op. cit.*, pp. 118 y 119.

En nuestro país, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación adoptó la opinión doctrinaria que le niega el carácter retroactivo a la jurisprudencia, en el criterio obligatorio siguiente:

JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA. SU APLICACIÓN NO ES RETROACTIVA. Es inexacto que al aplicarse jurisprudencia surgida con posterioridad a la comisión del delito y a la ley entonces vigente, se viole en perjuicio del acusado el principio jurídico legal de irretroactividad, pues la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente, sino sólo es la interpretación correcta de la ley que la Suprema Corte de Justicia efectúa en determinado sentido y que se hace obligatoria por ordenarlo así disposiciones legales expresas, de suerte que su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el proceso penal.<sup>81</sup>

### *7. Las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales*

Cosa distinta sucede en relación con las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, en materia penal dado que el artículo 105, parte inicial y penúltimo párrafo, constitucional, establece:

Artículo. 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

...

La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I (controversias constitucionales) y II (acciones de inconstitucionalidad) de este artículo no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. SENTENCIAS DECLARATIVAS DE INVALIDEZ DE DISPOSICIONES GENERALES. SÓLO PUEDEN TENER EFECTOS RETROACTIVOS EN MATERIA PENAL. Conforme a lo establecido en el penúltimo párrafo del artículo 105 constitucional, la declaración de invalidez dictada en las controversias

<sup>81</sup> Jurisprudencia 175, visible en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, 2000, tomo II, Penal, Jurisprudencia SCJN, Sexta Época, página 127, núm. registro 904156

constitucionales no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, por lo que, al disponer el artículo 45 de la ley reglamentaria del citado precepto constitucional, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinará a partir de qué fecha producirán sus efectos las sentencias relativas, debe concluirse que el legislador ordinario facultó al propio tribunal para determinar el momento en que puede, válidamente, señalar la producción de efectos de su resolución que es, bien la fecha en que se dicta ésta, o alguna fecha futura, pero no en forma retroactiva.<sup>82</sup>

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ESTÁ FACULTADA PARA DAR EFECTOS RETROACTIVOS A LA SENTENCIA QUE DECLARE LA INVALIDEZ DE NORMAS LEGALES EN MATERIA PENAL. Si se tiene en cuenta, por un lado, que el Máximo Tribunal del país cuenta con amplias facultades para determinar los efectos de las sentencias estimatorias en el marco de las acciones de inconstitucionalidad, conforme a la jurisprudencia P./J. 84/2007, de rubro: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CUENTA CON AMPLIAS FACULTADES PARA DETERMINAR LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS” y, por otro, que acorde con el segundo párrafo de la fracción III del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos “La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.”, es indudable que este Alto Tribunal está en condiciones de dar efectos retroactivos a la sentencia de invalidez que se dicte en relación con normas legales de carácter penal, los cuales tendrán eficacia desde la entrada en vigor de la legislación declarada inconstitucional y bajo la estricta condición de que la expulsión de la norma tienda a beneficiar (y nunca a perjudicar) a todos y cada uno de los individuos directamente implicados en los procesos penales respectivos.<sup>83</sup>

<sup>82</sup> Jurisprudencia P./J. 74/97, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo VI, septiembre de 1997, página 548, núm. registro 197686.

<sup>83</sup> Jurisprudencia P./J. 104/2008, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXVIII, septiembre de 2008, página 587, núm. registro 169017.

#### IV. Concurso normas penales: principios de especialidad, subsidiariedad, consunción, alternatividad y teleológico o del fin de la conducta

El fenómeno jurídico-penal por el cual una misma conducta es aparentemente captada por dos o más normas penales, de uno o varios ordenamientos vigentes en un mismo lugar y tiempo, suele llamársele de muy diversas maneras: concurrencia de normas incompatibles entre sí, concurso aparente de normas, concurso impropio, conflicto aparente de disposiciones penales, unidad de ley en oposición a la pluralidad de leyes, entre otros; dado que ese concurso o conflicto es meramente aparente, porque en realidad sólo una de esas disposiciones o normas deberá aplicarse con exclusión de las otras, por ser incompatibles entre sí.

Entonces, la ubicación sistemática correcta para el estudio del concurso de leyes o unidad de la ley, debe ser en el capítulo relacionado con la interpretación y aplicación de las normas penales, pues sólo mediante el análisis previo de las leyes aparentemente concursantes, se puede establecer cuál de ellas deberá aplicarse con exclusión de la otra u otras, por ser incompatible la aplicación de todas ellas.

Lo anterior es así, porque la figura analizada se relaciona con los principios de exacta aplicación de la ley penal ya examinados, establecido en el artículo 14 constitucional; pero también implica el respeto o violación del principio *non bis ídem*, es decir, la prohibición de no ser juzgado dos veces por la misma conducta, mediante la posibilidad de iniciar un nuevo proceso contra la misma persona por la comisión de una misma conducta; o bien, la proscripción derivada de dicho principio, consiste en la imposibilidad de recalificar una misma conducta, consagrado en el artículo 23 de la Ley Fundamental.

Lo anterior ha sido reconocido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 36/2007, pues en la ejecutoria respectiva consideró:

[...] el tema de la presente contradicción de tesis se circunscribe a determinar en qué momento se debe analizar el tema relativo al concurso aparente de leyes, normas o tipos penales...

La problemática que se le presenta al órgano jurisdiccional, es que la conducta del sujeto activo es subsumible en varios supuestos de hechos típicos penales; en otras

palabras, existen conductas o hechos que al producirse ponen en movimiento una pluralidad de tipos penales con pretensión de aprehender a dichas conductas o hechos. El concurso aparente de tipos, acontece cuando diversas disposiciones, en un mismo tiempo y lugar, regulan una idéntica situación de hecho; se considera que es aparente, porque es la propia ley quien ofrece el criterio para determinar la aplicación de uno o de otro, con lo que el encuadramiento plural, se reduce a un encuadramiento único, además porque de esta manera se distingue del concurso de leyes que opera en el denominado concurso de delitos.

Debe destacarse, que la finalidad de la teoría del concurso aparente de tipos, es la aplicación unitaria y exacta de los mismos [...] <sup>84</sup>

Por ello, el tribunal mencionado, previamente a la definición del concurso aparente de normas, precisó en esa misma sentencia que ese tema jurídico:

[...] se encuentra relacionado con la garantía de exacta aplicación de la ley, prevista en el artículo 14, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que es del tenor siguiente:

*(se transcribe artículo 14 constitucional)*

El precepto legal reproducido, prevé el principio de exacta aplicación de la ley penal, traducéndose en que cualquier pena impuesta por la comisión de un delito debe estar incluida en la ley aplicable, y señalarse con precisión la descripción de todos los elementos del tipo penal y la consecuencia jurídica que corresponda estrictamente al delito de que se trate, a fin de que el sujeto activo a quien se le atribuye una conducta penalmente relevante, no sea sancionado en virtud de semejanzas legales, por analogía o por mayoría de razón.

...

Lo anterior también se relaciona con el principio denominado “*non bis in ídem*”, contenido en el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual reza en la forma siguiente:

*(Se transcribe artículo 23 constitucional)*

El precepto transcrito establece una garantía de seguridad jurídica, en lo conducente, señala que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en

<sup>84</sup> Ejecutoria visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVII, enero de 2008, página 68, núm. registro 20660.

el juicio se le absuelva o se le condene, de ahí que la locución latina *non bis in idem*, signifique “no dos veces sobre (por) lo mismo”.

En el ámbito procesal, la garantía de mérito trasciende como principio de cosa juzgada, por lo que ninguna persona puede ser juzgada más de una vez por el mismo delito, impide la multiplicidad de juzgamientos y, por consecuencia, de penas por el mismo hecho (un solo juzgamiento, una sola sentencia por un solo delito, así como una sola pena para él).

No obstante, dicha garantía también prohíbe que pueda imponerse a una misma conducta una doble penalidad, es decir, que se recalifique, con lo que se evita que se sancione penalmente más de una vez.

De esta manera, los principios de exacta aplicación de la ley penal y *non bis in idem*, al ser de observancia estrictamente obligatoria, entre otros, para los órganos jurisdiccionales, impone que en el ejercicio de sus facultades, resuelvan problemáticas que surgen en razón de la concurrencia aparente de leyes, de normas o de tipos, a fin de no transgredir la esencia y razón de la existencia de dichos principios [...] <sup>85</sup>

### *1. Distinción entre concurso de normas penales y concurso ideal o formal de delitos*

Así planteada la cuestión, el concurso de leyes no debe confundirse con el concurso ideal o formal de delitos. En ambos existe una sola conducta captada por una pluralidad de figuras típicas concurrentes; pero en el concurso aparente, las normas se excluyen, por ser incompatibles. En cambio, en el concurso ideal o formal la multitud de disposiciones no se excluyen entre sí, por ser compatible la aplicación de todas ellas para esa sola acción u omisión.

Lo hasta aquí expuesto es compartido por el profesor Antonio Berchermann Arizpe, quien dice:

[...] El criterio de que todo concurso aparente, presupone un conflicto de dos normas ‘incompatibles’ entre sí que pretenden regular el mismo hecho, cuando en realidad sólo una es la exactamente aplicable, misma que excluye a la restante; trae como consecuencia que si falta tal incompatibilidad entre las normas concursantes

<sup>85</sup> *Ídem.*

y estas se refieren al mismo tipo penal, ya no podrá hablarse de que exista conflicto entre ellas y podrá darse un concurso ideal de delitos...

Lo anterior significa que ante cierta conducta en ocasiones surge una pluralidad de normas penales que podrían serle aplicables o no: lo que dependerá según aquellas sean o no compatibles entre sí para aplicarlas a la conducta de que se trate. Cuando las normas concurrentes consistan en tipos penales que sean compatibles para adecuarlos a una conducta, se estará ante un concurso ideal de delitos. Pero en la medida en que las normas —aunque no se trate de tipos penales— sean inconciliables, existirá un conflicto entre ellas que ha de resolverse excluyendo una de las que parecen concursar —y que en realidad no es la exactamente aplicable—: para sólo tomar en cuenta la que sea justamente adecuada a la conducta de que se trate, cumpliéndose así con la garantía del art. 14. C. y, en su caso, evitando la recalificación delictiva que prohíbe el art. 23 C [...] <sup>86</sup>

## 2. Principios para la solución del concurso de leyes penales incompatibles entre sí

Algunos autores, como José Hurtado Pozo sostienen: “En realidad, estos principios son reglas destinadas a ayudar al juez en su labor de interpretar y aplicar la ley”.<sup>87</sup> Como quiera que sea (un principio es una regla), debe destacarse que una parte de la doctrina penal estima que un solo criterio o principio es suficiente para resolver los casos de concurso aparente de normas; en tanto otra sostiene la conveniencia de establecer diferentes principios.

En nuestro país, la legislación penal federal en su artículo 6°, párrafo segundo, establece únicamente el principio de especialidad como rector para zanjar el problema en análisis, pues señala: “Cuando una misma materia

<sup>86</sup> Berchelmann Arizpe, Antonio. *Derecho penal mexicano. Parte general*. p. 982; obra aún sin publicar, pero que tengo en mis manos, porque su autor me hizo el favor y la distinción de proporcionarme el tema relacionado con el concurso aparente de normas y otros más. Sin embargo, aclaro que, según me comentó el propio autor, esa obra aún sin publicar corresponderá a la segunda edición de su libro *Derecho penal mexicano. Parte general*, citado por mí en notas anteriores.

<sup>87</sup> Hurtado Pozo, José. *Nociones Básicas de Derecho Penal de Guatemala. Parte general*. p. 358. Véase [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj\\_20080609\\_05.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_05.pdf)

aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general”.

En cambio, el Código Penal para el Distrito Federal optó por recoger los principios de especialidad, consunción y subsidiaridad para establecer la ley penal aplicable en caso de concurrencia de normas incompatibles entre sí. En efecto, en su artículo 13 establece:

Artículo 13 (Principio de especialidad, consunción y subsidiariedad). Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones:

- I. La especial prevalecerá sobre la general;
- II. La de mayor protección al bien jurídico absorberá a la de menor alcance; o
- III. La principal excluirá a la subsidiaria.

Cabe señalar que algunos doctrinarios incluyen también el principio de alternatividad; en tanto que el artículo 8° del Código Penal de Coahuila señala:

Artículo 8°. Si aparentemente dos normas captan la misma situación, se aplicará aquella que contenga la modalidad o circunstancia específica de la conducta a juzgar o en su defecto, se atenderá al fin de la conducta.

En tal tesitura, el dispositivo legal en comento agrega el principio que el maestro Berchermann Arizpe llama “teleológico” y en la exposición de motivos del ordenamiento represivo mencionado, ese criterio se denomina “del fin de la acción”.

Entonces, se puede concluir que son cinco los criterios ideados para solucionar el aparente concurso de leyes penales: especialidad, consunción, subsidiaridad, alternatividad y teleológico.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las ejecutorias mediante las cuales resolvió las contradicciones de tesis 158/2007, 104/2006 y 46/2006, examinó cada uno de los principios o criterios diferenciadores que la doctrina ha establecido, excepto el teleológico o del fin de la conducta, señalado en el artículo 8° del Código Penal de Coahuila.

En ese entorno, con base en el estudio realizado en los criterios obligatorios mencionados; así como en los comentarios teóricos vertidos en relación con los principios aludidos, precisaré en qué consiste cada uno de ellos.

## A. Principio de especialidad

Aquí se aplica la máxima consistente en que la ley especial se aplica en lugar de la general. Ahora bien, es especial una norma en relación con otra cuando contiene todos los elementos de éste, pero además otros u otras circunstancias específicas que la hacen preferente en su aplicación respecto de la general.

Sobre este principio, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró:

[...] De acuerdo al principio de especialidad (*lex specialis derogat lex generalis*), cuando se relacionan dos o más tipos, uno de ellos excluye al otro, en la medida que abarca las mismas características que el excluido, pero agregando alguna nota complementaria que toma en cuenta otro punto de vista en cuanto a la lesividad.

En este caso, el tipo con mayor número de características es especial respecto del otro, que es general. Esta relación de subordinación se presenta en la forma de encerramiento conceptual, pues no se concibe la realización de una acción que encuadre en el tipo especial sin que al mismo tiempo lo haga en lo general. Por tanto, el precepto especial se aplicará con preferencia al general.

Ejemplo:

‘Novena Época

‘Instancia: Primera Sala

‘Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

‘tomo: XXV, febrero de 2007

‘Tesis: 1a./J. 104/2006

‘Página: 219

‘CONTRABANDO. TRATÁNDOSE DE VEHÍCULOS DE PROCEDENCIA EXTRANJERA, SE ACTUALIZAN LOS TIPOS DE CONTRABANDO BÁSICO, CONTRABANDO PRESUNTO O CONTRABANDO EQUIPARADO A QUE SE REFIEREN LOS ARTÍCULOS 102, 103 FRACCIÓN II O 105, FRACCIÓN VII Y NO EL GENÉRICO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 105 FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN. Al existir diversos preceptos legales que pretenden sancionar el hecho punible consistente en poseer un vehículo de procedencia extranjera sin la documentación que acredite su legal estancia en el país, se actualiza un concurso aparente de normas que debe resolverse aplicando el principio de especialidad contenido en el artículo 6o. del Código Penal Federal, que esencialmente implica preferir a la norma que describa más detalladamente la

conducta. En congruencia con lo anterior, y tomando en cuenta que existen preceptos que se refieren en específico a la conducta y mercancía señaladas y que, por ende, habrá de preferirse su aplicación respecto del tipo genérico relativo a la posesión de mercancía extranjera, se concluye que el delito de contrabando equiparado previsto en la fracción I del artículo 105 del Código Fiscal de la Federación no se configura cuando el sujeto activo se encuentra en posesión de un vehículo de procedencia extranjera sin la documentación que acredite su legal estancia en el país, sino que, en todo caso, se actualizan los tipos relativos al contrabando básico, contrabando presunto o contrabando equiparado a que se refieren los artículos 102, 103, fracción II, o 105, fracción VII, del aludido Código, respectivamente, dependiendo de las circunstancias específicas en que se haya cometido el ilícito. Esto es, si el sujeto activo se encuentra en posesión de este tipo de vehículos dentro de la zona de veinte kilómetros que señala el citado artículo 103, fracción II, sin la documentación que acredite su tránsito por dicha zona o por el resto del país, se actualiza el delito de contrabando básico (artículo 102); si se encuentra fuera de tal zona sin la documentación que acredite los trámites aduanales para su introducción al territorio nacional o para su internación de la franja o región fronteriza al resto del país, se configura el ilícito de contrabando presunto (fracción II del artículo 103), y cuando la posesión es respecto de un vehículo importado en franquicia, importado a la franja fronteriza, o importado o internado temporalmente pero sin autorización legal para ello, el delito que se actualiza es el contrabando equiparado (fracción VII del artículo 105). [...] <sup>88</sup>

## B. Principio de subsidiariedad

Se da cuando las normas aparentemente conflictuadas describen grados o estadios diversos de la violación de un mismo bien jurídico, de suerte tal que la disposición que establezca la lesión mayor al bien jurídico tutelado se considerará principal o primaria respecto de la norma que prevé un trasgresión menor al mismo interés jurídico protegido, que será considerada norma secundaria o subsidiaria; por lo cual, la aplicación de ésta quedará absorbida por la de aquélla. En efecto, la norma subsidiaria o secundaria, también es

<sup>88</sup> Ejecutoria visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVII, enero de 2008, página 68, núm. registro 20660.

llamada norma auxiliar, porque se aplicará en vía auxiliar, es decir, sólo en caso de que el hecho o conducta a juzgar no quede comprendido en la norma principal o primaria, a fin de evitar que pudieran quedar impunes acciones u omisiones que sean potencialmente riesgosas para el bien jurídico.

La subsidiaridad puede ser expresa o tácita.

En relación con esta regla para la interpretación y aplicación de la ley penal, el máximo tribunal citado, precisó:

[...] Por su parte, el principio de subsidiariedad (*lex primaria derogat legis secundariae*), se puede conceptualizar como el fenómeno jurídico valorativo que tiene lugar cuando la tipicidad corresponde a una afectación más intensa del bien jurídico interfiere a la que abarca una afectación de menor intensidad. En términos generales, existe subsidiariedad si diferentes preceptos jurídicos se refieren al mismo bien jurídico en diferentes grados de afectación. Así, la determinación penal subsidiaria no tiene aplicación después de la realización de la primaria, porque aquélla, pese a haber tenido lugar en forma necesaria, como grado menos peligroso de afectación, queda fuera de consideración como menos significativa.

Por tanto, la norma subsidiaria se aplicará sólo en defecto de la principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. Así, el principio de subsidiariedad es una forma de evitar que la no concurrencia de determinados requisitos deje sin sanción un hecho que, de todos modos, puede ser sancionado por otro precepto que no exige todos esos requisitos [...]<sup>89</sup>

### C. Principio de consunción

Este criterio operativo para la aplicación exacta de la ley y evitar la recalificación de la conducta, consiste en la realización de dos o más (pluralidad) hechos o conductas a juzgar que son captados por dos o más (pluralidad) normas; sin embargo, una de ellas es de mayor entidad valorativa que la otra, por lo cual ésta quedará desplazada por aquélla, pues consume suficientemente el desvalor o antijuricidad de ambos hechos, por ello se habla de hechos o conductas copenadas o impunes.

<sup>89</sup> *Idem.*

[...] El principio de consunción o absorción (*lex consumens derogat legi consuetae*), se puede definir como la relación que se establece entre los tipos cuando uno encierra al otro, pero no porque lo abarque conceptualmente, sino porque consume el contenido material de su prohibición. Se distingue del de especialidad porque la relación de consunción tiene lugar en el caso del hecho posterior. Esto es, muchas veces un delito engloba otros hechos que ya de por sí son constitutivos de delito que no se castigan autónomamente porque su desvalor va incluido ya en el desvalor del delito del que forman parte; es decir, el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

Ejemplo:

‘Novena Época

‘Instancia: Primera Sala

‘Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

‘Tomo: XXI, abril de 2005

‘Tesis: 1a./J. 11/2005

‘Página: 515

‘PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD CUANDO SE LLEVA A CABO ÚNICAMENTE PARA COMETER LOS DELITOS DE ROBO O EXTORSIÓN. ES UN TIPO ESPECIAL CUYA ACTUALIZACIÓN EXCLUYE LA ACREDITACIÓN EN FORMA AUTÓNOMA DE ESAS FIGURAS DELICTIVAS. La figura delictiva de privación de la libertad cuando se lleva a cabo únicamente para cometer los delitos de robo o extorsión, prevista en el artículo 160, párrafo quinto, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, acorde con su estructura, constituye un tipo especial, toda vez que aun cuando para su conformación incluye elementos objetivos y subjetivos que forman parte de las descripciones contenidas en aquellos delitos, lo cierto es que dichos elementos pasan a formar parte de la nueva descripción legal que, al tutelar como bien jurídico tanto a la libertad deambulatoria como el patrimonio, prevé una sanción más severa como consecuencia de su comisión. En esa tesitura, es evidente que la acreditación de este tipo penal no puede coexistir con la de los dos tipos penales básicos de robo o extorsión, esto es, excluye su aplicación autónoma respecto de los mismos hechos, pues lo contrario implicaría dar una doble consecuencia jurídica a una sola conducta, es decir, como agravante del delito de privación de la libertad y como conducta autónoma comisiva de los delitos de robo o extorsión, lo cual necesariamente se traduce en la recalificación de la conducta, en detrimento de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal. En este orden de ideas, el

aparente concurso de normas suscitado entre los artículos 160, párrafo quinto y 220 o 236 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se resuelve con apoyo en el llamado principio de consunción, contenido en la fracción II del artículo 13 del ordenamiento legal citado, conforme al cual el tipo que es exactamente aplicable al caso, es el de mayor protección al bien jurídico, el cual absorbe a los de menor alcance, que quedarán marginados, es decir, deberá acreditarse solamente el delito de privación de la libertad cuando se lleve a cabo únicamente para cometer los delitos de robo o extorsión, y no así en forma paralela y autónoma estos últimos, pues de lo contrario, como se dijo, se recalificaría la conducta ilícita cometida. No obsta a lo anterior que en el supuesto de no acreditarse alguno de los elementos que integran el tipo especial, sólo se generará el reproche de la conducta en grado de tentativa respecto de ese tipo específico, no así la atipicidad. Además, con independencia de lo expuesto, debe señalarse que en caso de que durante la realización de los hechos se cometan otras conductas ilícitas que tipifiquen un delito que lesione bienes jurídicos diversos a los que protege el tipo penal especial, sí se actualizaría un concurso real de delitos, en virtud de que dicho precepto, aun cuando es especial, no absorbe dentro de su estructura la protección a bienes jurídicos distintos al patrimonio y la libertad deambulatoria.’ [...]’<sup>90</sup>

Así se ha reconocido la distinción entre las tres reglas operativas anteriores, establecidas para guiar la labor del intérprete. Al decir de Zafaronni, Alagia y Slokar:

[...]Puede sostenerse que hay una interferencia tipificada apartada en los tres principios, porque las tres formas o principios de las relaciones típicas tienen como consecuencia el fenómeno de la interferencia, pero en tanto que en la especialidad se produce por un encerramiento conceptual, en la consunción opera por otro de naturaleza material, en la subsidiaridad tiene lugar por efecto de una progresión de la afectación típica[...].’<sup>91</sup>

<sup>90</sup> Véase ejecutoria citada en la nota 84.

<sup>91</sup> *Op. cit.*, p. 834.

#### D. Principio de alternatividad

Esta regla operaría cuando las normas concurrentes protegen el mismo bien jurídico, aunque sus elementos constitutivos no son los mismos. El problema de la alternatividad se presenta en virtud de la equivalencia o igualdad de las valoraciones contenidas en la ley penal, de suerte tal que resulte indiferente la aplicación de una u otra norma, pues cualquiera de ellas alcanza el rango de punibilidad deseado.

Este principio es rechazado por la doctrina reciente, dado que no tiene una autonomía lógica respecto de los demás principios, en particular con relación al principio de especialidad.

Además, cabe señalar que los autores que defienden este principio no son uniformes en cuanto a la manera de comprenderlo. Para unos hay alternancia de tipos legales, cuando éstos son opuestos; en cambio, para otros, se trata de una misma acción que es contemplada desde diferentes puntos de vista, por las distintas normas concursantes.

En relación con este principio, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación toma la primera postura doctrinaria, dado que sostiene:

[...] La relación de alternatividad es aquella en que dos figuras recíprocamente se excluyen por incompatibilidad con relación al mismo hecho, el cual solamente puede encuadrar en la una o en la otra; lo que caracteriza a la misma, es que los tipos penales se vuelven entre ellos incompatibles con respecto a un hecho, el que sólo puede ser aprehendido por uno o por otro tipo, pero no por los dos en forma simultánea.

Cuando uno de los tipos penales se apodera de la conducta, excluye al otro u otros, en razón de que los elementos de sus respectivas composiciones son incompatibles entre sí [...]

Es decir:

[...] se da cuando los preceptos describen diversas conductas separadas en forma disyuntiva, de manera que el delito es perfecto cuando se comete cualquiera de ellas, pues la pena es idéntica y las conductas tienen autonomía entre sí, ejemplo de este principio es el delito de traición a la patria, donde comete tal ilícito quien realice actos contra la independencia de la nación o su soberanía o integridad;

destruya o quite dolosamente señales que marquen los límites del territorio nacional o haga que se confundan; al que oculte o auxilie a quien comete espionaje [...] <sup>92</sup>

### E. Principio teleológico o del fin de la conducta

Como se señaló, este principio se recoge en el artículo 8° del Código Penal de Coahuila, llamado en la exposición de motivos como criterio del fin de la conducta del agente.

Se trata de la variante subjetiva del principio de especialidad. Al respecto, el autor del código penal coahuilense, el maestro Antonio Berchelmann Arizpe, precisa en su libro *Derecho penal mexicano parte general*, en su segunda edición todavía sin publicarse, que el principio teleológico se encuentra implícito dentro de los principios de especialidad y consunción:

[...] Mismo que resuelve el concurso aparente de tipos, donde el criterio delimitador de la especialidad lo da el fin del agente respecto a los elementos objetivos del tipo penal de que se trate. Por lo que incluso en casos donde parecería que los elementos especializantes sólo serían de índole objetiva, como las calidades de los sujetos pasivos en el parricidio y el infanticidio respecto al homicidio, lo que en última instancia decidirá el tipo aplicable será el dolo específico del agente[...] Pero también a veces es el fin del sujeto activo el que decide cuál es el tipo aplicable de los que parecen concursar. Como sucede en las lesiones que ponen en peligro la vida y el homicidio en grado de tentativa, pues la concreción de un tipo penal o la del otro, dependerá de la finalidad de lesionar o de matar que haya tenido el agente al realizar su acción[...] Como también en otros casos, donde la conducta descrita en los tipos penales recaiga sobre el objeto mismo, donde será el fin que presida su acción el que deslinde cuál de aquellos resulta aplicable [...] <sup>93</sup>

<sup>92</sup> Ejecutoria visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXV, febrero de 2007, página 220, núm. registro 19950.

<sup>93</sup> *Op. cit.*, Segunda edición aún sin publicar. p. 984.