

ALGUNAS IMPLICACIONES SOBRE LA INTERPRETACION DEL DERECHO EXTRANJERO EN LA APLICACION DEL DERECHO PENAL MEXICANO

Por el Lic. Sergio Vela Treviño
Profesor Titular de Derecho Penal en la Escuela
Libre de Derecho.
Miembro de número de la Academia Mexicana
de Ciencias Penales.

1.- Planteamiento del tema.- En esta época, último tercio del Siglo XX, el Derecho frecuentemente se ve frente a serios conflictos de aplicación de leyes por causa de las modernas técnicas que propician un acelerado proceso en la comunicación humana.

La fácil y rápida comunicación hace que las leyes resulten en algunos casos lentas en su actuación y difíciles en su interpretación, especialmente dicho esto en relación con el Derecho Penal. No es desconocido para nadie inquieto en estos menesteres, el siempre interesante tema del lugar y tiempo de la conducta y los problemas que de ello sobrevienen, para resolver cuestiones substanciales y procesales. Resulta de máxima importancia saber dónde y cuándo se realizó la conducta porque de lo que se resuelva puede depender igual que el hecho ocurrido sea o no delictuoso, que conocer la esfera de competencia de cierta legislación para obtener conclusiones legales acerca de tal hecho. Cuando como ahora ocurre, ciencia y técnica se vinculan para imponer posibilidades de máxima aceleración en el acontecer humano, más grave y necesario se torna el problema de la aplicación de una cierta y determinada legislación.

En mas de una ocasión es la ley misma la que establece la necesidad absoluta de acudir a una ley extranjera; en otros casos, tal necesidad no es un imperativo aún cuando sí puede tornarse en una conveniencia para satisfacer la pretensión de la justicia. En diferentes palabras: la ley penal nacional permite el acceso de la ley extranjera en ciertos casos concretos.

De estos casos concretos, de sus implicaciones y procesos razonables más frecuentes en razón de lo dicho, habremos de ocuparnos en las páginas subsecuentes, porque consideramos que prueban en forma evidente la vinculación que debe existir entre ciertas ramas del Derecho que tradicionalmente se han querido manejar en forma separada.

2.- El apartado anterior fue estructurado pensando que servirá de base para la expresión de la tesis que en este trabajo se contiene; como es natural, resulta imposible que una base tenga, al mismo tiempo, los ingredientes que apoyan el criterio establecido. Por ello, en el curso de la exposición iremos dando los elementos que sustentan nuestra forma de pensar y probando las afirmaciones que hagamos.

Una primera cuestión a desarrollar es concerniente a la aplicación de principios, considerados como básicos. Expliquemos esto y en relación directa con el principio de legalidad o de reserva de ley.

En el actual momento histórico puede decirse que los países que se rigen por una cultura identificada como occidental, aceptan como principio fundamental de su Derecho Penal el de legalidad, también conocido bajo la denominación de reserva de ley; hay una

plataforma común que con el paso de las generaciones ha ido cimentando la fuerza del principio *nullum crimen sine lege*, hasta un punto en que, desde el aspecto técnico formal, todo lo que concierne a la materia de los delitos, de las penas (y en algunos casos de las medidas de seguridad) queda cubierto bajo el manto de la reserva que las constituciones garantizan en forma adecuada al amparo de la idea nacida en función de la seguridad jurídica, de que sólo será delito aquello que una ley describa como tal en forma previa y la única sanción (o medida de seguridad) será la expresamente señalada para el caso concreto.

Esta reserva de ley en la materia penal tiene la especial significación de corresponder a un acto de voluntad del poder del Estado, manifestado por conducto del único órgano constitucionalmente competente para ello, es decir, el Poder Legislativo. Hay, y esto es evidente, un reconocimiento de una afiliación en lo político a la separación de los Poderes del Estado, dejando a uno, el Legislativo la facultad de valorar, a otro, el Judicial, la de resolver y al tercero, Ejecutivo, la de ejecutar, en materia de delitos y consecuencias jurídicas de su realización.

Esto que es patrimonio cultural del mundo occidental, sirve y existe en razón de la seguridad jurídica. Pero ¿seguridad jurídica de quién? Es la anterior una pregunta especialmente interesante para nosotros y vamos a darle respuesta.

Por su contenido Político el Derecho Penal protege aquellos bienes jurídicos considerados como de mayor importancia para un tiempo y una sociedad determinados, de los ataques más severos; lo anterior significa que sólo los bienes que el grupo social tiene en más alta estima son protegidos por el Derecho Penal y tal tutela o protección se lleva adelante por medio y al través de los tipos penales, o lo que es igual, con respeto al principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) porque será en tales tipos donde se plasmen las conductas y los hechos que se consideren más agresivos contra los bienes jurídicos más importantes. La descripción contenida en los tipos es la que proporciona o contiene la seguridad jurídica que, en principio, puede y debe referirse al ser humano y reconocérsele como derecho esencial, pero indudablemente, al convertirse en derecho de todos los hombres alcanza la máxima jerarquía y da la seguridad jurídica a la sociedad frente al poder represivo del Estado.

De lo anterior se infiere la certeza de una antigua afirmación originada en la Epoca del Iluminismo que pregona el mínimo de interpretaciones a la ley penal para limitar el poder de creación de nuevos delitos y la prohibición de la interpretación analógica *in malam partem*.

Resulta claro en este orden de ideas que el principio de legalidad basado en el apotegma *nullum crimen sine lege* es de un alto contenido en cuanto a la seguridad jurídica; pero también es necesario destacar que desde el punto de vista formal, tal principio y como consecuencia su fundamentación, en lo tocante a la seguridad jurídica, está estrechamente vinculado con el tipo, lo que mencionamos, a reserva de ampliar las observaciones pertinentes en el punto siguiente, porque al través del tipo se presenta la cuestión inquietante de la interpretación de la ley extranjera en ciertos casos, que tiene que hacerse respetando el principio de legalidad.

En efecto, como luego detallaremos, son varios los casos en los que hay necesidad de interpretar una ley extranjera para aplicar la ley penal (o de contenido penal) nacional. Lo que debemos precisar es si también en estas hipótesis rige el principio de legalidad y a cuál de las legislaciones se refiere o si es a ambas. De esto trataremos en el punto 5, pero de origen anticipamos que nuestra manera de pensar nos permite sostener que siendo derecho esencial garantizado nacional e internacionalmente, el de la aplicación del principio de legalidad en materia penal, hay que respetar siempre su contenido formal y substancial.

3.- El tipo y la teoría dominante en la que actualmente se sustenta, están en forma constante sujetos a la verificación de sus postulados; cuando se confrontan (y ello ocurre

en la realidad a cada instante) el hecho concreto imponible con el tipo que lo describe, siempre se busca que quede garantizada la seguridad jurídica, es decir, que se respete el principio de legalidad que se reconoce y garantiza en favor del ser humano en varios niveles normativos. Cuando ello se logra, o sea, que en el caso concreto se alcanza la satisfacción del ideal del derecho, consistente en la realización de la justicia, se prueba la bondad de la teoría jurídica que considera a la seguridad jurídica como trascendental.

Satisfacer ese ideal respetando el principio de legalidad depende de la función que se atribuya al tipo en el sistema penal y quede claro que al decir sistema penal significamos todo aquello en lo que el Derecho Penal interviene con base en el tipo, lo cual incluye evidentemente, los casos de aplicación de leyes extranjeras en relación con leyes penales nacionales, éstas con contenido típico.

Lo precedente tiene como motivo de haber sido expuesto la necesidad de precisar la función que se le atribuye a las normas con contenido típico y vamos a hacer tal enunciación tomando como base para el esquema la diversidad de casos concretos que pueden darse (en realidad se dan) y que, para los efectos particulares de este trabajo vinculan dos legislaciones, la nacional y la extranjera.

a) La más importante función que realiza el tipo es la de describir en la forma legalmente perfecta la conducta punible. Es esta función la que satisface y cumple el principio de legalidad, dando la garantía de seguridad jurídica al hombre, quien sabe anticipadamente los límites que la sociedad organizada ha impuesto al ejercicio de la libertad. En otras palabras, es posible decir que para la ley penal, todo lo que no está descrito en un tipo como figura de delito está fuera de la esfera punitiva, mientras que la simple circunstancia de la existencia del tipo, hace que se produzca el reflejo de la valoración que se ha hecho de la conducta descrita como contraria a la norma.

Estas ideas son, a partir de los planteamientos de Beling, Mayer, von Liszt, Welzel y la actual tesis dominante, consagratorias de la validez y contenido político del *nullum crimen sine lege* y, además de la tipicidad como indiciaria de antijuridicidad, o sea, que por sólo ser típica toda conducta se supone antijurídica hasta en tanto puede destruirse en ciertos casos tal presunción que es, lógicamente, *iuris tantum*.

Todas las legislaciones que aceptan el valor superior del ser humano y la necesidad de dotarlo de seguridad jurídica, aceptan esta tesis del tipo funcionando como garantizador del derecho esencial del hombre a conocer anticipadamente aquello que es prohibido por la ley y conminado con una sanción, que es lo mismo que decir un delito. Téngase presente y ahora sólo lo apuntamos, que las leyes no están escritas con lenguaje técnico, sino que tratan de darle a sus expresiones la más fácil significación. Como luego lo veremos, donde se dice "delito" por parte de la ley nacional y con referencia a leyes extranjeras, técnicamente se dice tipo. Esto se analizará en detalle oportunamente.

Lo que importa en esta parte es destacar que si la ley nacional reconoce y garantiza una cierta función al tipo (como ciertamente ocurre entre nosotros) cada vez que se presenta una situación en la que el tipo aparece funcionando, el mismo principio rector debe cumplirse.

b) También se sostiene en la actualidad que una función de máxima importancia correspondiente al tipo penal es la relativa a la regulación del error, ya que de la diferenciación que pueda hacerse con base en el tipo dependerá el tratamiento del error y sus implicaciones en orden a la libertad.

Para aceptar esta tesis hay que empezar por incluir el dolo del autor como parte del tipo penal, a la manera del finalismo superado posterior a Welzel y si así ocurre, resulta que cuando se realiza una conducta dolosa sin perfecto conocimiento de todas las circunstancias y elementos que el tipo penal describe como correspondientes al dolo del autor, no hay conducta punible, por la aparición del error ya que el dolo se fundamenta en el conocimiento total de los elementos del tipo objetivo.

Al decirse que por la presencia del error no hay conducta punible, en la puridad técnica se está afirmando la insatisfacción del tipo, pero en el lenguaje legal, en el contenido de los Códigos, lo que se puede sostener es que no hay delito. De nueva cuenta nos encontramos ante la necesidad de anticipar que los casos en que se debe interpretar una ley extranjera no mencionan la voz "tipo" y sí delito.

Por otra parte y dentro de esta misma función que nos ocupa, el tipo y la reunión de sus elementos (el conocimiento de ellos) sirve para distinguir entre tentativa y delito putativo. En efecto, hay casos en que la falta de conocimiento de alguno de esos elementos objetivos impide la consumación, pero lo mismo puede deberse a una absoluta imposibilidad (caso del delito putativo) que traerá la consecuencia de la impunidad (no delito) que a una causa ajena a la voluntad del agente (tentativa punible) que implica punibilidad y esto tiene serias implicaciones al interpretar leyes extranjeras en casos concretos.

c) Una tercera función del tipo es la de autorizar la afectación de bienes jurídicos, cuando así lo dispone la ley.

Esta tesis corresponde a una concepción del tipo que le reconoce sus vinculaciones con la antijuridicidad. Nosotros la aceptamos y por ello es que la incluimos a los llamados tipos permisivos entre nuestro tema de estudio.

La idea general es la siguiente: la adecuación de una conducta a un tipo determinado implica la contravención a una norma prohibitiva, siempre que no haya sido comprobada la existencia en el caso particular de una norma que faculte la violación de la prohibición.

Como podrá percibirse, nos estamos refiriendo a dos categorías de normas, una que prohíbe la realización de la conducta típica y otra que faculta la realización de la conducta adecuada objetivamente al tipo. La primera se da en todos los casos en que hay tipicidad, es decir subsunción de una conducta en el marco típico. Por ejemplo, la norma prohíbe matar, lo que implica que todo aquel que prive de la vida a otro realizará una conducta típica al contravenir la norma prohibitiva; sin embargo, esta adecuación, en ciertos casos, puede encontrarse apoyada en una diferente norma que faculte y justifique la realización de la conducta. Siguiendo el ejemplo, quien priva de la vida a otro en defensa legítima actúa típicamente, pero su conducta es justificada por existir una norma que permite la realización del acontecimiento. Esta norma es, genéricamente, el tipo permisivo, o en otras palabras la facultad para actuar realizando conductas típicas conforme a derecho.

Las causas de justificación, conductas típicas conforme al Derecho, basadas en el tipo permisivo cumplen una clara función en el campo que hemos escogido para desarrollar este estudio. Como veremos luego, en ciertos casos, especialmente los relacionados con la extradición entre países, hay estricta necesidad de estudiar si los hechos fundatorios de la petición no están amparados o cubiertos por alguna causa que elimine la calidad delictuosa de ellos y entre las varias causas presentables, evidentemente destacan las provenientes de los tipos permisivos.

Estamos conscientes de la variación a la forma tradicional de entender el tipo que estamos sugiriendo. Ello se debe a que el tipo no puede entenderse solamente como descripción de conductas prohibidas (delitos) sino que cumple también la descripción de conductas autorizadas o permitidas (causas de justificación o conductas típicas conforme a Derecho). Sin embargo una idea como esta sólo es sostenible cuando se acepta de origen que el Derecho Penal protege bienes jurídicos y se reconoce que la conducta está sujeta a dos diferentes valoraciones; por una parte, atendiendo al resultado que causa y por otra, según el sentido impuesto a la misma conducta. De ello sobrevienen los dos conocidos niveles llamados valor del resultado y valor del acto.

Ambos valores tienen significación en el ámbito penal ya que la normatividad penal pretende asegurar la validez permanente de determinados bienes de la vida comunitaria que pueden ser afectados por resultados dañinos o por conductas sin sentido. Los tipos protegen y garantizan esos bienes jerarquizados como jurídico-penales, mediante la

amenaza de pena o sanción y describiendo la forma punible de afectarlos. Resultaría, pues, una incongruencia, que en otros casos se reconociera por el Derecho la facultad para actuar dañando los bienes, si no fuera mediante un tipo excluyente llamado permisivo, que tiene su propia y distinta estructura básica.

Ambos, tipos permisivos y prohibitivos, están funcionalmente vinculados con el bien jurídico y sólo así son comprensibles.

4.- El principio de seguridad con su conocidísima y tantas veces repetida fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege* encuentra fácil acomodo en las dos primeras funciones atribuidas en el numeral anterior al tipo penal en los respectivos incisos a) y b); cumple también su papel garantizador de la prohibición de aplicación analógica de la ley penal nacida y derivada de la misma legalidad ya que en un plano constitucional y como consecuencia, aplicable en cualquier rama del derecho positivo, la interpretación analógica depende del alcance y limitaciones que el principio de legalidad contenga según el enunciado en la ley superior.

Resulta claro que partimos de la idea antes expuesta en el sentido de que por la trascendencia que tiene en la esfera y ámbito de los derechos esenciales del ser humano el llamado principio de legalidad, debe estar reconocido y garantizado en la Constitución. Esto implica que es en tal cuerpo de leyes donde tiene sus lineamientos y también sus precisiones en cuanto a la interpretación, especialmente analógica. En términos generales puede afirmarse que todo ordenamiento penal que sacrifica el valor del principio de legalidad, empieza por reconocer la posibilidad de llevar lícitamente procedimientos penales analógicos incluso respecto de tipos de delitos y sanciones. En cambio, cuando rige la validez del principio, la interpretación analógica se excluye. Esto último ocurre entre nosotros impregnados por las concepciones políticas profundamente individualistas.

Sin embargo hay que reconocer que aun en estos sistemas de abolición de la prohibición de interpretaciones analógicas por el imperio de la legalidad en lo penal, existe una notable excepción que es, a su vez, consagratoria de otro principio que debe funcionar en los niveles de aplicación de las normas con contenido penal. Nos referimos a la posibilidad de actuar legalmente cuando se interpreta la ley en forma analógica, pero ello es para beneficio del ser humano inculcado o involucrado. Se permite la llamada analogía *in bonam partem*, que fundamenta parcialmente el principio *in dubio pro reo*. Con plenitud de razón se ha dicho que no existe razón política o técnica de fondo por la que deba ser vejada la interpretación analógica *in bonam partem* de las normas penales, especialmente cuando se está ante la presencia de causas eximentes que, con tal interpretación, habrán de dar un respiro a la libertad individual antes que comprimirla.

Es amplia la discusión doctrinaria acerca de la ubicación sistemática del principio *in dubio pro reo*. Por una parte se dice que él no pertenece a la teoría de la interpretación, ya que tal caso no puede valer más que las reglas generales de las cuales no forma parte y, además, que no tiene cabida sino dentro de la esfera de aplicación de las reglas procesales y en especial las concernientes a la valoración de la prueba. Esta es idea, entre otras, de Leone. En cambio, hay quienes, como Zimmerl y Sabatini opinan que el principio funciona en el momento formativo, en el interpretativo y en el aplicativo de las normas y que es de derecho substancial. Pensamos que las corrientes penales modernas, especialmente las vinculadas con los tipos permisivos a los que hicimos mención en el punto 3, c), pueden permitir la interpretación analógica fundada en el principio cuestionado, porque el mejor de los elementos objetivos y subjetivos que integran la descripción obliga a una interpretación que siempre, en los casos concretos, tendrá que hacerse favoreciendo al reo que será *in bonam partem*, bajo la analogía.

En cuanto a la relación de estos lineamientos con nuestro tema concreto, en el siguiente numeral serán tratados, pero anticipadamente planteamos que la interpretación de la ley extranjera es frecuente para la aplicación de la ley mexicana y ello, que

implica posibilidad del quehacer analógico, tiene que realizarse respetando el principio que autoriza la analogía sólo para beneficiar al reo y que en caso de duda, hay que estar a lo que lo favorece.

Sólo para debida aclaración, asentamos que la interpretación que ahora damos al in dubio pro reo no excluye su carácter evidentemente procesal, pero el decir evidente es distinto a decir exclusivo.

5.- Al llegar a esta parte de nuestro trabajo debemos concretar los planteamientos, pasando de lo general a lo particular para resolver varias de las cuestiones que quedaron esbozadas en los párrafos anteriores.

En primer lugar, vamos a ocuparnos de probar la existencia de casos en los que necesariamente habrá de interpretarse una ley extranjera para aplicar la ley nacional, en la inteligencia de que a ambas, nacional y extranjera, las dotamos, sin polémica, de contenido penal.

Tenemos así:

a) La Ley de Extradición Internacional a la que se acude para perfeccionar, completar o substituir en su caso un Tratado o Convención Internacional sobre la misma materia o que funciona bajo el amparo del principio de reciprocidad entre los países, contempla entre los requisitos necesarios para que pueda obsequiarse la extradición que el hecho por el que se haya formulado la petición sea delictuoso en ambos países, es decir, el requirente y el requerido (art. 6. I).

Empecemos por reconocer que la Ley de Extradición, los Tratados y Convenciones sobre la materia, forman parte de nuestra ley positiva. La primera por razones evidentes de índole formal y substancial y los otros por el principio de incorporación contenido en el 133 constitucional que les da jerarquía de ley suprema de la Nación. Su contenido penal también es claro, no tanto por implicar una forma de restringir la libertad, sino por estar siempre referido al delito. Esto último, sin embargo, requiere de la siguiente observación.

La extradición puede ser promovida para que el individuo requerido sea procesado y juzgado o para que cumpla una condena.

En el primer caso, resulta manifiesto que no ha sido aclarada la existencia de un delito, sino que el hecho y el sujeto a quien se atribuye están pendientes de ser calificados respectivamente como delito y delincuente, pero la ley utiliza la voz "delito" para referirse a la hipótesis, según se ha expuesto. De ello debemos deducir que en realidad lo que se está significando al usar la palabra delito es la idea del tipo satisfecho y sólo así se entiende: que la misma Ley de Extradición exija la transcripción exacta y literal del precepto que describe la conducta como delictuosa (el tipo) y que para el eventual obsequiamiento por parte de nuestro país, se requieren los mismos elementos que para un acto de formal procesamiento, que son los relativos a la comprobación del cuerpo del delito (tipo) y de la presunta responsabilidad.

El segundo caso es menos complicado, porque la sentencia presupone la calificación del hecho como delictuoso, pero aun así se requiere la descripción legal.

Ahora bien, cabe preguntar acerca de la razón de tales requerimientos relacionados con el tipo. Nuestro punto de vista es en el sentido de que por respeto al principio de legalidad y atendiendo a la seguridad jurídica (*nullum crimen sine lege*), el Estado requerido en el procedimiento para efectos de extradición tiene que interpretar la ley extranjera (la que describe el hecho como delictuoso), para saber si es congruente con la nacional que sancione idéntica conducta y si decimos idéntica es en virtud de la prohibición de la interpretación analógica *in malam partem*. Corresponde al Estado requerido resolver si hay tal congruencia y para ello tiene que respetar los principios esenciales mencionados, pero es indiscutible que su interpretación implica, por razones de lógica, la necesidad de ocuparse de la interpretación de una ley extranjera que le es conocida sólo mediante la satisfacción de los requisitos formales en la solicitud de extradición o por la defensa propia del presunto extraditado.

Sea cual fuere el medio utilizado, lo cierto es que se tiene que penetrar en una legislación que no es la propia para cumplir con la ley nacional.

Tal vez resulte interesante, dado que los principios de la extradición son comunes a muchos países de similar cultura jurídica a la nuestra, ilustrar este caso citando a D. Luis Jiménez de Asúa, quien hace cincuenta años sostuvo un criterio que es válido hasta la fecha en estos términos:

"Aunque expresamente no se consigne en el Tratado de Extradición que firmamos España y la Argentina, es de absoluta juridicidad reconocer que las entregas o reclamaciones han de basarse en un delito que esté calificado parejamente en ambos países... El artículo 417 de nuestro Código Penal de 1870 castiga como parricidio al que matare a su cónyuge. Mas para que exista el tipo de parricidio es necesario un concepto anterior (al que llama *Belting leitbild* en un reciente estudio sobre la tipicidad), en el que se conjunten el lado objetivo y el subjetivo (dolo o culpa) del acto. No basta que exista muerte de un hombre para que se dé el tipo de parricidio, sino que se necesita que la representación de la muerte sea del padre, del hijo o del cónyuge" (Defensas Penales I, página 9, citamos edición de Reus, S. A. 1933).

Obsérvese que hace cincuenta años casi, ya se invocaba la tipicidad para referirla a cuestiones de extradición; esto significa que nuestro planteamiento tiene como novedad sólo su metodología, no su fundamentación, ya que en lo esencial, la seguridad jurídica siempre ha funcionado idealmente como garantía del ser humano, tanto que para nosotros el principio está encuadrado en la esfera de las garantías individuales reconocidas por la Constitución Política.

Si concretamos la hipótesis que hemos venido desarrollando, encontraremos que las autoridades mexicanas a quienes la Ley de Extradición o el Tratado o Convención otorgan la facultad para opinar y resolver los casos particulares en que actúa nuestro país como requerido en el procedimiento para efectos de extradición, tienen que realizar una doble interpretación de la ley bajo el proceso de subsunción que caracteriza a la tipicidad. Partiendo de la base cierta de que el hecho en que se funda la solicitud, tiene que encuadrarse o enmarcarse en el esquema legal correspondiente del tipo penal. Esto, llamado proceso de subsunción, es respecto de dos tipos: uno nacional y el otro extranjero, porque solamente así se cumple con la disposición del Tratado, Convención o Ley de Extradición y especialmente para respetar el derecho esencial de la seguridad jurídica bajo el amparo de la legalidad, sólo que duplicado. En estos casos, puede decirse que funciona dos veces al mismo tiempo el *nullum crimen sine lege*, pero es interpretado por un mismo país con obligación de considerar leyes extranjeras. He aquí la obvia importancia, que en el Derecho Penal liberal tiene el ser humano y esos derechos que se le reconocen y garantizan.

Aquí debemos abordar la cuestión ya planteada acerca de si el principio de legalidad rige respecto de una sola o de ambas legislaciones, o en otras palabras, si la ley extranjera la entendemos sometida al propio principio. La respuesta es que la legalidad vale para todo acto que implica interpretación para efectos de aplicación de la ley penal, o sea, que el punto de vista nuestro es en el sentido de que ambas legislaciones están sometidas al mismo principio, independientemente, agregamos, de que pudiera darse el caso de una legislación extranjera que no lo reconociera.

Creemos que es correcto decir, como lo hace Duchacek, que en la actualidad prácticamente todos los sistemas legales reconocen principios generales en derecho penal, para luego mencionar la aplicación estricta, la no retroactividad (prohibición de ley *ex post facto*) y la presunción de inocencia. El cumplimiento de los principios en los casos concretos es, sin embargo, una cuestión diferente, especialmente en lo tocante a la analogía ya que sus límites son frecuentemente tan vagos que se amplían o contraen a manera de acordeón, siguiendo las pautas políticas del momento.

En nuestro tema concreto de validez del principio, puede ponerse un ejemplo clarificador: el Código argentino, en el artículo 121 contempla un delito descrito como sigue:

"Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años al que abusare del error de una mujer fingiéndose su marido y tuviera con ella acceso carnal".

Supongamos que se pretende extraditar (o extraer como prefiere Jiménez de Asúa) a un individuo que se encuentra en México por un hecho ocurrido en Argentina y que se encuadra en el transcrito 121 y, redondeando el caso hipotético, atribuyamos a la mujer casada una edad de más de 18 años. Aplicando el principio de legalidad la entrega se negaría porque el hecho en México no es delictuoso por falta de adecuación a un tipo penal. No hay violación por falta de medio comisivo que la caracterice, ni estupro, que conforme a nuestra ley requiere una edad determinada en el pasivo, que es de doce a dieciocho años. Para llegar a esta conclusión, evidentemente se tendrían que interpretar ambas legislaciones para aplicar una, la nacional.

En síntesis, los casos de extradición internacional obligan, siempre, a una interpretación de un hecho descrito como delito, pero realizada la interpretación conforme al texto de dos legislaciones diferentes. Este fenómeno se da para la aplicación de una sola ley, pero no impide considerar como elemento o ingrediente del caso a la ley extranjera. Se presenta el fenómeno lo mismo cuando la extradición es para efectos de enjuiciamiento que cuando se refiere a un cumplimiento de condena por haber sido juzgado el caso y el individuo.

El principio de legalidad fundamentado en la necesidad de proveer de seguridad jurídica al ser humano cumple su función garantizadora respecto de ambas legislaciones.

b) Dentro de la misma esfera correspondiente a la materia de extradición se presenta otro caso sumamente importante que tiene su origen en el requerimiento antes señalado, consistente en que el hecho motivador de la solicitud de extradición tiene que ser delictuoso en ambos países para hacer procedente el obsequiamiento.

Esto es de lógica elemental, pero de práctica dificultosa, porque el presunto extraditado tiene el derecho a defenderse impugnando la petición y entre las causas de defensa puede invocar justamente que el hecho concreto no es delictuoso. Lo anterior nos lleva a un análisis técnico-jurídico de la posición dogmática que se sigue predominantemente en la actualidad para estudiar el delito: entendido éste como una unidad conceptual integrada por varios elementos (cuatro o cinco normalmente) a cada uno de ellos corresponde un aspecto negativo que de aparecer en el caso concreto, impide la integración del delito y produce el fenómeno del no delito. Así en la técnica moderna se analiza la conducta positivamente y su ausencia, la tipicidad y la atipicidad, la antijuridicidad y las conductas típicas conformes a derecho (o causas de justificación) la culpabilidad y la inculpabilidad y, en su caso, la punibilidad y la excusa absolutoria.

Desde luego, es fácil pensar, especialmente respecto de la ya apuntada función del tipo en el inciso c) del punto 3 que surjan discrepancias entre una y otra de las legislaciones vinculadas con la extradición en orden al tratamiento de las causas de inexistencia de delito, que tienen que ser resueltas por el órgano encargado de la aplicación de la ley en México. A manera de ejemplo, sin mayor profundidad, permítansenos decir que la ley penal colombiana, en su artículo 23 establece un caso que obligaría en la hipótesis que tratamos un análisis interpretativo técnicamente hecho utilizando para ello la analogía.

En efecto, se dice que se excluye de responsabilidad penal cuando el hecho se comete "en estado de sugestión hipnótica o patológica, siempre que el sugestionado no haya cometido previamente en cometerlo". Entre nosotros este caso no existe a nivel normativo, aun cuando sí puede darse como consecuencia de una interpretación de la ley (artículo 15-II Código Penal).

Con el ejemplo citado llegamos a lo que nos interesaba. ¿Es posible interpretar analógicamente la ley penal en materia de extradición internacional, sin violar los principios de seguridad jurídica fundados en el *nullum crimen sine lege*?

Como ya se ha dicho antes, lo que se prohíbe es la interpretación y como consecuencia la aplicación analógica de la ley, para perjudicar a un individuo, o sea, la llamada analogía *in malam partem*. La interpretación que se haga en un caso como el que usamos a manera de ejemplo para encontrar una fundamentación técnica a cierta causa de inexistencia-

tencia de delito, no prevista exactamente en la ley y con base en tal interpretación negar la extradición por no ser el hecho constitutivo de delito, produce el final efecto de beneficiar al ser humano, al no afectar su libertad personal. En consecuencia, puede interpretarse y aplicarse en estos casos la ley nacional bajo fundamentos surgidos de la ley extranjera, sin que por ello se violenten principios reconocidos y garantizados.

Implica tal hipótesis un caso claro en el que el órgano competente para interpretar la ley puede acudir a la ley extranjera, interpretándola para poder aplicar correctamente la ley vigente en el país. Una interpretación analógica no está excluida cuando con ella va a resultar favorecido el ser humano, situación que se presenta con gran frecuencia cuando, como ocurre en los casos de extradición internacional, se tienen que comparar los catálogos de circunstancias que producen el efecto de impedir la integración del delito.

Un caso no previsto exactamente en la ley que se aplica, pero de gran similitud con otro sí considerado, o que se alcanza por medio de una correcta interpretación, siendo analógico, está permitido en los procedimientos correspondientes a la extradición.

c) El Código Penal que rige desde 1931 para el Distrito Federal lo hace también para toda la República, cuando se trata de delitos de la competencia de los tribunales federales.

En el artículo 4º se dice que:

"Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicano o contra extranjero, o por un extranjero contra mexicano, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los siguientes requisitos:

- I. Que el acusado se encuentre en la República;
- II. Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquiró; y,
- III. Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecute y en la República".

No es este el lugar adecuado para ocuparnos de un artículo tan conflictivo como el transcrito, que trastoca los principios rectores de las esferas de validez de la ley y del lugar y tiempo de la conducta. Baste decir que la validez espacial de la ley penal ha sido estudiada bajo tres ideas, una vez que se acepta la posibilidad de que se actúe extraterritorialmente. Tales ideas son: la personal o de la nacionalidad, real o de la protección y universal o de la justicia universal y según el acertado criterio de Pavón Vasconcelos, el transcrito artículo 4 en sus hipótesis acepta varias posturas: dicese que cuando se trata de un caso de mexicano contra mexicano, simultáneamente entra en juego lo real y lo personal; cuando es mexicano contra extranjero, es personal, cuando extranjero contra mexicano, es real o de la protección.

Si vemos cuidadosamente el artículo 4, antes que todo hay que afirmar la consagración del principio non bis in idem, que ya es regla aceptada en la justicia universal, porque desde tiempos remotos se reconoce que juzgar dos veces al autor de un hecho o castigarlo dos veces por la misma causa atenta contra el derecho y contra la esencia humana, sin importar dónde, quién y cuándo haya juzgado la primera vez. Dice Fiore y con razón, que las leyes penales terminan en la frontera, pero las sentencias que con base en ellas se dicten tienen la fuerza suficiente para traspasar todas las fronteras. Nuestra ley penal, consecuentemente con este principio y respetuosa del mandamiento constitucional, sólo puede aplicar los casos diferentes que plantea el artículo 4 cuando el reo no ha sido definitivamente juzgado en el país donde delinquiró.

Esta última frase (el país donde delinquiró) es muy interesante para nosotros, porque reconoce el principio del lugar de la conducta para determinar la competencia; sin embargo, abre las puertas de la extraterritorialidad el 4, según se ha visto en varias hipótesis. Para nuestro trabajo concreto, vinculado como está a casos en que haya necesidad de interpretar la ley extranjera para aplicar la nacional, la hipótesis destacada es la correspondiente a la fracción III, o sea cuando "la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en el que se ejecutó y en la República".

Partiendo del supuesto de que no hay, por obvias razones, sentencia que haya juzgado al individuo, tiene que reconocerse que donde se dice "delito" se obliga a una amplísima confrontación entre dos legislaciones: la extranjera aplicable al lugar donde el hecho se realizó y la nacional mexicana. Ello para saber si procede que se juzgue en nuestro país, ya que entiendo esto como una verdadera condición previa al acto mismo de enjuiciamiento.

Esto significa, según nosotros, que para que proceda el acto de enjuiciamiento, en forma previa hay que resolver si el hecho involucrado puede básicamente ser considerado (en abstracto) como delictuoso en ambos países, o sea según ambas legislaciones; si la respuesta fuere afirmativa, procederá el enjuiciamiento en México, que puede resolverse condenando o absolviendo al imputado. Así queda que, desde el punto de vista técnico, el 4, III, contiene una verdadera condición objetiva de punibilidad que hay que abordar interpretando dos legislaciones, una extranjera (la del lugar donde el hecho ocurrió) y la otra mexicana, para aplicar sólo la segunda, como es natural.

Para estudiar la condición objetiva de punibilidad no cabe la menor duda que se tiene que penetrar en toda su magnitud en el contenido de la ley extranjera; habrá que analizar positiva y negativamente bajo un esquema de delito dogmáticamente aceptable, una ley ajena y ello sólo para satisfacer la condición, ya que la calificación final del hecho será realizada en el enjuiciamiento, si es que procede. Esto hace necesario que se entienda la condición objetiva como diferente al delito y a los elementos que lo integran, tal y como se hace por quienes aceptan la existencia técnica de ellas. No se trata de requisitos de procedibilidad (cuestiones adjetivas) sino verdaderas condiciones previas substanciales y en cierta forma, Carnelutti se ha ocupado de ellas según la ley italiana, en forma parecida a como aquí lo estamos haciendo.

Bajo estas ideas, parece incuestionable que siempre que haya de afirmarse la ley nacional (desde la determinación de competencia hasta la resolución de fondo) bajo la hipótesis del 4, III, se habrá de estudiar y resolver previamente en México si la infracción (hecho imputado), es delictuosa en el país donde se realizó y en el nuestro. Para saber si un hecho tiene ese carácter delictuoso en el extranjero, prima facie, entendemos que se está ante una verdadera condición objetiva de punibilidad, que es extrínseca del enjuiciamiento que se realizará en el país. Es decir, hay que satisfacer la condición para luego estar en aptitud de enjuiciar. Ese primer paso no puede darse más que interpretando la ley extranjera, interpretación que corre a cargo de un órgano jurisdiccional nacional, lo que implica, en otras palabras, el reconocimiento de la validez de la ley extranjera y sus efectos para el Derecho Penal nacional.

Lo dicho no altera, como es natural, el alcance del non bis in idem, que corresponde a otra categoría del pensamiento en este aspecto concreto.

d) Un último caso que llama la atención es el que plantea el 236 del Código Penal. Dice el precepto:

"La falsificación hecha por un mexicano en otro país, de moneda extranjera que no tenga circulación legal en la República, se sancionará en ésta con seis meses a cinco años de prisión, si la nación ofendida reclamare y no hubiere sido castigado en ella. La misma pena se aplicará si el delincuente es extranjero y no se concede su extradición".

Resulta obvio que este artículo contiene una nueva hipótesis que afecta el tradicional y ortodoxo tratamiento al tiempo y lugar de la conducta y abre la posibilidad de aplicación del principio de la justicia universal para interpretar la esfera de validez espacial de la ley penal, pero al mismo tiempo da cabida a conceptos provenientes de leyes extranjeras para aplicar las nacionales.

Veamos fundamentadamente nuestras opiniones.

Según es de perceptible, el 236 permite que respecto de hechos (falsificación de moneda extranjera sin circulación legal en la República) ocurridos fuera de nuestro territorio, siendo nacional mexicano o extranjero el autor, se proceda al enjuiciamiento.

to. Se requiere, sin embargo, si es nacional mexicano el imputado, que la nación ofendida reclame y si es extranjero, que se niegue su extradición. Además, en ambos casos, que no hayan sido juzgados, para evitar la violación al *non bis in idem*.

La petición que tiene que realizar la nación ofendida, es, según nosotros, un verdadero obstáculo procesal para la persecución del hecho, su naturaleza es, desde luego adjetiva, a diferencia de lo que antes anotamos en el inciso c) de este punto 5.

Para nuestro tema, es relevante pensar que la falsificación de moneda de un país extranjero, misma que carece de circulación legal en el territorio de la República, necesariamente obligará a acudir a la interpretación de leyes especiales del país reputado como ofendido. No todos los países tienen idénticos sistemas para la emisión de moneda, lo que mencionamos porque de ello debe resaltar que cada caso concreto deberá ser resuelto de acuerdo a leyes diferentes.

Por ejemplo de lo anterior, el 162 del Código Penal chileno, dice que "el que sin autorización fabricare moneda que tenga curso legal en la República, aunque sea de la misma materia, peso y ley que la legítima, sufrirá las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de sesenta a ciento ochenta escudos". Como es evidente, el delito se comete por la fabricación de moneda sin autorización, no por la variación de las características de la moneda, a pesar de la denominación del tipo (de la moneda falsa) por lo que sería discutible si para el caso habría posibilidad de enjuiciar en México conforme al 236, que maneja un diferente concepto en orden a la falsificación. De cualquier modo, lo importante en el caso, es la necesidad de acudir a la ley extranjera para aplicar la nacional, que es lo que motiva nuestro trabajo.

6.- Llegado el momento de presentar en alguna forma las conclusiones que sugieren los puntos antes desarrollados, creemos que puede decirse lo siguiente:

a) El Derecho Penal formado culturalmente al amparo de las tradiciones y los conceptos jurídicos que identificamos como occidentales, reconoce el valor de la seguridad jurídica que se funda en el *nullum crimen sine lege*, o principio de legalidad. La seguridad jurídica es esencialmente individualista y está, desde el enfoque penal, sustentada en la idea del bien jurídico;

b) La aplicación de la ley penal a los casos concretos hace posible frecuentemente la interpretación de leyes extranjeras;

c) Al interpretar la ley extranjera para aplicar la nacional se tienen que aceptar los principios que sustentan el Derecho Penal en lo fundamental, especialmente el de legalidad;

d) El principio de legalidad está en relación directa con las cuestiones concernientes a la función que se le atribuye al tipo y a la tipicidad; se incluye en este aspecto el llamado tipo permisivo;

e) La analogía está permitida aun a nivel internacional cuando con ella se va a beneficiar al ser humano, especialmente al través de la interpretación analógica de tipos permisivos;

f) La ley penal mexicana reconoce y admite a la ley extranjera para sustentar la competencia y para resolver casos concretos.

Reduciendo esto a un solo punto, diríamos, con el apoyo que se ha proporcionado que la ley penal nacional, característicamente territorial, admite en varios casos y en otros exige, que se interprete el derecho extranjero para poder ser aplicada aquella en los casos concretos. Sin embargo, por sobre consideraciones jurídicas, sean formales o substanciales, permanece inalterable el valor superior del hombre, como fin y razón del Derecho Penal moderno.