

“Se impondrá multa de cincuenta a mil pesos y prisión de seis meses a seis años: Fracción I, al que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se haga ilícitamente de una cosa, o alcance un lucro indebido; II...”

La reforma de 1945, castiga por fraude “al que, engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido... I, con prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, cuando el valor de lo defraudado no excede de esta última cantidad; II...”

Todos los hechos a que se refiere la respetable jurisprudencia, han sido cometidos, según se ve de los Tocas, quince años después de haber sido derogado el texto original del artículo 386 transcrito.

La aplicación retroactiva de la Ley Penal (delitos y penas) está prevista en los artículos 56 y 57 de la Ley Punitiva Federal para las hipótesis de hechos ocurridos bajo la vigencia de otra Ley: es dable aplicar la ley posterior más benigna. Empero, los preceptos no regulan la aplicación de la ley derogada a hechos acaecidos con posterioridad a la derogación.

Porque, la doctrina unánime de los penalistas, civilistas, procesalistas, desde Florian (*Parte General del Derecho Penal*, La Habana, Tomo I, 1929, pp. 209 y ss.) hasta F. Ferrara, (*Trattato di dir. civ. it.*, Roma 1921, Vol. I, P. 258; F. S. Azzariti, G. Azzariti, G. Martínez, *Diritto Civ. it.*, Milán 1943, I, pp. 104 y ss.). (“... Por principio general, la ley no tiene eficacia más allá del tiempo de su existencia... Para que haya posibilidad de conflicto entre la ley nueva y la antigua se necesita que bajo el imperio de la norma nueva, modificadora del ordenamiento positivo, produzcan su efecto hechos y relaciones jurídicos formados bajo el imperio del derecho anterior”; S. Costa, (*Manuale di dir. proc. civ. it.* Torino, 1955, pp. 4-5, alude a la *perpe-*

*tuatio jurisdictionis*, referida a la supervivencia del derecho abolido en un proceso en curso, o a la prueba creada bajo la ley extinta), han sostenido invariablemente que “la Ley Penal, como cualquier otra ley, actúa dentro de límites de tiempo, esto es, dentro del espacio de tiempo que media desde el momento en que se promulga hasta aquél en que se derogue...”

La única excepción es la retroactividad de la ley penal en beneficio del acusado; lo que significa la aplicación de la *ley nueva* —no de la ley antigua a hechos ocurridos antes de su vigencia— si esta última norma favorece al enjuiciado; pero de ninguna manera hay excepciones ni en el Derecho Penal, ni en el Procesal Penal o Civil, que autoricen la supervivencia de la Ley derogada para que siga rigiendo respeto a hechos que no se consumaron bajo su eficacia, sino que aparecieron cuando había sido suprimida aquélla. Es decir: las excepciones precisamente en el derecho civil y en el proceso civil, se refieren a la aplicación de la ley anterior derogada por disposición expresa de la ley nueva derogante, para hechos anteriores o procesos abiertos al amparo de la ley antigua; supongamos una hipótesis en la que los hechos acaecieran el 29 de Agosto de 1959 y se pretendiese aplicar una Ley que fue derogada el 9 de Marzo de 1946; en este caso, la retroactividad que se pretende en beneficio del acusado sería de retroactividad a la inversa o ultractividad, en la cual la ley derogada seguiría teniendo efectos trece años después de su extinción y para hechos ocurridos bajo la vigencia de la nueva ley.

El artículo 14 Constitucional prohíbe que se otorgue efecto retroactivo en las Leyes en perjuicio de las personas y aunque aquí quíerese revivir una ley derogada en beneficio, no significa que esta actividad judicial se encuentre autorizada por el artículo 14 invocado.

La sentencia estaría suplantando al Poder Legislativo de la Unión —Art. 73 F. XXI de la Constitución Federal— ya que si éste derogó las antiguas penas y el fallo en cam-

bio aplica esas penas, le da supervivencia a un precepto no vigente.

Distinto es el caso de aplicar o no aplicar las penas del artículo 386 del Código Penal en vigor, pues se cuestionaría la constitucionalidad del precepto, relacionado con el artículo 193 que crea el tipo.

El mismo precepto ordena que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata, y mal podía conceptuarse Ley exactamente aplicable al delito de que se trata, una Ley derogada quince años atrás de la consumación de los hechos.

Las garantías de que no existe delito sin Ley ni existe delito sin pena legal, —*nullum crimen sine praeviae Legge; nullum crime sine poena*— consagradas por los artículos 14, 16, 17, 18 y 19 de la Constitución Federal, son al mismo tiempo obligaciones de los funcionarios judiciales que han jurado cumplir la Constitución y las Leyes que de ella emanen, al tenor del artículo 133 de la Carta Magna y consecuentemente, como los juzgadores deben resolver conforme a las Leyes del Congreso y no es Ley del Congreso aplicable la que ha sido derogada desde Marzo de 1946, el suscrito con todo respeto, sostiene que mientras no se formó la jurisprudencia, debíanse aplicar las Leyes vigentes en lo que se refieren a la penalidad de este delito.

La aplicación retroactiva de la Ley Penal, sólo se hace en beneficio del acusado para los hechos cometidos durante la vigencia del precepto derogado; así lo declaran entre otros fallos los del Tomo CXIX, Pág. 2435, Pág. 3136, Pág. 3207 y Pág. 2812.

El concepto de retroactividad y de aplicación temporal de la Ley Penal, tiene brillantes y elocuentes expresiones en las sentencias del Tomo CXIII Pág. 862, quejoso

Beltrán Vargas Roberto y Página 770 quejoso Martínez Maya Juvencio, que dicen:

“LEY PENAL APLICACION TEMPORAL DE LA.— No tiene fundamento el concepto de violación relativo si la reforma del artículo del Código Penal a que se refiere el quejoso, que modifica las penas para el delito, fue publicada posteriormente a la fecha en que la autoridad responsable dictó la sentencia reclamada, pues de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, el acto reclamado debe ser apreciado en el amparo en las mismas condiciones en que lo dictó la autoridad responsable, ya que de no ser así, la sentencia del juicio constitucional se ocuparía de cuestiones que no pudieron ser conocidas por la misma responsable”.

“LEY PENAL, APLICACION TEMPORAL DE LA. RETROACTIVIDAD.—La apreciación que hace la Sala responsable respecto de que las disposiciones del Código vigente actualmente, no se oponen a las del Código vigente en la fecha en que se realizaron los hechos, no basta para satisfacer las exigencias del artículo 14 Constitucional en cuanto a las garantías de la no retroactividad y de la exacta aplicación de la ley; y si la pena prevista por el Código posterior es igual a la pena prescrita por el Código anterior, pero el quejoso alega la existencia de una atenuante que no existe en el Código actual, que tiene otro sistema para la cuantificación de las penas, debe concederse el amparo para que la responsable dicte nueva sentencia, aplicando el citado Código derogado”.

La jurisprudencia del Supremo Colegio se ha orientado hasta ahora en el mismo sentido. En el fallo del Tomo XCVIII Pág. 1833, quejosa Cooperativa Transportes, Marítimos y Fluviales, S. C. L., había sostenido:

“DEROGACION DE LAS LEYES.—La derogación expresa no es la única prevista y admitida en el Derecho Mexicano, ya que se estima que una ley queda derogada por

otra posterior, cuando existe plena incompatibilidad entre las disposiciones de ambas”.

En la clarísima sentencia del Tomo CII página 653, quejoso Juan Cerda, declaraba la vigencia del mismo principio:

*“LEYES, DEROGACIONES DE LAS.—El legislador tiene la facultad de modificar las leyes que incumbe a su soberanía, y tal modificación, que técnicamente se llama derogación, puede ser expresa o tácita. En el primer caso cuando señala de un manera clara y precisa las leyes que deroga, no hay dificultad para aceptar cómo opera esa derogación; pero cuando la nueva ley, de una manera tácita, contraría y aparentemente deroga otras disposiciones contenidas en otras leyes, esa derogación puede no realizarse, pues si la ley derogatoria es de la misma jerarquía que la derogada tácitamente, no hay conflicto y es indiscutible que la derogación tácita sí puede realizarse, mas cuando la ley derogatoria es de inferior categoría a la que se ve afectada, entonces puede afirmarse que la derogación tácita no tiene efectos”.*

Agregaba la Tercera Sala de la H. Suprema Corte, en el fallo del Tomo CI, Pág. 1154, quejosa Lara Vda. de Castellanos Jesús:

*“RENTAS, CONGELACION DE.—Los decretos relativos a arrendamientos, posteriores a una controversia sobre este punto, no son aplicables a la misma”.*

La Segunda Sala del más Alto Tribunal de la República, en la ejecutoria del Tomo XCVII Pág. 1572, quejosa Sociedad Cooperativa de Productos de Chicle “Los Chenes”, S. C. L., y Pág. 1925 quejosa “Cooperativa de Pequeños Productores de Sal” S. C. L., se acogía al mismo criterio y aseveraba en lo conducente:

*“Por otra parte, es de explorado derecho que la Ley*

*posterior, aun cuando no lo establezca, deroga a la anterior, en todo lo que se le oponga...”*

Invocaban como fundamento la Fracción VII del artículo 73 del Pacto Federal.

Más recientemente la H. Tercera Sala por unanimidad de cinco votos, en el fallo de la Sexta Epoca, Volumen XVIII, Cuarta Parte, Tercera Sala, Página 19, quejoso Arturo Chon Cuk, refrendaba el concepto de que las nuevas disposiciones que derogaron las anteriores, hicieron inaplicables éstas.

En el terreno del juicio de garantías, también privaba la misma directiva, ya que la Segunda Sala de la H. Suprema Corte, en la sentencia del Tomo CXVIII, página 257, quejosa Inmuebles Santa Teresa, S. A., decía:

*“LEYES DEROGADAS, AMPARO CONTRA LAS.—Si los preceptos que las autoridades responsables aplicaron, no son los reclamados en la demanda, sino otros que ya no estaban en vigor en la fecha de esa aplicación, indudablemente que no lesionan los intereses jurídicos del quejoso y, en concordancia, por aplicación de los artículos 73 fracción V y 74 fracción III, de la Ley de Amparo, es de sobreseerse el juicio”.*

Este criterio estaba repetido en el Tomo CXVII Pág. 738, quejosa Carbón de Turba, S. A., pues las leyes derogadas como no tienen vigencia no pueden ser objeto del acto reclamado en un amparo:

*“AMPARO IMPROCEDENTE, MULTA EN CASO DE.—Si es clara y evidente la vigencia de las disposiciones legales que el quejoso alega se encuentran derogadas, esto pone de manifiesto que el amparo pedido contra una sentencia de remate, no persigue más finalidad que entorpecer la ejecución del acto reclamado, aunque no se haya pedido la suspensión, pues al quedar sub judice la resolución*

contra la que se pidió el amparo, seguramente que nadie se atrevería a concurrir como postor en el remate”.

Esta última jurisprudencia referente a la aplicación de la ley derogada, contiene dos puntos que hasta ahora habían sido evitados por la H. Suprema Corte.

a).—El primero, es el de la eficacia de la jurisprudencia que va dirigida a las autoridades a que se refiere el artículo 193 bis de la Ley de Amparo, con valor derogatorio de la Ley vigente.

Nueva corriente jurisprudencial contradice el viejo criterio, porque (Informe de 1958, p. 41 y CXXV. p. 1686, 5 votos) se había sostenido que las sentencias de la H. Suprema Corte aun formando jurisprudencia no tenían eficacia derogatoria de ley, y recordaba el texto de la Frac. II del Artículo 107 Constitucional, afiliándose a la problemática casacionista francesa —como desde el siglo pasado lo demostró don Salvador Vega en un brillante artículo—, sin nexos con los antecedentes exclusivamente norteamericanos que constan en la Exp. de Motivos de la Constitución Yucateca de Rejón, promulgada en 1841; que figuran en el Proyecto de Constitución y Dictamen de la Comisión integrada por Ponciano Arriaga, Mariano Yáñez, León Guzmán, apuntalado por Mata (Zarco, *Historia* 1857, I pp. 445 y ss.; II pp. 499 y 500).

Esta última inspiración es la que plasmó la frase inmortal del *Justice Field*:

“Una ley inconstitucional no confiere derechos ni impone deberes, no da protección ni crea funciones; desde el punto de vista legal es tan ineficaz como si nunca se hubiese dictado”.

La toma de posición de la Primera Sala es evidente: la ley en vigor no tiene relevancia; rige la ley derogada: una inhumación y una exhumación. Claro que es por vía

interpretativa, mas el hecho es que en cada caso futuro la ley derogada pervivirá y la ley vigente quedará sepulta.

El paralelismo es evidente: el artículo 386 vigente no debe aplicarse. Sigue teniendo vida el artículo 386 derogado el 31 de diciembre de 1945, ¿Es inconstitucional el artículo 386 vigente?

b).—El segundo: las sentencias que constituyen la jurisprudencia que se acota, ni siquiera por vía de prejudicialidad lógica se refieren a la inconstitucionalidad del precepto legal vigente, sino que como una consecuencia inevitable de la tesis del delito formal, de peligro o *especial*, son arrastradas hasta concluir que si el tipo del artículo 193 de la Ley de Títulos no guarda relación con el fraude ni con cualquier delito patrimonial, el legislador cuando envía para la pena al Código Penal; “es para el efecto de que se imponga la penalidad vigente en la época de su creación, ya que si el fraude aumentó sus linderos de represión atendiendo a la cuantía del daño, tal aumento no atañe a la precitada figura especial”.

¿Y por qué no atañe el aumento a la figura especial? Las sentencias tampoco definen el punto, pero lo que se desprende ineludiblemente de los fallos, es que el artículo 386 vigente no se aplica y que el artículo 386 derogado se aplica a hechos consumados con posterioridad a su existencia jurídica.

La función pues de la jurisprudencia en este caso, ha sido triple: I.—Derogar *parcialmente* el artículo 386 del Código Penal en vigor; II.—Considerar vigente solo respecto al artículo 193 de la Ley de Títulos el citado artículo 386 derogado el año 1945; y III.—Considerar vigente respecto de todas las formas del fraude el artículo 386 vigente.

Esto significa a nuestro modesto entender que la Corte se va acercando conscientemente a los principios que

animaron y fueron el germen de la institución del amparo, y estos principios no son otros en su más elevada proyección que contemporáneamente a la protección de las garantías individuales, la H. Suprema Corte debe invalidar, anular las leyes inconstitucionales. Alguien arguirá que solo en el contraste con la Constitución una ley puede ser anulada, —o si se quiere permanecer adicto al antiguo criterio de la H. Suprema Corte, la ley debe ser declarada inconstitucional con efectos restringidos al caso concreto— y que no se ofrece viable otra alquimia jurídica que permita al Poder Judicial Federal derogar una ley, invalidarla, anularla ni aun a cuenta de interpretación del precepto.

La reciente jurisprudencia se afana por reivindicar los antiguos poderes de la Corte tal como fueron concebidos en sus orígenes para que “a golpes repetidos de jurisprudencia, caigan las leyes inconstitucionales” (¡y también las constitucionales pero que interpretadas sistemáticamente deben considerarse no vigentes!).

La nueva jurisprudencia beneficia a los individuos quejosos, pues la pena es menor en el artículo derogado que en el artículo vigente; de modo que no es posible pensar en la posibilidad de una crítica que venga desde el lado de los particulares.

Esperemos que la nueva jurisprudencia que ha creado el delito *especial* del artículo 193 y el apéndice jurisprudencial surgido por la necesidad conceptual derivada de que un delito formal no puede recibir la dosimetría represiva de un delito de daño, pueda ser llevada tan lejos en sus consecuencias, como de seguro meditaron sus ilustres autores; es decir, que las Salas de la H. Suprema Corte, estén en aptitud para declarar la anulación de los preceptos vigentes y la supervivencia de los preceptos derogados, aunque no sean inconstitucionales. Con mayor razón declararán que las leyes inconstitucionales son nulas, sin vigencia por la jurisprudencia de la H. Suprema Corte (en Pleno o en Salas), porque una de las funciones esenciales del

Poder Judicial Federal, es la de someter al crisol de la constitucionalidad las leyes secundarias, y formular la declaración correspondiente. (Así en “La suspensión en Amparos Penales” etc. 1955, Suplemento.—Pleno Unanimidad de votos).

Creemos que se abre una etapa de revolución con horizontes insospechados en la vida judicial de la Nación. Sea que se acepte o se rechace el criterio sobre cheques sin fondos adoptado por la Primera Sala de la H. Suprema Corte, no puede desconocerse que las dos jurisprudencias se animan por una concepción distinta que provocará un reexamen de las cuestiones fundamentales del Amparo, entre las que se encuentra a no dudarlo, la eficacia de la jurisprudencia, su acatamiento por todas las autoridades judiciales —el premio o el castigo— y el valor intelectual de reprobación de las leyes para que se decida el Congreso a derogarlas.

Estas notas tienen valor puramente académico, en el sentido más modesto de la expresión, pues la Jurisprudencia de la H. Suprema Corte ha encontrado como correctores a varios Tribunales Colegiados de Circuito, que con tenacidad mórbida se apartan del criterio jurisprudencial en multitud de sentencias. Véase el Toca Penal número 837/960 fallado el 25 de abril de 1961 por unanimidad de votos de los Magistrados del Tribunal Colegiado del Tercer Circuito, Joaquín F. Balcázar, Melitón Galicia Gómez y Gabriel González Franco, que en los puntos conducentes dicen: “Es procedente advertir que el razonamiento en que pretende fundamentar su resolución revocatoria el Magistrado Unitario de Circuito aludiendo a que la Jurisprudencia no está sometida al principio de irretroactividad para lo cual hace referencia a una ejecutoria de la Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se menciona a fojas 672 del Tomo CXXV del Semanario Judicial de la Federación *resulta visiblemente desafortunada*. Basta leer con el necesario detenimiento el texto del “Sumario” relativo (ya que tal ejecutoria no se publica ínte-

gra, y aun el solo extracto de la repetida Ejecutoria), para verificar la inaplicabilidad del mencionado fallo. En efecto, allí se dice textualmente que "la Jurisprudencia no está sometida al principio de irretroactividad; en tanto se limita a determinar el sentido de las Leyes vigentes, puede aplicarse aun a los hechos anteriores a su adopción; y sólo se causaría agravio si se aplicase la Jurisprudencia a un caso regido por una ley anterior". En el caso de la Ejecutoria citada por el C. Magistrado del Tribunal Unitario del Tercer Circuito, no se asegura que la Corte hubiese variado determinada Jurisprudencia, es decir, que hubiese habido dos Jurisprudencias contradictorias, sino sencillamente que, cuando se aplicó el contenido de una Jurisprudencia existente, no había habido contradictoria o diversa Jurisprudencia interpretativa de los preceptos a los que alude la repetida Ejecutoria. Con más claridad, en esa Ejecutoria sólo sostiene que la Jurisprudencia de la Corte debe aplicarse o regir en el momento en que se resuelve una cuestión, aunque tal Jurisprudencia haya empezado a regir con posterioridad a la fecha en que se realizó el hecho sobre el que se juzga. Pero la multicitada Ejecutoria no tiene el alcance que parece concederle el expresado Magistrado de Circuito. Es visible que si dentro del período o término en que estuvo en vigencia tal interpretación del Máximo Tribunal de la República, se cometió un hecho que la propia Corte consideraba como no punible, resultaría ilegal, al cambio de tal Jurisprudencia que si considera el propio hecho punible, aplicar al presunto responsable la nueva Jurisprudencia".

De nada ha servido verdaderamente, ni el texto de los artículos 107 fracción XIII de la Constitución, 193 y 193 Bis de la Ley de Amparo y 6o. Transitorio de ésta, así como el reiterado criterio de la H. Suprema Corte sobre cheques sin fondos (Amparo 70/961/1a. Alfonso Sánchez Méndez, Abril 14 de 1961) en esta materia y en otras porque con una independencia de juicio cuya calificación no me corresponde, el Colegiado del Tercer Circuito se afana en demasía por sostener sus propios criterios. Entonces, todas

las observaciones al respecto tienen carácter estrictamente especulativo y no responden a la corriente sanguínea de la Nación. Del mismo modo, el criterio de la H. Suprema Corte únicamente tiene eficacia en los casos concretos ya que es despreciado en los que no quedan sujetos a su conocimiento. (Ver. *Boletín* 165, Tesis 8786—4 votos).

Junio de 1961