

## CAPÍTULO CUARTO LEGALIDAD Y LEY PENAL

### — I —

#### Los límites formales a la norma penal

La coercibilidad es un signo de todas las normas jurídicas creadas para la defensa o protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimos. En tal sentido, la coercibilidad de las normas jurídicas es indispensable a todo sistema de control social. Y el Derecho Penal obedece a un sistema de control social. Pero quizá lo que en el ámbito jurídico diferencie la coercibilidad del sistema normativo penal de las demás instituciones de control social, es su carácter limitado y especialmente enérgico. En el primer aspecto, las limitaciones de la norma penal son tan de naturaleza formal como de carácter material. Los cotos formales de las normas del sistema penal se distinguen —o se deberían distinguir— de las de otros sistemas, porque le restan a aquellas el carácter de sorpresa. Precisamente, a través de reglas previas y claras que se creen a tal efecto. Esos límites formales se conjugan en un principio constitucional: *el principio de legalidad*. En efecto, la Constitución impone al poder punitivo del Estado un límite formal para su ejercicio que es 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 a esa facultad estatal.

El principio de legalidad del artículo 14 C, consistente en que *[la]... pena debe estar decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata...*, se desdobra en el de «*estricta legalidad*» y en el de «*mera legalidad*» de la manera siguiente: El primero se dirige al legislador con las precisiones que más adelante se harán. Y él obedece en esencia al imperativo de respetar el derecho que tienen todas las personas de saber lo que no pueden hacer (ámbito de las conductas penalmente prohibidas) a través de las normas legales dadas, así como lo que les sucederá (consecuencias jurídicas) si realizan una conducta penalmente prohibida. El segundo se dirige a los jueces. En cuanto que éstos nada más pueden considerar que merecen sanción penal los hechos que prevea la norma legal dada y los cuales —tras que se verifiquen fácticamente y con cierto grado de confiabilidad en el debido proceso penal— la ley considera delito. Lo anterior se recoge no sólo en el artículo 14 de la carta fundamental, sino, además, en sus artículos 16, 19, 20 y 21. Pero a éstos artículos también se les deduce una consecuencia más con relación al principio de *mera legalidad*, por la cual los jueces sólo se deben someter a ley. Es sólo a ellos a quienes les compete declarar —y sólo con base en la ley— que el hecho es delito (artículo 14 C.) Y sólo a ellos les incumbe imponer las penas que para ese delito prevé la ley (artículo 21 C.) Todo ello conforme al debido proceso penal que también regulan los citados artículos de nuestra carta fundamental. El principio de legalidad lata se dirige pues a los jueces, a quienes se les prescribe que apliquen con exactitud las normas de las leyes penales. Principio que en el Derecho Procesal Penal tiene implicaciones importantes al consagrar la garantía del monopolio de la jurisdicción penal con vinculación a la ley. Enlaces que trascienden al fondo de la estructura constitucional del proceso penal mexicano, en cuanto al equilibrio que ha de haber entre la función acusatoria que incumbe al Ministerio Público con relación a un hecho que estima delito y la función jurisdiccional de declarar la existencia del delito e imponer las penas con

apego estricto a la ley penal y la cual le atañe a los jueces. Mismos que la legislación no destaca lo suficiente; y de los que la propia jurisprudencia contribuyó a su distorsión.<sup>319</sup> Aunque no me ocuparé de ellos, pues su estudio es más propio del Derecho Procesal Penal.

En su turno, como ya se dijo, el principio de *legalidad estricta* se dirige al legislador. A quien se le prescribe la taxatividad y la precisión fáctica-normativa de las formulaciones legales acerca del delito, de la pena y de su ejecución. Porque así como el principio de legalidad *lata* trasciende a los jueces para que sólo consideren delito lo que la ley señala previamente como tal y nada más apliquen las penas que para ese delito prevea la ley. También sólo puede ser la ley la que prevea al delito, a la pena que le sea aplicable y su forma de ejecución. De ello se sigue que el principio de legalidad se manifiesta en formas y momentos diferentes con relación a los delitos y las penas. Pues si bien es cierto que el principio de legalidad se ha de observar respecto al *delito* en los momentos de su creación en la ley —*legalidad estricta*—. Al igual que cuando el juez declara su existencia en un caso concreto, previo el debido proceso legal —*legalidad lata*—. También lo es, que el principio de legalidad respecto a la *pena* se ha de acatar no sólo en los momentos en que el legislador previamente asigna sanciones específicas a cada delito —*legalidad estricta*—. Y no nada más cuando el juez las impone por esos delitos con sujeción a la ley —*legalidad lata*—. Sino también en el momento en que las penas se han de ejecutar. Por cuanto que las penas que se impongan se han de cumplir con arreglo a las disposiciones legales vigentes que normen la ejecución de esas penas. De aquí entonces que el principio de legalidad tenga diversas manifestaciones que se dirigen al legislador y/o al juzgador en los diferentes momentos de intervención del poder penal del Estado frente a las personas. Ferrajoli sintetiza esas manifestaciones en diez garantías penales o límites. Los que precisa de la manera siguiente: (...) No hay pena sin delito. No hay delito sin ley. No hay ley sin necesidad. No hay necesidad sin lesión. No hay lesión sin acción. No hay acción sin culpabilidad. No hay culpabilidad sin juicio. No hay juicio sin acusación. No hay acusación sin prueba. No hay prueba sin defensa.<sup>320</sup>

Por supuesto, me ocuparé sólo de los principios de naturaleza sustantiva penal. Primero de los que atañen a la fuente y a la forma de descripción del delito y las penas; así como de la interpretación de la ley penal. Para luego ocuparme —en el capítulo siguiente— de los límites del principio de legalidad a los ámbitos temporal, espacial, competencial y personal de aplicación de la ley penal. Finalmente, en cuanto a los límites que impone el principio de legalidad a la ejecución de las penas, me ocuparé de ellos en el último capítulo de este libro.<sup>321</sup>

Sin embargo, no resulta ocioso destacar que el principio de legalidad también gobierna a las medidas de seguridad aplicables a los menores y a ciertos inimputables. En tanto la naturaleza de estas medidas es equivalente a la de la pena en cuanto ellas afectan la libertad personal u otros derechos y en cuanto su regulación misma se halla en los mismos códigos penales o bien se hace referencia a estos para definir las conductas que como “infracciones penales” se ajusten al tipo penal de un delito. (Artículo 1° de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en

<sup>319</sup> *Infra*, ver INTRODUCCIÓN, número VII. Las aporías, las falacias y las disfunciones en la legislación.

<sup>320</sup> *Idem*, pp. 34 y 35.

<sup>321</sup> Ver *infra*, , CAPÍTULO DECIMOSÉPTIMO.

materia Federal.) (Y artículos 496 y 497 del CFPP.) De tal guisa que tratándose de menores el artículo 119 de la referida ley dispone que: "el tratamiento externo no podrá exceder de un año y el tratamiento interno de cinco años". Y respecto a los inimputables, el artículo 69 del CPF dispone que: "*En ningún caso la medida de tratamiento impuesta a un inimputable por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito*". Iguales disposiciones existen en los artículos 66 del CPDF y 150 del CPC.

## — II —

### **No hay delito ni pena sin ley**

El aforismo *no hay pena ni delito sin ley* es un mandato de legalidad. Tan de «mera» legalidad, como de «estricta» legalidad. Y aunque pueda parecer en la práctica que el primer aspecto es el más interesante, en realidad ambos relieves son de suma trascendencia. Sin embargo, por lo pronto importa volver a destacar que el enunciado del artículo 14 C., consistente en que: *[La]... pena debe estar decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata...* no solo se debe ver como la potestad que el pueblo le dio al Estado para que éste pueda punir a través de leyes. Ya que ese señorío se deriva de una garantía individual; y ésta es una protección del individuo frente a tal poder del Estado, al que se le limita por la propia Constitución. La expresión de que no debe haber delito ni pena sin ley va pues mucho más allá de la facultad para punir que se da al Estado por la carta fundamental. Pues si se le mira bien, en realidad aquella es una garantía y, por lo tanto, es una condición limitativa que se impone al poder penal del Estado. Para que éste sólo pueda punir con base en una previa ley vigente en su ámbito espacial, en la cual se debe puntualizar con claridad el delito y su penalidad.

*La exigencia de ley penal previa y cierta es una garantía insoslayable del estado de derecho: El ciudadano tiene derecho a saber a través de leyes, en todo momento, lo que no puede hacer (ámbito de lo penalmente prohibido) y las consecuencias jurídicas que con el nombre de pena se le impondrán si acaso infringe la prohibición. En el plano de legalidad estricta, sólo es posible entonces que el delito, las penas y su ejecución existan a través de leyes previas. La fuente del delito, de sus penas y de su ejecución sólo puede ser la ley.*

Unos delitos cuyas conductas y el ámbito de prohibición en el que éstas se realicen se deben delimitar y precisar por el legislador. Al igual que al legislador le compete fijar unas penas cuya naturaleza y medida sean inteligibles y mensurables con relación a cada delito. Como igual a él le incumbe regular la ejecución de esas penas en la ley. Pues un delito sin conducta específica ni materia de prohibición determinable, al igual que un delito con pena ininteligible o incalculable o sin ámbito legal que regule su ejecución, equivaldría a que se permita la arbitrariedad del Estado cuando éste actué contra las personas para punirlas en nombre de ese delito con trasgresión del principio de estricta legalidad en los delitos y las penas que se deriva del artículo 14 C.

*Nullum crimen nulla poena sine lege* es entonces un postulado básico del Estado de derecho en favor de las personas. Mismo que se reconoce por todas las Constituciones de ese giro.

## — III —

### **La función garantizadora del principio de legalidad estricta**

**A. Evolución y fundamentos adicionales.** El principio de legalidad de los delitos y las penas es producto de un lento proceso histórico cuyos antecedentes se remontan hasta el siglo XII con la carta magna inglesa de Juan Sin Tierra. Aunque en realidad, más propiamente el principio de legalidad penal se motivó como tal y en cuanto al delito y las penas por la falta de certeza de qué conductas y con qué condiciones eran delito, cuál era su sanción aplicable y cómo habría de imponerse y de ejecutarse aquella. Toda vez que ello se decidía por los reyes y sus jueces en cada caso concreto y solo a posteriori. Con lo que así estos tenían un poder creador desmesurado de los delitos y de las penas. Lo que favoreció la incertidumbre y los abusos. De aquí que la focalización más reciente del principio de legalidad se halle en la época de la Independencia de Norteamérica y de la Revolución Francesa. Cuando el pueblo pasa de ser objeto del poder del Estado a ser el sujeto al que le corresponde originariamente ese poder. El cual él deposita en la Constitución para que el Estado lo ejerza en beneficio de la gente y de las personas que la integran. Sujetándose así al Estado en el ejercicio del poder al respeto a los derechos de las personas y a la observancia de las garantías que les protejan plasmadas en la C., así como al imperativo de que los actos del Estado han de ser benéficos para el pueblo o al menos sin que ellos le perjudiquen.

Una de esas limitaciones es, precisamente, el principio de legalidad en los delitos y las penas. El principio de legalidad en los delitos y las penas surge pues, propiamente, en la «época de la Ilustración» del siglo XVIII. Y alcanza su consolidación durante el siglo XIX con el afianzamiento del Estado liberal. Mismo que evolucionó hacia el ideal actual del estado de derecho o democrático. En aquel período ven la luz las declaraciones de derechos fundamentales de las personas, como son por ejemplo: la Petitions of Rights de los Estados americanos de Filadelfia (1774) y Virginia (1776); la Josephina austriaca de 1787; y, sobre todo, la famosa Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789. En la que se estableció que «nadie podrá ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada» (artículo 8.)<sup>322</sup> El principio de legalidad se encuentra también proclamado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en la ciudad de Nueva York, E. U. A., de 19 de diciembre de 1966, ambos tratados internacionales aprobados por la Cámara de Senadores el 18 de diciembre de 1980 y cuyos decretos se publicaron el 9 de enero de 1981 en el Diario Oficial de la Federación.

**B. La función garantizadora del principio de legalidad estricta con relación a la estructura del delito.** Así entonces, del artículo 14 C. se deriva que el legislador debe delimitar con precisión en la misma ley penal todas las características por las que un hecho se ha de considerar punible y, por lo tanto, delito. Al legislador le incumbe —y sólo a él— el plasmar los tipos penales delictivos en la ley en acato a la garantía de legalidad estricta; junto con las demás condiciones de punibilidad del hecho. Y, precisamente, de las causas de exclusión del delito se deducen —en sentido contrario— las demás condiciones para la punibilidad del hecho, cuales son su carácter antijurídico y la culpabilidad en la conducta de quien lo realiza. En efecto, *los tipos penales son los supuestos legales de hechos punibles que involucran un daño o peligro (lesivos*

---

<sup>322</sup> Cit. por Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, op. cit., p. 95.

*significativamente) a uno o más bienes jurídicos. Tal es el concepto del "tipo penal" (en sentido estricto.) Mas los tipos penales así entendidos no agotan lo que jurídicamente se puede considerar delito. En tanto que de la ley penal se deducen otras condiciones adicionales para la punibilidad de las conductas que prevén los mismos tipos penales. En tal sentido, el principio de legalidad estricta con relación al delito parte del tipo penal. Pero el mismo se extiende, además, a todas las demás condiciones adicionales que se deducen de la propia ley penal para afirmar que una conducta es delito y amerita una pena. Surgiendo así la concepción del "tipo garantía". El "tipo garantía" es el conjunto de condiciones legales que ha de reunir una conducta para ser delito y digna de pena. Respecto del CPF, el CPDF y el CPC, el segundo es el único que consigna de manera expresa esa garantía en su artículo 1 del tenor literal siguiente: "(Principio de legalidad). A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la acción u omisión prevista expresamente como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena y la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta". Sin embargo, con la misma orientación se revela el contenido del artículo 7° del CPC al preceptuar que: "La Parte General de este código se aplicará necesariamente a todos los tipos penales que en él se prevengan, para determinar sus ámbitos de aplicación; cuándo un hecho es o no es delito; cuáles son sus consecuencias jurídicas y las causas por las que se extinguen".*

Aún así, el "tipo penal" —más que el "tipo garantía"— es el principal punto de referencia para examinar el principio de legalidad estricta en los delitos y las penas. Porque sin el tipo penal —entendido como supuesto legal que acota al hecho punible— las personas no podrían saber con precisión cuál es la materia de prohibición cuya violación a través de su conducta que lesione un bien jurídico les ameritará una pena. Sin que se pierda de vista que aun cuando una persona realice una conducta que ensamble en el tipo penal de un delito, es posible que esa conducta no sea delito si acaso concurre alguna causa legal que lo excluya. De aquí que se hayan deducido de la ley otras condiciones de punibilidad diversas a la conducta y al tipo. Y que junto con ellos en México se les conoce como elementos del delito. Desde ese enfoque, los tipos penales y la interpretación deductiva en sentido contrario de las causas que excluyen al delito cumplen —o deberían cumplir— la función de hacer eficaz el principio de legalidad estricta en los delitos y en las penas —*tipo garantía*—. Nos dice Ferrajoli que: [Conforme al]... principio de la «reserva de ley» en materia penal y del consiguiente sometimiento del juez, éste no puede calificar como delitos todos (o sólo) los fenómenos que considera inmorales o, en todo caso, merecedores de sanción, sino sólo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones, vienen formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena.<sup>323</sup> Sin embargo, los nuevos CPDF y CPC también consignan de manera expresa y positiva dichos presupuestos de punibilidad. Así, en sus artículos 1 a 5 el CPDF alude expresamente a los principios de conducta, tipicidad, bien jurídico y antijuridicidad material, culpabilidad y prohibición de responsabilidad objetiva. Mientras que el CPC hace lo propio en los artículos 12, 13, 15 a 19, 41, 43 y 48 que se refieren, respectivamente, al concepto del delito, a la conducta, al tipo, a la lesión jurídica, a la antijuridicidad y a la culpabilidad y lo cual es mejor, dando un concepto de cada uno de esos presupuestos de punibilidad.

---

<sup>323</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, pp. 34 y 35. Nota. El corchete es mío.

En un plano de estricta legalidad solo es posible que el delito y las penas existan con base en leyes. Unos delitos cuyos presupuestos el legislador debe delimitar y precisar. Unos delitos que se basen en conductas concretas. Para las cuales a cada una se le especifique un ámbito objetivo realizable y conocible, deslindado en la propia ley. Mismo que constituirá la materia de prohibición de la conducta concreta que se puna. Y el cual debe encerrar el daño o el peligro (lesivos) a uno o más bienes jurídicos. Así vistas las cosas, el principio de legalidad cumple una función político-criminal y jurídica muy importante para limitar el poder punitivo del estado. Y esa función primero se ha de manifestar a través de la especificación previa en la ley de los contenidos del tipo penal de cada delito. Así como de los supuestos adicionales de los que se deducen los demás presupuestos o categorías para la punibilidad —también llamados elementos del delito—, en especial, de la conducta, la antijuridicidad y la culpabilidad.

**C. La función garantizadora formal y material del principio de legalidad estricta: Ley escrita y ley cierta. (Los tipos en blanco y los tipos abiertos como negación de ley escrita y ley cierta.)** En el contexto anterior la función político-criminal y jurídica del principio de legalidad estricta en los delitos y las penas se manifiesta en dos vertientes: La vertiente formal y la vertiente sustancial. La primera se expresa en el sentido de que *la ley es la única fuente de las normas penales (ley escrita.)* Y la segunda adquiere sentido en cuanto a *las características que las mismas normas penales han de reunir en la ley para garantizar la certeza de sus contenidos (ley cierta.)* «Ley escrita» y «ley cierta», dos expresiones simples que en materia penal tienen íntima relación con la garantía de seguridad jurídica y que trasciende tan a la libertad de las personas como a la impartición de una justicia que en la Constitución aspira al acato de la garantía de igualdad en una de sus varias manifestaciones. El desafío principal para el cumplimiento de la ley penal escrita y de la ley penal cierta se halla en los tipos penales abiertos y en los tipos penales en blanco, según los llama la doctrina.

Aunque las expresiones tipo abierto y tipo en blanco son de carácter convencional en la doctrina, la concepción más difundida —en sentido amplio— del tipo “abierto” es la del supuesto legal en el que se describen los caracteres del hecho punible con expresiones difusas o normativas de las que en la misma ley falta su noción para así poder saber con certeza cuál es el aforo material de prohibición del supuesto legal punible, o bien cuando el mismo tipo contiene una descripción tan vaga del hecho punible que deja en manos del juez determinar su contenido en cada caso concreto. Mientras que la del tipo “en blanco” es la del supuesto penal en el que se contiene o permite un reenvío expreso o implícito a otra norma que no es ley o bien a una ley que no es penal, a efecto de completar una parte del mismo. Los tipos abiertos se asemejan a los tipos en blanco en que tan en unos como en otros el tipo estaría incorrectamente formulado. Mas los tipos en blanco se diferencian de los abiertos, en que en aquellos su contenido está trunco, mientras que en los tipos abiertos tal contenido es difuso o vago. Por lo tanto, mientras es posible que los tipos en blanco se completen por otra norma a la cual el mismo tipo reenvía. Ello no es posible en los tipos abiertos, en los que es el juez —y no ya la ley— quien “valora” cuál ha de ser el aforo regulativo del tipo penal que vendrá a definir la materia de prohibición penal. Claro es que también se puede dar el fenómeno de un tipo en blanco y abierto a la vez. Es decir, cuando el supuesto penal contiene o permite un reenvío a otra norma, pero en ella o con relación a otra

parte de aquel supuesto hay insuficiencia u oquedad en su aforo regulativo legal. Desde aquella perspectiva, el llamado tipo abierto o bien los elementos normativos abiertos de un tipo pueden ser más peligrosos que el simple tipo en blanco, dada la sutileza con la cual aquellos minan la garantía de certeza de la ley penal. Por otra parte, como ya se puede advertir: mientras el dilema de los tipos en blanco se enfrenta más con la garantía de ley penal escrita; los tipos abiertos desafían en especial a la garantía de ley penal cierta. Y en uno y en otro se viola la garantía de estricta legalidad penal del artículo 14 C. Es por la primera razón que los analizo por separado al ocuparme de cada una de esas manifestaciones de la garantía de legalidad estricta en los delitos y sus penas, sin desconocer que en realidad un tipo “abierto” puede implicar problemas de un tipo “en blanco” y más aún, que éste último también puede tener relieves que se relacionan con la certeza de la ley penal por adolecer de imprecisiones debido a la vaguedad de sus normas. Y que en cualquier caso de tipo abierto, de tipo en blanco o mixto se viola la garantía de estricta legalidad penal que prevé el artículo 14 C.

**1. La exigencia formal de ley escrita como fuente del Derecho Penal y los tipos en blanco.** Como ya se dijo, la doctrina es uniforme en el sentido de que *la única fuente para la creación de las normas penales es la ley*. Postulado que también se deriva de la exigencia del artículo 14 C., consistente en que: *“La pena debe estar decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”*. Mismo al cual hace alusión el artículo 1° del CPDF al señalar que la *“acción u omisión”* deben estar (...) *previstas expresamente como delito en una ley vigente al tiempo de su realización*. Y —añade el artículo 1°— (...) *siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena y la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta*. Asimismo, ya destacó que esa máxima no se debe ver sólo como la potestad que el pueblo le dio al Estado para que éste pueda punir a través de leyes. Porque el señorío de punir se deriva de una garantía individual; y ésta es una protección del individuo frente al poder punitivo del Estado, el cual se encuentra limitado por la propia Constitución. La expresión de que no debe haber delito ni pena sin ley va pues mucho más allá de la facultad implícita que la carta fundamental da al Estado para punir. Pues si se le mira bien, aquella es una condición limitativa que se impone al poder punitivo estatal. Para que sólo se pueda punir con base en una ley vigente que sea previa al delito que aquella misma prevea puntualizando su penalidad.

En un plano de estricta legalidad, sólo es posible entonces que el delito y las penas existan a través de leyes. La fuente del delito y de sus penas sólo puede ser la ley. Más de aquí cabe preguntar: ¿Qué acaso todo el contenido del tipo penal se ha de plasmar en la ley penal? ¿O habría espacio para las excepciones? Pareciere ser que no, dados los términos del artículo 14 C, de que *“la pena debe estar decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”*. Y lo mismo se podría decir del contenido del artículo 1° del CPDF. Mas si eso es así, ¿qué sucede entonces con los tipos penales “en blanco”? Esto es, ¿Cuál es la situación de los tipos penales que de manera implícita o expresa reenvían la determinación de la norma penal aplicable a un ámbito de competencia distinto del reservado al propio poder legislativo? Ya que es éste quien sólo puede enunciarla a través de los mecanismos formales constitucionales de formulación de la ley.

Por supuesto que cuando el complemento del espacio en blanco se da en la misma ley penal o incluso en otra ley, no debiera haber reparos al respecto. Pues independientemente de que la técnica legislativa aconseja evitar en lo posible los reenvíos, a menos que éstos sirvan a su vez para impedir repeticiones innecesarias o dar mayor certeza a la ley, de todas suertes en aquellos casos sigue siendo la misma ley la fuente del tipo penal o de los mismos presupuestos de la pena. Lo mismo sucede con los reenvíos "implícitos" con aforo legal. Es decir, cuando el tipo penal contiene expresiones tales como "ilegalmente", "contraria a la ley", "sin los requisitos legales", o incluso «normativizadas» como serían las palabras "sin derecho", o de simple apreciación jurídica como cosa "*mueble*", "bien inmueble o derecho real", "sentencia o resolución judicial", "autoridad competente", "título-valor", "sociedad mercantil", "pariente colateral en segundo grado", etc.; en tanto ellas sólo pueden decidirse en el caso concreto conforme a la «ley» que se relacione con la materia de prohibición del tipo penal de que se trate y la cual provee del concepto acerca del elemento que el tipo penal omite. Es más, en esos supuestos —dice Antonio Doval Pais—: (...) las estructuras en blanco proporcionan un instrumento que posibilita distanciar la ley penal de las circunstancias que podrían alterarla con facilidad, al mismo tiempo que se conserva sensible a los cambios a través del hilo conductor que la mantiene unida a los sectores normativos que los recogen, dotándola así de actualidad, permanencia y estabilidad".<sup>324</sup> Sin que sea ocioso estimar que en realidad en esos eventos ya no estamos ante una norma legal en blanco, sino frente a una norma legal completa, ya integrada por su complemento de igual naturaleza legal. (Y sin desconocer que en materia de sucesión temporal de leyes, esos tipos penales presentan un problema especial de aplicación temporal cuando sin cambiar el contenido de los mismos sí cambia el contenido de la norma legal a la cual se hace el reenvío expreso o tácito.)

Pero diferente es el desafío que representan las leyes penales en blanco: **1)** Cuando incorporan remisiones de rango distinto al requerido para la regulación de la materia penal, no obstante que aquél solo puede ser la ley. Igualmente: **2)** Cuando aluden a disposiciones que emanan de órganos distintos del poder legislativo y mediante procedimientos formales diferentes a los mecanismos constitucionales de producción de la ley. **3)** Cuando se dan en el tipo expresiones normativas "abiertas" que en realidad involucran un espacio "en blanco" en el tipo penal, como lo son, por ejemplo, "indebidamente", "ilícitamente", etc. y por los que podría colarse la invocación de normas no penales de la materia regulada según el bien jurídico protegido, sin que aquellas normas tengan el carácter de leyes ni el tipo penal reenvíe a las mismas. Ello acontece cuando al tipo penal que contiene la expresión "abierta" o que en sí mismo es "abierto" se le pretende basar en "reglamentos", "manuales", "lineamientos", "circulares" u otras disposiciones de carácter administrativo que emiten órganos formalmente distintos del legislador, ya sea que aquellos pertenezcan al poder ejecutivo, al judicial o a los ayuntamientos, etc. O bien, que aún surgiendo del mismo órgano legislativo se den a través de mecanismos formales distintos al procedimiento legislativo. Todo ello ya apareja un proceso de deslegalización que irrumpe contra la garantía de legalidad estricta en materia penal. Y aunque a ese argumento se le podría oponer el que el fenómeno obedece al objeto de la materia regulada por el tipo cuando aquella resulta ser "competencia" de la autoridad diversa. Al mismo cabe replicar que desde el momento en que a la materia de prohibición —que

<sup>324</sup> Antonio Doval Pais, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999, pp. 112 y 113.

de ordinario incumbiría regular a otra autoridad— se le toma en cuenta para la imputación penal, queda fuera de la competencia de aquella autoridad y pasa a ser atribución del legislador para plasmarla en ley. Porque dejar la facultad en manos de esa otra autoridad es dejar la norma penal a merced de quien precisamente carece de competencia constitucional para formularla.

Aún así, esta postura amerita ciertas precisiones: **1)** Ninguna duda cabría de la inconstitucionalidad de una ley que directamente permitiese punir conductas en un ordenamiento distinto a la ley, o que delegara esa atribución a otras autoridades diferentes del órgano legislativo. **2)** Como tampoco la habría de tal inconstitucionalidad, si el legislador se concretara a señalar la pena y dejara la conducta o la esencia del ámbito material de prohibición a otra autoridad. **3)** Menos aún debe haber hesitación de la inconstitucionalidad del fallo de la autoridad judicial que pretendiese sustentar la punibilidad de conductas en la infracción de reglamentos o alguna otra “normatividad” aplicable de jerarquía inferior a la ley o de naturaleza formal diferente a la ley misma, sin que en el mismo tipo penal o en otra previsión de la ley penal se haga algún reenvío expreso del elemento normativo de desvalor o especial valoración a dichas regulaciones. **4)** Pero no sucede lo mismo cuando el legislador precisa la pena así como la conducta y la esencia del ámbito material de prohibición penal que la amerita. Y sólo deja a normas extra-penales y no legales, condiciones adicionales o accidentales y que no constituyan por sí mismas un determinado ámbito material prohibido penalmente. Ni tampoco involucren un aspecto sustancial que —al menos— no esté ya implicado en el tipo. Y las que sólo vienen a completarlo de aquella manera. Por ejemplo, si el legislador de una entidad federativa puniera a quien por dos o más ocasiones, dentro de cierto lapso de tiempo, en vías públicas estatales o municipales conduzca un automóvil a exceso de velocidad según las normas reglamentarias aplicables y con peligro concreto para la vida o la salud de una o más personas. En tal caso, en el mismo tipo penal tan se precificaría la conducta como la esencia del ámbito material de prohibición —conducir un automóvil en vías públicas estatales o municipales a exceso de velocidad por dos o más ocasiones dentro de cierto período de tiempo y colocando en peligro concreto de dañar la vida o la salud de una o más personas—, y sólo se dejaría la determinación de qué velocidad es la permitida, precisamente a las autoridades que tengan la competencia constitucional para reglamentar los límites de velocidad del tránsito automovilístico en las vías públicas. Diferente sería el caso —también a guisa de ejemplo—: si algún tipo penal puniese la venta de los productos que la autoridad administrativa prohíba. Pues en tal supuesto, se precificaría la conducta y el objeto del tipo —vender productos—. Mas es claro que en aquél se omitiría en realidad el ámbito de prohibición —al no precisar qué productos ni cuáles serían las condiciones por las que la autoridad administrativa prohibiría su venta—. Y lo cual sólo compete determinar al legislador mediante el procedimiento formal de la ley. Cuyo discernimiento sí se dejaría entonces en mano de autoridades sin competencia constitucional para formular la ley penal en cuanto a la esencia prohibida de las conductas que se sancionan con penas.

Sobre esas bases sí cabe denunciar a las leyes penales en blanco que incurran en esas remisiones delegatorias. Pero igualmente cabe impugnar la interpretación judicial en el mismo sentido “abierto” que se haga con base en “reglamentos”, “lineamientos”, “manuales”, “circulares”, etc. Esto es, de acuerdo con

expresiones normativas "abiertas" contenidas en algunos tipos penales que no hagan reenvío expreso a normas de esa naturaleza, en tanto que con ello se viola la garantía de legalidad penal en su manifestación de ley escrita. En efecto, también sería contrario a la C. el que se pretendiese sustentar la aplicación de un tipo penal en infracciones reglamentarias o de jerarquía inferior a la ley o de naturaleza formal distinta a ésta cuando el mismo tipo o la ley penal no hacen algún reenvío en tal sentido. Ni siquiera sería admisible tal interpretación con base en expresiones normativas tales como "indebidamente" o "ilícitamente" que contenga el tipo penal. *Porque mientras el contenido y alcance de esas locuciones no se regulen en la misma ley penal o ésta no haga un reenvío específico a otras normas aplicables de jerarquía inferior a la ley o de naturaleza formal distinta a aquella, en acatamiento del artículo 14 C. sólo se podrá atender a las conductas cuyo carácter indebido o ilícito se funde en la trasgresión del «precepto de una ley» según la materia de prohibición a la que aluda el tipo penal o a la cual éste sea aplicable.* Dicho de otro modo, a falta de norma legal regulativa, las expresiones "indebidamente" o "ilícitamente" que se contengan en un tipo penal se deben entender como "ilegalmente" —ya sea como contrarias a un deber legal o como contrarias a lo que la ley prevé—; y todas aquellas otras expresiones de cualesquier tipo penal que involucren una conducta que se aparte de cierto ámbito de regulación sin que el tipo haga un reenvío expreso, deben entenderse como conductas que contradigan a preceptos de la ley de la materia y no a otras normas de jerarquía inferior o de naturaleza formal distinta a aquella según la materia de prohibición en la cual el tipo penal sea aplicable. En suma, si no hay una norma regulativa en la misma ley penal de las expresiones "ilícitamente" o "indebidamente" o cualesquier otra que aparejando un juicio de desvalor sea necesario acudir a otro campo del Derecho, sólo podrá ser típica la conducta que en un caso concreto contradiga alguna ley y sin que se pueda atender como base de la conducta típica penal aquella que contradiga alguna "normatividad" de menor jerarquía a la ley o de naturaleza formal distinta a ella, porque de lo contrario se conculca el artículo 14 C. que consigna la garantía de estricta legalidad de los delitos. Y la cual ahora se consigna con claridad plausible en el artículo 1 del nuevo CPDF. La que de todas maneras tiene su calidad sustancial para limitar validamente el poder punitivo en protección de la libertad de los individuos en un estado democrático.

Resta aún por examinar si los tratados internacionales pueden o no pueden ser fuentes validas de las normas penales. Ello viene a cuenta porque ciertamente los tratados no son ley aunque contengan disposiciones o previsiones de carácter general. Eso es obvio. Pues les faltan los procedimientos constitucionales necesarios para la formación de la ley. (Artículos 70, 71 y 72 C.) Sin embargo, a esto se podría replicar que la misma Suprema Corte de Justicia resolvió en jurisprudencia definida la supremacía de los tratados sobre las leyes federales y comunes. La tesis es la siguiente:

**TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho

federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.<sup>325</sup>

A mayor abundamiento, el artículo 6° del CPF alude a "*delitos que estén previstos en tratados internacionales de observancia obligatoria en México*" para decidir la aplicación supletoria de las normas de ese código penal que no prevean aquellos tratados internacionales con relación a los delitos que éstos llegaren a contener.

No obstante, lo anterior no debe llevar a confusión. Primero hay que destacar que aun cuando el criterio de la SCJN precisa que en los tratados internacionales no hay limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas y, por tanto, aquellos se pueden referir tan al Derecho federal como al común; y si bien es cierto, además, que ella pone en claro la supremacía de los tratados sobre las leyes.<sup>326</sup> Sin embargo, es por igual verdad que **1)** la tesis no equipara ni concede igual naturaleza formal—que sino material— a los tratados y las leyes; por el contrario, los distingue. —Y **2)** lo mismo hace el artículo 133 C. —. Como igualmente **3)** el criterio jurisprudencial señala —tal como lo preceptúan los artículos 15 y 133 C—: Que los tratados se deben arreglar a la Constitución y a las garantías que la misma establece y, precisamente, es la misma carta fundamental la que en su artículo 14 dispone que los delitos y las penas se hayan de prever en una ley. **4)** Esto es, la única fuente de las normas penales es la ley. Y obviamente un tratado no es una ley. Por ende, **5)** es la Constitución la cual sí reserva a la ley la previsión de los delitos y las penas. Límite constitucional que, por lo tanto, excluye a los tratados como fuente de normas penales. Por ello, no debe caber duda de la inconstitucionalidad de la aplicación de las normas penales que se contuviesen en un tratado; es decir, del que definiere supuestos de hechos punibles o alterara normas penales en perjuicio de las personas. Como tampoco la debe haber del carácter inconstitucional del artículo 6° del CPF, en cuanto consiente una delegación de facultades que la C. reserva al poder legislativo al dar por sentada la posibilidad de que los tratados prevean delitos. Más aún cuando la reserva del artículo 14 C. al legislativo, para que sólo él formule las leyes penales, se da en garantía de las personas. Con lo que esta garantía se viola si la creación de delitos y de penas se da por órganos diferentes al legislativo y por fuentes distintas a la ley o de los procedimientos

---

<sup>325</sup> Novena Época Instancia: Pleno Fuente: S. J. F. y su Gaceta Tomo: X, Noviembre de 1999 Tesis: P. LXXVII/99 Página: 48 Materia: Constitucional Tesis aislada. Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve. Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA." Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: S. J. F. y su Gaceta, Tomo: X, agosto de 1999 Tesis: P. LX/99. Página: 55. Materia: Penal. Tesis aislada.

<sup>326</sup> La tesis a la que se alude es cuestionable desde la visión del ámbito constitucional de competencia para formular las leyes y, asimismo, respecto a la distribución de competencias en el esquema del pacto federal. Sin embargo, no es este el lugar ni la materia para ocuparse de esas cuestiones.

formales para su creación, pues aquella se estructura de acuerdo con las formas que la misma C. prevé. La postura reflejada en el artículo 6° del CPF, al igual que la del artículo 50-I-a) de la LOPJF —al dar por sentada la posibilidad de que los tratados prevean delitos— ayuda a potenciar un proceso de deslegalización de las normas penales que irrumpe contra la garantía de legalidad estricta en materia penal que se desprende del artículo 14 C.<sup>327</sup>

**1)** Cabe, eso sí, que las previsiones de un tratado se incorporen luego en la ley penal, pero en tal caso, será la ley penal y no el tratado lo que dará sustento al poder punitivo estatal. **2)** Igualmente es posible que el complemento de la materia esencial de prohibición penal que ya se contenga en el tipo penal, la misma ley penal le reenvíe a un tratado internacional. Mas en tal caso es el propio legislador el que describe la materia esencial de prohibición y sólo deja al tratado las cuestiones complementarias. Como sucede en los delitos contra la salud que prevé el CPF. En los que se sancionan ciertas modalidades de conductas que incidan sobre “narcóticos”. Considerando el artículo 193 del CPF como tales: ... [A] *los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, otras leyes (“disposiciones legales aplicables”) y los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México.* Toda vez que es la misma ley penal la que especifica la esencia de la materia prohibida —ciertas «modalidades de conducta» que inciden sobre “narcóticos”— (artículos 193 a 198 del CPF.) Por lo tanto el legislador sólo deja a normas extra-penales condiciones que, por sí mismas, no constituyen la esencia del ámbito material prohibido penalmente, como son las de señalar cuáles sustancias específicas se estiman con tal carácter. Y las que sólo de esta manera vienen a completar al tipo e incluso a restringirlo. En tanto que, por un lado, sólo podrán estimarse como narcóticas las sustancias que enumeren la ley y los convenios internacionales; y, por la otra, estos no podrían señalar como narcóticos los que no tengan propiedades narcotizantes.<sup>328</sup>

**3)** Tampoco hay problema de inconstitucionalidad cuando el Estado se comprometa en un tratado a promover la inclusión de ciertos delitos en la legislación. En los términos que luego la misma ley penal tipifique. Igualmente, tampoco es problemático cuando en un tratado solo se reenvía a los delitos ya previstos en la ley penal. **4)** Pero de todo ello también se sigue la inadmisibilidad de que alguna norma de naturaleza penal pueda apoyarse sólo en un tratado. Tal sería el caso, por ejemplo, de pretender sustentar la imprescriptibilidad del delito de genocidio en el tratado que México firmó al respecto en 1968 (el delito de genocidio se incorporó un año antes en el artículo 149 Bis del CPF.) Porque —con independencia de lo deseable o indeseable de tal pretensión— el hecho es que aquella regla de imprescriptibilidad es de carácter sustancialmente penal —como más adelante se verá<sup>329</sup>— y la misma no se incorporó por el legislador al CPF o a alguna otra ley. Por lo tanto, de acuerdo con el mismo artículo 14 C. la prescripción de la acción penal respecto al delito de genocidio sólo

<sup>327</sup> La tendencia a rebasar la Constitución a través de tratados no ocurre solo en materia sustantiva penal, sino también en la procesal penal. Por ejemplo, contra lo que dispone el artículo 16 C., de que ninguna persona será detenida sin orden judicial de aprehensión siempre y cuando existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del inculcado, la Ley de Extradición Internacional y la mayoría de los tratados de extradición celebrados por México autorizan la detención provisional para fines de extradición de la persona requerida, sin que para ello se exija que se satisfaga la prueba del cuerpo del delito y la causa probable de la responsabilidad del inculcado respecto al delito por el que se pide la extradición, extremos que la misma ley prevé que serán parte de la materia del juicio de extradición... (pero una vez que ya esté detenido el extraditable; Y respecto del cual no parece que le sean aplicables las reglas para obtener su libertad provisional bajo caución —que se prevé como garantía en el artículo 20-A-I C.

<sup>328</sup> Sólo cabría así la hipótesis —dificilmente concebible en la práctica—: que un tratado señalase como «narcótico» una sustancia que en realidad no tenga ese efecto. Pero en tal supuesto el problema sería diferente: Porque el tratado excedería el límite impuesto por el propio tipo penal.

<sup>329</sup> Ver en el Capítulo siguiente el inciso G del apartado I, “La distinción sustancial entre normas penales y normas procedimentales o procesales penales para los efectos de la sucesión de leyes”.

podrá sujetarse a las reglas que al respecto haya señalado el mismo CPF al momento en que aquel delito tuvo vigencia "legal" y según cuando el mismo hubiese sido cometido después de su inclusión en la ley —y sin excluir la regla de aplicar la norma más favorable de haberse dado sucesión temporal de normas (según se verá en el capítulo siguiente) —. Así pues, en tales eventos podría ser deseable la persecución y sanción de crímenes del pasado que hayan quedado impunes al abrigo de un determinado régimen político concreto. Pero la lucha contra la impunidad como aspiración lícita no puede pasar por alto las garantías que la C. establezca a favor de las personas, sin que —de hacerlo— pierda el sello de su legitimidad esencial y se asiente en ella la estampa del autoritarismo.

Aún con todo ello quedaría una segunda objeción a la postura que aquí se sostiene: La literalidad del artículo 133 C. En tanto el artículo 133 dice que tan las leyes federales como los tratados que se celebren de acuerdo con la Constitución serán la «ley suprema» de la Unión. De ello se seguiría que el artículo 133 C. sí da el carácter de "ley" a los tratados. Y, por ende, que éstos podrían definir delitos y penas, o más ampliamente, normas penales. Esa interpretación, empero, estaría fuera de contexto. Porque, **1)** por un lado, ella pasa por alto que la misma carta fundamental es la que dice qué es lo que puede ser una ley, a través de señalar el procedimiento formal que se ha de seguir a tal efecto (artículos 70, 71 y 72 C.) Igualmente, **2)** la tesis que se critica no advierte que el mismo artículo 133 C. distingue a las leyes de los tratados. Y, por último, **3)** aquella hermenéutica ignora el sentido de la expresión «ley suprema» del artículo 133 C, en cuanto que en el artículo 133 C. se alude a ella como equivalente a normas "jurídicas". Las que, como tales, son de observancia general. (Tal como se desprende del citado criterio de la SCJN.) Características que son comunes a la Constitución, los tratados y las leyes. **4)** Más sin que por ello se pueda decir que los segundos —esto es, los tratados— sean formalmente iguales a las últimas —es decir, a las leyes—. Por lo tanto:

Las normas jurídicas podrán tener una fuente distinta a la ley. Más de acuerdo con el artículo 14 C. sólo la ley puede ser fuente de las normas jurídico-penales.

En tal contexto, lo que sí es posible es que un tratado contenga normas que —por la vía de reconocer derechos— vengan a limitar al poder punitivo del Estado. Como sería el caso de que México se adhiriera al Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a Abolir la Pena de Muerte, aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 15 de diciembre de 1989.<sup>300</sup> O como sucede con la Convención sobre los Derechos del Niño que se firmó en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y la Convención de Beijing de 1997, las que establecen la minoría de edad hasta cumplir los dieciocho años. Incluso para un trato diferente al de los adultos en materia penal. Porque ellas deberían prevalecer respecto a aquellas leyes penales que sujeten a sus normas a personas menores de dieciocho años de edad. Como sucede en Coahuila. Donde el CPC fija la edad penal en dieciséis años.

**2. La exigencia material de certeza de la ley penal y los tipos abiertos.** En el principio de estricta legalidad penal del artículo 14 C. subyace ya la exigencia de «certidumbre» del contenido de los tipos penales. De nada valdría la reivindicación de cierto rango formal de las normas penales, si su contenido fuese incierto,

---

<sup>300</sup> Sin embargo, México no ha ratificado ese Protocolo y no encontré datos de si el mismo ya se habría aprobado por el Senado.

ambiguo, lagunoso. La determinación del supuesto de hecho al que la misma ley penal le asigna una pena es pues imprescindible para el acato de la garantía de estricta legalidad penal en concordancia con la libertad y la seguridad jurídica de los ciudadanos.

**a. El postulado de certeza de la ley penal.** La necesidad de una ley penal cierta aparea la taxatividad fáctica del mensaje normativo que se dirige a los ciudadanos conminándolos con penas si realizan ese hecho. Sin que sea válido alegar las necesidades preventivas de las conminaciones penales para el sacrificio de la garantía de poder saber con seguridad cuáles conductas prohíbe la ley con pena. Esto es, porque —según aquellos alegatos— se cumplirían mejor los fines preventivos de la pena —y la norma misma sería más eficaz— si contuviere expresiones “amplias” sin que su aforo material esté delimitado por la propia ley, permitiéndole así abarcar supuestos que de otro modo no tendrían cabida en su texto. Es más, arguyéndose que también de esa manera se permitiría la realización de la justicia en el caso individual. Porque aún desde el enfoque de la eficacia de la prevención general: ¿cómo espera el Estado lograrla si dicta normas difícilmente entendibles? ¿Y a costa de la libertad y de la seguridad jurídica de los individuos? Porque esa clase de “eficacia” (sic) lo que realmente facilita es la tortuosidad y la arbitrariedad. Pero de ningún modo permite una eficacia real, ni menos aún a una concebida dentro de un estado de derecho. Por ello, desde el punto de vista preventivo podrían ser aconsejables textos no muy determinados, pero ciertamente esa idea de política criminal sería una concepción arbitraria y ajena a los límites que impone el estado de derecho que no mira solo a la gente sino, además, a las garantías y los derechos de las personas que integran a esa gente. Las cuales tienen el legítimo derecho a la seguridad jurídica y, por lo tanto, se les debe garantizar que puedan saber qué conductas y en qué condiciones claras que se delimiten en la ley a través de supuestos punibles, es que esas conductas se prohíben y se sancionan con penas. Así pues, ya desde el enfoque de estricta legalidad, la norma penal podrá ser formalmente válida —si obedeció a los mecanismos formales y constitucionales de producción de la ley— y, sin embargo, sustancialmente ilegítima si desatiende la garantía de certeza en su contenido material de redacción. La ley penal ha de señalar así delitos en los que el mismo legislador delimite y precise sus presupuestos. Unos delitos que se basen en conductas concretas. Para las cuales a cada una se le especifique un ámbito objetivo deslindable en la propia ley. El que constituirá la materia de prohibición de la conducta concreta que se puna. Unas penas cuya naturaleza y medida sean inteligibles y mensurables con relación a cada delito. Pues un delito sin conducta específica ni materia de prohibición determinable, al igual que un delito con pena ininteligible o incalculable, equivaldría a que se permita la arbitrariedad del Estado cuando éste actué contra las personas para punirlas en nombre de ese delito, con trasgresión del principio de legalidad estricta en los delitos y las penas. Como corolario de lo que hasta aquí se ha dicho, es importante destacar el siguiente criterio jurisprudencial de la SCJN:

**EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA.** La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o

demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República.<sup>331</sup>

**b. La función de la ley penal cierta: el tipo penal cerrado.** Ciertamente, si el delito no fuera más que acción antijurídica —nos dice Mezger— (...) podría cualquier precepto del sistema jurídico ejercer influjo decisivo en esa fundamental característica del hecho punible. El Derecho Penal se hallaría entonces en una situación extremadamente desagradable y peligrosa. El más importante presupuesto de la pena —la antijuridicidad— sería dependiente de manera inmediata de la multitud inabarcable con la vista y en constante cambio de las normas jurídicas en el total ámbito del Derecho. El Derecho Penal, que lleva en sí, por definición, los ataques más sensibles y profundos en el patrimonio, en la libertad, en el honor e incluso en la vida de los ciudadanos, caería en un estado insufrible de incertidumbre, de falta de seguridad. Por ello, resulta imprescindible que «él mismo» se procure el adecuado remedio y la claridad indispensable para que su ámbito: la antijuridicidad, por lo menos en lo que concierne a la descripción fáctica del delito, aparezca determinada de manera precisa e inequívoca. El Derecho Penal ha creado esta necesaria claridad al través un medio extraordinariamente ingenioso: mediante el «tipo».<sup>332</sup> Se debe mencionar el hecho de que es a Beling a quien se debe el que ahora se reconozca de manera unánime en la doctrina y la jurisprudencia la necesidad de acuñar a los delitos en tipos penales y no en definiciones genéricas y vagas.<sup>333</sup> Ya que al deslindarse con precisión las conductas y los hechos prohibidos, el destinatario de la norma podrá apreciar cuáles son las verdaderas y concretas materias de prohibición. En tal sentido, la función concretizadora de la antijuridicidad que realiza el tipo penal es útil no tan sólo para reafirmar el principio "*nullum crimen sine lege*" en función de que las normas penales puedan motivar adecuadamente a las personas de que se abstengan de incurrir en las conductas cuyo ámbito objetivo de punición está precisado en la ley: al describir en forma específica y clara la conducta y el hecho que se sancionan penalmente. Sino, además, dicha concreción contribuye a enmarcar, determinar y guiar al arbitrio judicial en la aplicación de la ley penal al caso concreto. Pues sin el tipo penal, los jueces no podrían establecer de manera uniforme que es lo que legalmente se prohíbe para los efectos penales. Sin el tipo penal, en suma, quedaría tan sólo el arbitrio judicial para calificar lo antijurídico con relevancia penal. Por ello, en la medida en que el supuesto legal que deba describir el hecho punible sea a tal grado abierto que permita un gran número de valoraciones individuales, el mismo originará un insoportable estado de incertidumbre en la aplicación del Derecho Penal y realmente en esos casos el legislador no creará un tipo sino que renunciará a él trasgrediendo la garantía de legalidad estricta en perjuicio de las personas. Esto es:

Quando el supuesto legal del hecho punible no es perfectamente inteligible en la ley, con él se viola el límite garantizador consignado en el artículo 14 C. de una ley penal cierta que identifique con precisión la conducta y el evento punible.

---

<sup>331</sup> Novena Época, Instancia: Pleno, S. J. F. y su Gaceta, Tomo I, mayo de 1995, Tesis: P. IX/95, p. 82 Amparo directo en revisión 670/93. Reynaldo Álvaro Pérez Tjerina. 16 de marzo de 1995. Mayoría de siete votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Jorge Careño Rivas. El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el quince de mayo en curso, por unanimidad de ocho votos de los señores Ministros Sergio Salvador Aguirre Arguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios y Olga María Sánchez Cordero; aprobó, con el número IX/95 (9a.) la tesis que antecede. México, Distrito Federal, a quince de mayo de mil novecientos noventa y cinco. Véase: S. J. F. y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI, Diciembre de 1997, p. 217, tesis por contradicción 1a./J.46/97.

<sup>332</sup> Citado por Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. Cit., pp. 19 y ss. Ver también a Edmundo Mezger, *Derecho Penal, Parte general*, Traducción de Ricardo C. Núñez, Cárdenas, Editor y Distribuidor, Tijuana, Baja California, México, 1985, pp. 297 y 298.

<sup>333</sup> En ello coinciden todos los autores, en México ver a Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano, Introducción al estudio de las figuras típicas*, T. I, Editorial Porrúa, México, DF., 1978, pp. 24 y ss.

La concreción del injusto es, pues, función fundamental del principio de certeza de la ley en los tipos penales. La cual limita la potestad punitiva estatal a marcos de los que el legislador y el juzgador *no se pueden salir sin quebrantar el principio de legalidad en los delitos*. Y aunque se podría decir que esa función no se distingue de la que corresponde a los supuestos jurídicos que pertenecen a las demás ramas del Derecho, en verdad dicha afirmación descriptiva y concretizadora de la antijuridicidad que —a los efectos sancionatorios— realiza el tipo penal, no tiene semejanza o equivalencia alguna con la función constitutiva que corresponde desplegar a los preceptos de las demás ramas jurídicas. Pues como dice Jiménez Huerta: (...) Mientras la función constitutiva de estas ramas jurídicas es abiertamente creadora, la del Derecho Penal es restringida, limitada y típicamente encauzada —con exclusión de todo lo que no es en el modelo penal—. <sup>334</sup> El maestro español agrega también: (...) En el tipo penal la antijuridicidad es siempre descrita mediante referencias concretas y fácticas de la conducta. Y así, a forma de ejemplo, parangonemos la antijuridicidad que hace referencia el artículo 1910 del Código Civil con la tipificada en el artículo 397 del Código Penal. Mientras en el primero no se mencionan las peculiaridades fácticas que condicionan la obligación de reparar el daño causado por quien obró ilícitamente o contra las buenas costumbres —dichas peculiaridades fenoménicas han de ser establecidas por el juez—; en el segundo se describen específica y taxativamente las particularidades fácticas de la antijuridicidad en él recogida, sin que pueda, en forma alguna, admitirse que el juez amplíe dichas particularidades fácticas a otros fenómenos de igual, semejante o mayor intensidad o dimensión. <sup>335</sup>

Hay que subrayar entonces que la determinación legislativa de las conductas que se consideran dañosas para la sociedad y conminables con una pena no se debe realizar por medio de fórmulas vagas e imprecisas. No debe en manera alguna consistir en mera y amplia exposición de lo que se considera ilícito. Sino por el contrario, *ha de ser específica y circunstanciada descripción del «hecho»*<sup>336</sup> que se valora como antijurídico. Para así poder cumplir con la garantía de seguridad jurídica que consagra el artículo 14 Constitucional. Al respecto, Don Sebastián Soler certeramente apuntó: (...) La ley penal moderna, correctamente hecha, no dirá “el ladrón sufrirá tal pena”. Sino que definirá la acción que constituye al sujeto en ladrón y solamente a través de esa acción podrá considerarse la culpabilidad del sujeto. Dirá, pues: “el que se apodere de una cosa mueble total o parcialmente ajena”. Y con figuras de acción como esta se integrará todo el Código Penal.<sup>337</sup> Adviértase también, que al especificarse el hecho en el tipo penal se debe hacer referencia concreta a las particularidades fácticas del mismo. Pues tampoco bastaría perfilar el hecho con base en fórmulas tan amplias que fuere casi imposible determinar cuál es el marco fáctico —«materia de prohibición»— en el que la conducta adquiere relevancia penal. Como por ejemplo punir “al que viole los principios democráticos”. O como sucede concretamente con el supuesto que prevé el artículo 364-II del CPF: *“Al que de alguna manera viole, con perjuicio de otro, los derechos y garantías establecidos por la Constitución General de la República a favor de*

<sup>334</sup> Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., pp. 21 y ss.

<sup>335</sup> *Ibidem*.

<sup>336</sup> Debo precisar que uso la expresión “hecho” en el ámbito típico como: el «marco de prohibición» —fáctico, normativo y en su caso subjetivo— «que se describe o implica por el tipo penal» y al cual se debe ajustar la conducta «específica» que también se describe o implica en el tipo penal. Por lo tanto, ese “hecho” comprende a la conducta y demás elementos del supuesto típico penal. Por lo tanto, puede o no puede comprender al “resultado”, pues ello dependerá de si la figura típica lo describe o implica. A diferencia de Pavón Vasconcelos y Porte Petit, que usan la expresión “hecho” como el primer elemento del delito cuando se trata de delitos de resultado. Y el cual se integra a su vez con la “conducta”, el “nexo causal” y el “resultado”. Lo cual es coincidente con la visión causalista (clásica o neo-clásica) del delito. Ver al respecto el número III del Capítulo Sexto.

<sup>337</sup> Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, T. I, p. 165.

las personas". Tipos penales de tal naturaleza obviamente crean la inseguridad jurídica en vez de eliminarla. Y devienen violatorios del principio de legalidad estricta de los delitos. Pues, por lo genérico de las fórmulas no se puede saber cuáles serían las conductas concretas y los ámbitos fácticos en que se despliegan que estén penalmente prohibidos; mismas fórmulas que amplían esos ámbitos de prohibición a límites insospechados, con lo que se favorece el abuso del poder público en contra de los gobernados a través de la "selección" de casos según circunstancias coyunturales. Bien apunta Barreda Solórzano que: (...) Se puede afirmar que las prohibiciones de aplicar la analogía y la costumbre «in malam partem» resultarían totalmente inútiles si los preceptos penales no permitieran conocer qué procedimientos humanos quedan abarcados en ellos. En otras palabras, el principio de legalidad resulta nugatorio si los textos legales no permiten identificar, sin duda alguna, cuáles son las conductas vedadas penalmente.<sup>338</sup> Ello es válido tan en los delitos dolosos, como en los culposos. En los de acción como en los de omisión. En los de simple conducta como en los de resultado. Al igual que para todas las conductas que se les quiera punir. Ya se trate de la forma de autor, o ya se trate de otras formas de intervenir que sean objeto de punición al hacer posible el delito al cual típicamente se conecten. Ceteramente dice también Barreda Solórzano: (...) Es legítima la preocupación por evitar en las normas penales el empleo de abstracciones hipostasiadas. No hay sano espíritu popular que supla al principio de legalidad en su función de garantía. Cuando el legislador no se expresa claramente, no sólo abre la posibilidad a una decisión arbitraria y subjetiva del juez, sino que, en rigor, permite que éste se sustituya al órgano encargado de crear la norma. Es el juez, como en la integración por analogía, el que está creando el Derecho.<sup>339</sup>

**c. La aporía entre el principio de certeza de la ley penal y la realidad legislativa de los tipos abiertos. ¿Cómo reducirla?** No obstante todo lo dicho, muchos Estados llamados "de derecho" —y entre ellos se incluye al Estado Mexicano— no están exentos de incurrir en imprecisiones y vaguedades en la redacción de los tipos penales. Simplemente en las figuras típicas de los delitos en particular a guisa de ejemplo menciono los de "ultraje" al escudo de la República o al pabellón nacional, ya sea de palabra o de obra del artículo 191 del CPF. Porque ¿qué se ha de entender por "ultraje"? Y en el artículo 200 del CPF ¿Cómo se sabe cuándo un libro será "obsceno" en tanto la ley no da el concepto de lo que es "obsceno", a efecto de que así el librero evite "exponer o distribuir" los que precisamente sean "obscenos"? ¿Acaso siempre que una autoridad "de alguna manera viole con perjuicio de otro los derechos y garantías establecidos por la Constitución General de la República a favor de las personas" estará cometiendo el delito que prevé el artículo 364-II del CPC? Porque de ser así, tendríamos que empezar con los que redactaron y aprobaron los tipos penales mencionados, si no fuera que ellos mismos no estuvieren exentos de pena en virtud del principio de irretroactividad perjudicial de la misma ley penal que consigna el artículo 14 C. que aquellos mismos deberían haber observado en toda su extensión. Y a final de cuentas todo ello nos lleva a querer saber: ¿Qué tan "cierta" ha de ser entonces la ley penal? ¿Cuáles son las posibilidades reales de que ello se cumpla y a la vez se plasmen las exigencias de justicia que también consagra la Constitución para los ciudadanos? ¿Cómo se puede resolver el problema de los tipos penales «abiertos» en sí por su vaguedad o de las expresiones

<sup>338</sup> Luis de la Barreda Solórzano, *Justicia Penal y Derechos Humanos*, 2ª Editorial, Editorial Porrúa, México, 1996, p. 163.

<sup>339</sup> Luis de la Barreda Solórzano, *Justicia Penal y...*, p. 164.

«abiertas» en los tipos penales que también los vuelven inciertos? O al menos: ¿Cómo se puede reducir la distancia entre el ideal de certeza en la ley penal y la realidad legislativa que diseña y redacta los tipos penales de manera “abierta”?

Porque lo que hasta aquí se ha dicho pone en evidencia que para cumplir con la garantía de legalidad estricta en los delitos y las penas, el legislador debe poner sumo cuidado en la redacción de los tipos penales y llenar en lo posible las expresiones con espacios “abiertos” en la ley penal y evitar redactar supuestos penales vagos o imprecisos.

La mayoría de la doctrina rechaza los tipos penales “abiertos” o los que contengan expresiones “abiertas” porque se oponen al principio de estricta legalidad, en cuanto dejan al juzgador cerrar el supuesto legal punible según su propia valoración. Vela Treviño estimó que los tipos “abiertos” son “el más sutil y, por tanto, peligroso embate contra el principio de legalidad”.<sup>340</sup> Y, aún así, se ha creído con cierta resignación que en muchos casos son un fenómeno indeseable pero ineludible para el legislador. Así, Zaffaroni llegó a pensar que [e]l reconocimiento de que estos tipos no son deseables, no pasa de ser un consuelo, que de ninguna manera constituye un argumento dogmático, resultando una aspiración legal irrealizable.<sup>341</sup> Sin embargo, la consideración del ilustre penalista argentino puede ser una verdad en la medida que la aforía existe. Y que es difícil escapar de ella. Pero no es preciso que ella sea necesaria o ineludible en muchos casos, ni tampoco es exacto que esa demanda carezca de sustento dogmático. Lo primero, en cuanto al menos sea posible acotar en la misma ley el supuesto legal del hecho que se describe como punible o bien regular el carácter “abierto” de la alocución que le falte por especificar en el mismo tipo penal. Lo segundo, en cuanto el sustento dogmático está en la misma exigencia de seguridad jurídica que se desprende de la mayoría de las C. que se orientan hacia un estado de derecho, como sucede con el artículo 14-párrafo-tercero de la C. mexicana, especialmente con relación a la ley penal. *Lo cual quiere decir que el legislador tiene la obligación de “cerrar” en la misma ley todos los tipos penales “abiertos” y todas las expresión normativas de cualquier índole que en ellos se contengan y que carezcan de alguna referencia cierta en la misma ley.* Bien se cuestiona Barreda Solórzano: (...) ¿Obstáculo insuperable para la cabal eficacia del principio de legalidad, los tipos abiertos? La omisión y la culpa, por ejemplo, ¿necesariamente han de establecerse en tipos abiertos que limiten sensiblemente el principio de legalidad y cuya determinación quede confiada a la valorización que realice el juzgador? ¿No le es posible al legislador en estos casos construir las hipótesis típicas pertinentes en las que se concilien la generalidad y abstracción, por una parte? Y, por la otra: ¿La especificidad que evite las vaguedades, los vacíos, las impuntualizaciones, las indeterminaciones, las inexplicitaciones y el casuismo enunciativo? <sup>342</sup>

Sin duda alguna que el legislador debe evitar las imprecisiones y las expresiones legislativas que permitan al juez completar la ley penal en el caso concreto y según sus personales consideraciones. Y aún en los casos en que así se dé, la vaguedad se puede suplir cuando la expresión incierta de un tipo se «complementa» en la misma ley. Y, por lo tanto, por el legislador, quien debe señalar en la misma ley el criterio a seguir por el juez. De no ser así, el tipo penal no solo será “abierto”, sino inconstitucional por oponerse a la garantía de estricta

<sup>340</sup> Sergio Vela Treviño, “El principio de legalidad y los tipos abiertos”, *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa S. A., México, D. F., No 2, abril—junio 1978, p. 14.

<sup>341</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. III, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 182.

<sup>342</sup> Luis de la Barreda Solórzano, *Justicia Penal y Derechos Humanos*, p. 176.

legalidad del artículo 14 C. Además, también viola garantías la aplicación judicial de ese tipo abierto o sin cláusula regulativa que clarifique la expresión abierta, porque es ya el juez y no la ley quien da el contenido del marco de prohibición para cada caso concreto. Un avance significativo contra esta tendencia se logró hasta 1985 en el CPF con las nuevas fórmulas del dolo y de la culpa, en las que se precisó en qué se hacían consistir uno y otra. (Artículo 9° del CPF.) Con ello se superó la vaguedad de las expresiones “intencional” e “imprudencia” que antes se utilizaron, sin decir la ley en qué consistía la primera ni dar el aforo regulativo de la segunda. Y no fue sino hasta 1993-94 que el CPF incluyó la cláusula de «número cerrado» para los tipos penales que la ley considera culposos. (Párrafo segundo de los artículos 60, tan del CPF como del CPDF.) Antes la ley nada decía al respecto. El tipo penal culposo también encuentra en Coahuila una regulación aún más completa —aunque no necesariamente mejor— que en el CPF y el CPDF. Así, el artículo 26 del CPC, además de decir en qué consiste la culpa, señala las fuentes del deber de cuidado, la causalidad y la diferencia de la culpa con la culpabilidad. En tanto el artículo 27 consagra el principio de *número cerrado* con relación a las figuras típicas culposas. Así mismo, fue hasta 1994 que el CPF especificó las «fuentes» del «deber jurídico de actuar» en las que sólo se puede basar una omisión penalmente relevante en los delitos de resultado material que admitan esa forma de comisión. (Párrafos segundo y tercero del artículo 7° del CPF.) Pues antes la ley era omisa acerca de cuáles eran esos deberes, con lo cual de hecho la ley dotaba al juez de poderes creadores de la materia de prohibición, mismos que todavía se manifiestan en parte debido a la amplitud de las formulas de las fuentes del deber con las que se trata de resolver los delitos de comisión por omisión y que de mayor a menor medida se advierten en los CPF, CPC y CPDF, respectivamente, como se verá en su oportunidad.

1) Sin embargo, el CPF, el CPDF y el CPC todavía adolecen de un defecto común evidente en el respeto a la garantía de seguridad jurídica con relación a los delitos de comisión por omisión, en cuanto omiten enumerar cuáles delitos en concreto admiten la comisión por omisión—sistema de *numerus clausus*—. 2) Asimismo, el CPF y el nuevo CPDF nada dicen todavía acerca de cuáles deben ser las reglas para decidir sobre el «nexo causal» o la imputación objetiva a la conducta en los delitos de resultado material. Pues si bien es verdad que la SCJN estableció que el criterio a seguir era el de la teoría de la equivalencia de las condiciones, ello solo confirma que fue el propio juzgador y no ya el legislador quien tuvo que completar la ley penal. Y aunque aquel juicio de causalidad se complementa para el homicidio en los artículos 303 a 306 del CPF y en el artículo 124 del nuevo CPDF — de los que se puede deducir que para saber cuándo se considera mortal una lesión es posible acudir a las reglas limitadoras de las concausas o de la causalidad adecuada al caso concreto, al igual que no se excluye la tesis de imputación objetiva que tiene sustento constitucional como se verá en su oportunidad<sup>343</sup>—, empero aquellas pautas no dejan de ser insuficientes, pues se circunscriben a reglamentar el nexo causal en el homicidio, sin comprender a los demás tipos penales de resultado que prevé la ley penal. Y los criterios limitadores que surgen de las tesis de la imputación objetiva —aunque muchos de ellos válidos como pautas de interpretación que reducen los excesos punitivos a que puede conducir la aplicación de los

---

<sup>343</sup> Ver al respecto el número VII del Capítulo Décimo.

tipos penales en los casos concretos— no son más que evidencia de la falta de formulas que debieren estar en la misma ley penal para hacer eficaz el principio de su certeza y así, a la garantía de estricta legalidad.

**3)** Son también manifestaciones de tipos penales “abiertos” aquellos que contienen elementos típicos «normativos» que requieren de una especial valoración del juez en el orden jurídico no reglamentado o cultural. Porque respecto a los elementos «normativos» de especial valoración “jurídica” que contengan los mismos tipos se debe reconocer que muchos de aquellos sí se pueden delimitar o ajustar por las propias regulaciones de las leyes de la materia a la que se refieren. Así tenemos a las expresiones típicas normativas como son las locuciones siguientes: “atribuciones”, “orden legítima”, “deber jurídico”, “resolución judicial”, “competencia”, “ejercicio de funciones”, “filiación”, “estado civil”, “documento”, “título de crédito”, documento “nominativo”, documento “a la orden” o documento “al portador”, “cheque”, “servidor público”, “patrono”, “notario público”, “persona moral”, documento “público”, “servicio público”, “protocolo”, cosa “ajena” y “mueble”, bien “inmueble”, “derecho real”, etc. El significado y alcance de todas esas expresiones por lo general se colman con regulaciones que se rigen por otras leyes. Lo cual lleva a Roxin a rechazar que con relación a tales tipos penales de delitos que contengan sólo algunas de aquellas expresiones, se pueda hablar en realidad de tipos penales abiertos.<sup>344</sup>

**4)** Mas, asimismo, cabe mencionar que en los casos de tipos penales con expresiones “normativas” que a la vez son “abiertas” —sin regulación específica en la misma ley penal— ya sea que impliquen un juicio de desvalor (tales como “ilegalmente”, “ilícitamente”, “indebidamente”, “injustificadamente” etc.), o bien una mera valoración jurídica (tales como “desviar de su objeto”), son supuestos en los que la interpretación de la materia de prohibición de las conductas que pueden ser típicamente relevantes sólo puede fundarse en regulaciones que se hallen en alguna otra “ley” —directamente relacionada con la materia de prohibición—, toda vez que la ley es la única fuente jurídica a la que se puede atender conforme al mismo artículo 14 C. para decidir si la conducta es típica en el caso concreto. Salvo cuando el tipo —cuestionablemente desde el punto de vista de la exigencia de ley penas escrita— reenvíe de manera expresa o necesariamente implícita (en la propia redacción del tipo) a otra norma aplicable de jerarquía menor a la ley (reglamentos, circulares, manuales, instructivos, lineamientos etc.) o de naturaleza formal distinta a ella (tratados.) De no ser así, en la aplicación de la ley penal se viola el principio de legalidad en los delitos por el cual nada más la ley puede ser fuente de las normas penales. Y porque de no hallar soporte regulativo la expresión “normativa-jurídica” en alguna ley —o en disposición secundaria prevista o implicada necesariamente por el tipo— en realidad se dejaría a los jueces el poder creador de los delitos, a menos que, precisamente por esa ausencia, esos tipos “abiertos” se estimen de imposible aplicación al caso concreto de que se trate, el que, como tal se debe estimar atípico. Una clara manifestación de un tipo penal “abierto” en los elementos principales que definen su materia de prohibición es el de peculado. Parte de su esencia es el “desvío o distracción de de su objeto, de dinero, valores, fincas... etc.,... pertenecientes al Estado o al organismo descentralizado... para usos propios o ajenos”. (Artículos 223-I del CPF y 273-I del CPDF). Ya que ante ese supuesto simplemente cabe preguntar ¿cuál objeto?: ¿El

---

<sup>344</sup> Claus Roxin, *Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, p. 272.

asignado en el presupuesto? Y si es así ¿será el asignado en la partida? o ¿el asignado para la cuenta? ¿El asignado por los órganos de dirección tratándose de una empresa paraestatal, o el asignado por alguna autoridad en algún acuerdo administrativo? ¿"Desviar" de su objeto es lo mismo que incumplir regulaciones distintas a la ley al ejercer el recurso? ¿Y de ser así, sería acaso suficiente con que esa regulación se contuviese en un "manual", aunque se cumpliera con las exigencias de la ley que regule el ejercicio del recurso que se supondría desviado?; etc. Para aclarar esas interrogantes bien se haría por empezar delimitando el aforo del tipo de peculado al "objeto legal" de los recursos, esto es, al objeto que se defina en la misma ley que regule el ámbito de competencia en el que el servidor ejerce sus funciones, pues ir más allá sin que el mismo tipo penal lo autorice, es decir, atendiendo a "objetos" y a regulaciones distintas a la ley a la cual está sometido directamente el servidor público para ejercer el recurso, bien sea a reglamentos, circulares, manuales, etc., es irrumpir contra la garantía de ley escrita como única fuente de la norma prohibitiva penal. Para enseguida decidir si el servidor público se excedió de sus atribuciones legales y con base en ello aplicó el recurso a un objeto distinto del que le señala la ley. Lo cual por cierto tampoco sería suficiente para acotar la materia de prohibición del tipo de peculado, ya que el desvío debe ser "para usos propios o ajenos" pues la mera "aplicación pública distinta de los fondos de aquella a la que estuvieren destinados" constituye el diverso tipo penal de ejercicio indebido de funciones que prevé el artículo 217-III del CPF. Sin que se pueda hablar de un concurso ideal de tipos, sino de un mero concurso aparente, dado que es incompatible la coexistencia de los tipos aludidos en virtud de que el elemento especializante "para usos propios o ajenos" del peculado absorbe al ejercicio indebido de funciones, cuyos elementos ya quedan dentro del mismo peculado (norma especial deroga norma general); la solución contraria que sostendría un concurso ideal aparejaría una doble agravación a la que se opone el artículo 23 C. A menos que en el caso concreto faltare el fin de emplear el recurso para uso propio o ajeno, caso en el que nada más se actualiza el ejercicio indebido de funciones del artículo 217-III del CPF. Todo ello sin pasar por alto que el fin de emplear los fondos para usos propios o ajenos apareja precisamente que el mismo servidor público o una persona extraña al servicio público disponga para sí de los fondos, lo cual no sucede en el ejercicio indebido de funciones. Así, es en parte por la especial regulación jurídica en otras leyes que —de esa forma— se puede complementar a algunos de los elementos «normativos» que yacen en aquellas figuras típicas. Pero el complementar toda la materia de prohibición en otra ley distinta a la penal es algo que ya se antoja excesivo. Y sin duda que ya no sólo es excesivo sino inconstitucional cuando sin cláusula legal que lo permita o sin que el tipo haga un reenvío expreso o implícitamente claro y necesario, su aplicación se haga con base en normas distintas a la ley.

5) Así pues, cuando el tipo penal incluya expresiones normativas de desvalor tales como "indebida", "indebidamente" o "injustificadamente" y se refiera a conductas de servidores públicos o relacionadas directamente con funciones o servicios públicos, así como cuando las conductas aluden a una situación que afecte el interés público, será siempre necesario que se les contraste con regulaciones que se hallen en alguna otra "ley" directamente relacionada con la materia de prohibición —toda vez que la ley es la única fuente jurídica a la que se puede atender conforme al mismo artículo 14 C.— para decidir si la conducta es típica en el caso concreto. Salvo, claro está, cuando el tipo reenvíe de manera expresa o necesariamente implícita (en la propia redacción del tipo) a otra norma aplicable de jerarquía menor a la ley (reglamentos, circulares,

manuales, instructivos, lineamientos etc.) De esa manera hay que entender a los tipos penales que contengan esas locuciones, si acaso se quiere respetar la garantía de legalidad en los delitos del artículo 14 C. 6) En el CPF se hallan tipos penales que se redactan con las expresiones "indebida" o "indebidamente" y que aluden a conductas de servidores públicos o relacionadas directamente con funciones o servicios públicos, así como a conductas que afectan el interés público, las siguientes: suministro o prescripción de narcóticos (artículo 197-párrafo-segundo); modificación, destrucción, pérdida o copia de información contenida en sistemas y equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero (artículo 211-bis-5); abuso de autoridad por retardar o negar un servicio o protección a los que los particulares tengan derecho ( artículo 215-III); abuso de autoridad por impedir la presentación o el curso de una solicitud (artículo 215-III); abuso de autoridad por negación de auxilio a otra autoridad de dar auxilio mediante fuerza pública (artículo 215-V); abuso de autoridad por apropiarse o disponer de fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado al servidor público (artículo 215-VIII); uso indebido de atribuciones y facultades (artículo 217 en todos los supuestos de sus tres fracciones y cuatro incisos); concusión (artículo 218); ejercicio abusivo de funciones al otorgar ciertos actos jurídicos (artículo 220-I); cohecho (artículo 222-I); cohecho a servidores públicos extranjeros (artículo 222-bis); peculado por utilización de fondos para realizar los actos del artículo 220 (artículo 223-II); retardo o negativa a la entrega de un cadáver por parte de encargados o administradores de agencias funerarias (artículo 230-párrafo-último); contra el consumo y riqueza nacional por negarse a vender artículos de consumo necesario o generalizado o las materias primas necesarias para elaborarlos, o las materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional, con el objeto de obtener un alza en los precios o afectar el abasto a los consumidores (artículo 253-I-A); contra el consumo y riqueza nacional por destruir materias primas, productos agrícolas o industriales o medios de producción, que perjudique el consumo nacional (artículo 254-I); contra el consumo y riqueza nacional cometido por funcionarios o empleados de cualquiera entidad o dependencia pública que nieguen o retarden la entrega de semillas, fertilizantes, plaguicidas, implementos y otros materiales destinados a la producción agropecuaria subsidiados (artículo 254-VI); y, equiparado al abuso de confianza por disposición de un vehículo recibido en depósito de autoridad competente (artículo 385.) 7) Asimismo, los tipos penales que en el CPF se redactan con la expresión "injustificadamente" y que se hallan en la misma posición de los tipos que se acaban de enlistar, son los siguientes: Contra el consumo y riqueza nacional por manipulación de bienes para mantener un precio injusto (artículo 254-I-B); negativa del encargado de administrar justicia de despachar un negocio pendiente dentro de los términos establecidos por la ley (artículo 215-IV); abstenerse de consignar a una persona detenida como probable responsable de algún delito, cuando ello sea procedente (artículo 225-IX); y, demorar el cumplimiento de las providencias judiciales, en las que se ordene poner en libertad a un detenido (artículo 225-XXVI.) En suma, en todos esos supuestos para poder afirmar el carácter "indebido" o "injustificado" de la conducta, es preciso que el juez se apoye en la contravención que realice el sujeto activo de una ley, según la materia de prohibición del tipo que corresponda.

A lo dicho se podría contra-argumentar que en realidad esas expresiones ("indebido" o "injustificado" de los tipos referidos) aluden a la antijuridicidad de la conducta cuya contrariedad lesiva no necesariamente habría de ser respecto de una ley, sino que también es posible que aquella antijuridicidad se dé cuando se contraría un

reglamento u alguna otra "normatividad" aplicable. Pero éste razonamiento adolecería de las fallas siguientes: **a)** Pasaría por alto a la garantía de legalidad estricta en materia penal que requiere de la ley penal como su fuente y toleraría la deslegalización del tipo sin norma expresa o necesariamente explícita en el mismo tipo que reenvíe a otra norma que carezca de la naturaleza de ley. **b)** Asimismo, ignoraría que una cosa es el tipo penal —cuyo aforo sólo y nada más puede quedar aclarado y precisado por la misma ley— y otra muy diferente la es la antijuridicidad de la conducta. **c)** Omitiría también el carácter de intervención mínima al que se debe sujetar toda norma penal, pues no toda conducta antijurídica tiene por qué ser punible. **d)** Y, finalmente, en contravención a la garantía de certeza de la ley penal, dejaría totalmente "abierta" la esencia del tipo, esto es, la descripción precisa del injusto quedaría abierta al inconmensurable campo de conductas antijurídicas y sin que la misma "ley" estuviese en realidad especificando la materia penalmente prohibida.

**8)** En un tenor diferente se encuentran los tipos penales que en el CPF emplean las expresiones "indebida" o "indebidamente" y que se refieren a bienes jurídicos disponibles, mismos que también se apoyan en el disfrute de derechos de sus titulares que la misma ley prevé, como son los siguientes: violación de correspondencia (artículo 173); conocimiento o copia de información contenida en equipos de informática (artículo 211-bis-4-párrafo-segundo); revelación, divulgación o uso de información de comunicaciones privadas (211-bis); utilización de información confidencial reservada (artículo 240-bis-párrafo-último); falsificación de documentos por aprovechar una firma o rubrica en blanco ajena (artículo 244-II); y, administración fraudulenta (artículo 388.) Ya que en esos tipos penales hubiese sido suficiente con que en vez de emplear las palabras "indebida" o "indebidamente" se aludiese a la falta de consentimiento del titular bien o del legitimado para darlo, porque en realidad aquellas alocuciones no se refieren a la desvaloración de la conducta por su contraste con alguna norma legal que expresamente la regule salvo la del tipo mismo, sino de la responsabilidad —obligación— que tenemos todos de respetar los derechos de los demás y la libre autodeterminación para el disfrute de los mismos.

**9)** Más por otra parte, también se debe admitir que hay ciertas expresiones normativas relativamente "aisladas" cuya regulación jurídica es imprecisa. Porque, aún en su significado literal, las expresiones tales como imagen o exhibición "obscena", acto "degenerado", escrito "pomográfico", contamine o dañe en forma "grave" el medio ambiente, lucro "inmoderado", medio de "extrema" violencia, "depravación", "escándalo", "medio social" del ofendido, "crueldad", "brutal ferocidad", "casta" y "honesta" en materia sexual, ganado "mayor" o "menor", etc., son ejemplos —entre otros muchos que se podrían citar— de esos elementos típicos que implican una especial valoración y que sí requieren de una regulación legal expresa en los tipos penales que las contengan. La que con frecuencia falta en la ley penal y en otras leyes y cuya oquedad les vuelve inconstitucionales. A esas expresiones Roxín les llama «cláusulas generales» de suyo criticables.<sup>36</sup> Sin que lo anterior implique desconocer que en todos los ámbitos jurídicos —y difícilmente la materia penal puede ser la excepción— se emplean expresiones cuyo contenido conceptual es indeterminado y se caracterizan por su fungibilidad relativa. Su tenor material obedece en gran medida a la idea predominante que tiene la gente

---

<sup>36</sup> Ídem, p. 273.

sobre el significado material del concepto. Su aforo puede ser jurídico. Como la idea de «orden público», del que la misma jurisprudencia de la SCJN —en materia de suspensión en el amparo— sostiene su indeterminación apriorística, en tanto depende de cada caso concreto determinar si se afecta o no se afecta a aquél y, por ende, por lo general sólo se puede verificar a posteriori. O bien, el empleo de esos vocablos puede responder a conceptos formados prejurídicamente. Esto es, cuando toman su materia de ámbitos extrajurídicos, del ser, de la vida y de concepciones sociales que se consolidan como pautas o patrones culturales. Como lo son las palabras “obsceno”, “pornográfico”, “depravado”, “corromper”, etc. Las que el legislador asume en su materia típica de regulación. Contenidos que pueden cambiar según lo que la gente aprecie en el tiempo y en el espacio como conductas de tal clase. Así, en los llamados conceptos normativos «prejurídicos» o «culturales» como también se les conoce —y como lo son la gran mayoría de las expresiones antes dichas— se podría argumentar que en realidad la ley deja al juez ser el interprete de la comprensión social o cultural conceptual de las palabras que aquélla utiliza en el tipo, para que él decida en el caso concreto si el comportamiento obedece en su aspecto material al contenido conceptual social de la expresión; lo cual se justificaría, precisamente, por el carácter cultural relativamente cambiante de su tenor en los diversos tiempos y espacios sociales. Empero, ya Jiménez Huerta se refirió a esos elementos normativo-culturales en el Derecho Penal Mexicano. El maestro ibérico señaló: (...) si se profundiza sobre la verdadera significación de los elementos normativos, forzoso es concluir que obedecen a imperativos de técnica legislativa. Sin embargo, preciso es subrayar que su innecesaria inclusión en las figuras típicas afecta a la seguridad jurídica.<sup>346</sup> Por su parte, Bettioli afirmó que (...) Con la introducción de elementos que requieren por parte del juez una valoración normativa se viene a ampliar considerablemente los poderes discrecionales del juez y a hacer elásticos los tipos delictivos. Es notorio que un pensamiento individualístico-liberal soporta mal que la libertad individual sea entregada a la discreción del magistrado. Esto puede acaecer no sólo cuando el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) no es la base de la legislación, sino también cuando en lugar de “tipos rígidos” se introducen “tipos elásticos” impregnados de elementos normativos.<sup>347</sup>

La solución estriba pues en: a) Denunciar y —el legislador— erradicar cualquier tipo penal abierto; es decir, todos aquellos que por la misma vaguedad de su redacción no sea posible determinar con precisión la materia de prohibición que los mismos pretendan punir. Así como también: b) Que el legislador evite en lo posible los tipos penales con elementos normativos que les falte una regulación en la ley. c) Y de no ser ello posible, establezca en la misma ley cláusulas que regulen el significado del elemento normativo, en especial el de carácter cultural, o incluso jurídico cuando su contenido conceptual no se precise en el tipo o en las leyes que corresponda y a las que el tipo reenvíe expresamente o de modo necesariamente implícito.

En el último aspecto, Henkel piensa que: (...) cuando el legislador utiliza una cláusula regulativa ello no significa creación de norma, sino, por el contrario, renuncia a la norma, negación de la norma legal, indicando que a partir del caso concreto desarrolle la norma el juez”.<sup>348</sup> Sin embargo, aun cuando es cierto que con tales preceptos regulativos —referidos a expresiones “culturales” que se contengan en los tipos— sería incorrecto construir conceptos «jurídicos» en el sentido de pretender que sean fijos, determinados y siempre estáticos y sin eludir el peligro de caer en contradicción con la opuesta naturaleza propia de los mismos; ello sólo

<sup>346</sup> Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., p. 50.

<sup>347</sup> Bettioli, *Derecho Penal*, pp. 150 y 151, cit. por Mariano Jiménez Huerta, *idem*.

<sup>348</sup> Henkel, cit. por Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, trad. de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de Murillo, 7ª Editorial, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2000, p. 137.

corroborar que debe ser flexible el ámbito material con el cual se diseñe el contenido legal conceptual de las cláusulas que regulen tales expresiones "culturales". La fungibilidad en el tiempo y en el espacio del significado de expresiones "culturales" en el tipo penal, de ninguna forma justifica que se deje de diseñar su noción legal; aunque sea relativamente elástica. Esto es, un concepto incrustado en la misma ley, determinable en lo posible en cuanto a su aforo material y que deje sólo los aspectos accesorios o marginales en manos del juez. Ya que sólo así es posible respetar la descripción específica del hecho que es materia de prohibición y de sanción penal y hacer medianamente eficaz la exigencia de certeza que se desprende de la garantía de legalidad estricta en los delitos y las penas que preceptúa el artículo 14 C. El legislador podrá decir que se le impondrá tal o cual pena a quien en público y en lugar abierto realice con su cuerpo exhibiciones "obscenas". Pero si omite dar un concepto material regulativo de lo que estima "obsceno" o de cuándo y de qué modo considera que sería "obscena" una exhibición corporal, dará entrada al espacio exento de Derecho permitiendo con ello el decisionismo judicial que venga a colmar el vacío legislativo del tipo penal. Lo que se torna más delicado aún, cuando la abierta expresión «cultural» —esta es, la carente de un parámetro legal conceptual de su contenido material— se refiera a la conducta misma con la cual se diseña el tipo penal. La conducta punible queda de esa manera hueca en su contenido material. Y ante la incertidumbre que se origina por la falta de respeto del legislador a sus deberes constitucionales de determinar los caracteres del hecho punible en la misma ley, es intolerable para el derecho de libertad general de acción que los ciudadanos se debiesen abstener de realizar cualquier conducta que a lo mejor pudiese ingresar en el terreno prohibido de un tipo penal defectuosa o imprecisamente redactado. Ferrajoli señaló con razón que: (...) Para que la desviación punible no sea «constituida», sino «regulada» por el sistema penal, no es suficiente, en efecto, que esté prefigurada por reglas de comportamiento. Comportamientos como el acto obsceno (...), por ejemplo, corresponden a figuras delictivas, por así decirlo «en blanco», cuya identificación judicial, debido a la indeterminación de sus definiciones legales, se remite, mucho más que a pruebas, a valoraciones del juez inevitablemente discrecionales que de hecho convierten en vano tanto el principio formalista de la legalidad como el empirista de la factualidad de la desviación punible.<sup>36</sup> El carácter sociológico cambiante del significado de las expresiones «normativas» es lento y no ocurre de la noche a la mañana. El legislador, en caso de fallar e incurrir en un concepto regulativo estrecho o rígido de la expresión normativa del tipo, o de verse precisado a su cambio por transformarse de manera importante la concepción social del contenido material de la expresión que regule, podrá adaptarla a través de la reforma legislativa a la cláusula regulativa correspondiente. Pero sin duda que el legislador incumple su deber constitucional cuando incurre en la oquedad material o regulativa de lo que en el tipo prohíbe con pena. En las expresiones «abiertas» —sin regulación complementaria— de los tipos penales que las contienen, subyace su inconstitucionalidad latente. Porque esas lagunas permiten que se colmen por el juez las implicaciones de las expresiones «normativas» no reguladas de esos tipos penales, cuando es la ley la que debe prever las incidencias esenciales verificables por las que el hecho ha de ser delito, de acuerdo con lo que dispone el artículo 14 C.

---

<sup>36</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, p. 36.

No obstante lo anterior, algunos podrían ver en esa normativización un exceso de dogmatismo. Y reclamar, además, el carácter de “manual” que tendrían los códigos penales con motivo de esas ordenaciones, las que se considerarían sobradas. Y no faltarían otros que podrían afirmar que una ordenación así hace difícil el entendimiento de la ley penal para el pueblo al que está dirigida. Pero con independencia que el último argumento partiría de la falsa premisa de que todos los ciudadanos tenemos un código penal de cabecera que sacamos todos los días de la cómoda de nuestra recámara para consultarlo y leerlo como si fuera la Biblia, en el fondo de las cosas, con dichos racionamientos se pasaría por alto la función garantizadora de la libertad humana y de seguridad jurídica que tienen las precisiones y complementos legales de los tipos «abiertos» frente al poder punitivo del Estado. Esta función garantizadora se materializa en el juzgador que le compete aplicar «exactamente» la ley penal, sin que él la debiera completar. Por lo tanto, esas precisiones y complementos legales hacen eficaz el principio de certeza como vertiente material de la garantía de «estricta legalidad» en los delitos. Y así evitan —o al menos reducen— los espacios «abiertos» en la materia de prohibición penal. Porque son esas fugas las que sí generan inseguridad, facilitan la arbitrariedad y toman en inconstitucionales a los tipos “abiertos”, al incumplir la garantía de legalidad estricta cuando les falta su complemento regulatorio que toma en incierta a la ley penal. Mucho más que en la Parte General, en el recinto de las figuras típicas de los delitos en particular —como ya se apuntó— es cuestionable que el legislador federal, el del Distrito Federal el de Coahuila y el de cualquier otra entidad federativa, omitan especificar legalmente los conceptos o criterios que acoten las expresiones de especial valoración cultural, así como todas las expresiones «normativas» cuya regulación jurídica es imprecisa en los códigos y, de ser el caso, que las mantenga aún cuando sean innecesarias e induzcan a confusión. Y es perfectamente posible que el mismo legislador cierre los tipos penales con todas las cláusulas regulativas que sean necesarias para dejar clara y cierta la materia penal de las conductas que prohíbe en cada uno.

#### — IV —

### La aplicación de la ley penal y su interpretación

**A. La aplicación exacta de la ley penal y la prohibición de la analogía y de la mayoría de razón.** El postulado del párrafo tercero del artículo 14 C. reza de la manera siguiente: *“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, «por simple analogía», y aún «por mayoría de razón», pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”*.<sup>360</sup>

Esa prohibición de simple analogía y de mayoría de razón para imponer penas atiende más al principio de legalidad lata. Esto es, se dirige de manera prevalente al juzgador. La garantía de no imponer pena alguna por analogía o mayoría de razón impide que el juez imponga una pena parecida o más grave, a la que la ley prevé para el delito. Pero también prohíbe que el juzgador imponga una pena por un hecho si la ley penal no le prevé exactamente como delito. El delito que prevea la ley penal debe ser, pues, «exactamente aplicable» al hecho. Por lo tanto, incurriría en error quien crea que dicha garantía sólo se limita a prohibir que se apliquen penas análogas o más graves a las que prevea la ley para el delito; pero que no limita considerar como delito a un hecho cuando él sea análogo o más grave al que prevea la ley penal; porque si el «delito» que prevé la ley penal no es «exactamente aplicable» al hecho, por este hecho no se podrá aplicar la pena que la ley prevé para aquél delito.

---

<sup>360</sup> Las comillas y los corchetes son míos.

Ahora bien, «analogía» y «mayoría de razón» significan trasladar una regla jurídica a otro caso que no se regula en la ley penal, por la vía del argumento de la semejanza de los casos o de la mayor gravedad o peso de argumento de uno frente al otro. Si se tiene un gato crema, esa tenencia no puede ser punible porque la ley penal sancione tener gatos blancos y éstos sean similares a los gatos crema. Porque ello implicaría punir por analogía. O si se sanciona tener gatos, la tenencia de un león no puede ser punible porque los leones sean más peligrosos que los gatos. Porque ello aparejaría punir por mayoría de razón.

**B. La interpretación de la ley penal.** Las reflexiones hechas llevan de la mano al problema de saber: ¿Se permite la interpretación de la ley penal? Y, en su caso: ¿en qué medida se permite la interpretación de la ley penal? Es decir: ¿cuáles son los límites a la interpretación de la ley penal cuando su aplicación deviene en que se impongan penas a las personas? Porque está claro que se prohíbe imponer penas por «analogía» o «por mayoría de razón» a los casos que la misma ley penal no los prevé exactamente como delito. Pero ello deja sin respuesta el planteamiento inicial: ¿en qué medida es permisible que se interprete la ley penal? El hecho mismo de que se prohíba la analogía y la mayoría de razón al imponer penas y el que se exija la exacta aplicación de la ley penal, plantea la posibilidad de que esa ley sea susceptible de que se le interprete. Lo que va en disonancia con los motivos originales de quienes en la época de la ilustración idearon el *principio de legalidad*. Ellos partían de la base de que el juez no tiene nada que interpretar de la ley penal, sino que sólo tiene que “aplicarla”. Así, el aforismo de Montesquieu es célebre. Él afirmó que “los jueces no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley”.<sup>351</sup> Y la idea de Beccaria por la que imaginó al juez como un “autómata de la subsunción de la ley”.<sup>352</sup>

Sin embargo, la concepción mecanicista del juez al aplicar la ley es impracticable. Pues salvo las cantidades, las medidas precisas y las fechas, todas las palabras o conceptos que emplea la ley admiten en mayor o menor grado varios significados. Ello es propio de la naturaleza del lenguaje y del idioma. Y resulta que el lenguaje escrito es el único medio que el legislador penal puede emplear para dar a conocer en la ley sus mandatos y prohibiciones. De aquí que el interpretar la ley penal no sea solo aceptable, sino necesario en muchos casos. Como así lo reconoció la SCJN fijando los criterios básicos para ello.

**1. Los criterios básicos.** La primera tesis de la SCJN, de la que se pueden desprender criterios básicos de interpretación de la norma penal, es la siguiente:

**LEYES PENALES.** Si bien el artículo 14 constitucional, prohíbe imponer penas 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 antijurídico y aun conducir al absurdo; los tratadistas mismos, admiten que puede ser interpretada la ley penal. La prohibición del citado artículo constitucional, debe entenderse en un sentido natural y razonable, haciendo uso de los diversos procedimientos de *dialéctica jurídica*, tales como la historia, los tratados preparatorios, el fin de la ley, la concordancia de los textos, etc. En este sentido se ha podido muy justamente decir, que la interpretación no debe ser ni extensiva, ni restrictiva sino solo declarativa de la voluntad del legislador.<sup>353</sup>

Empero, esa primera pauta de la SCJN amerita precisiones y complementos. **1.)** En efecto, si hemos de aceptar en un sentido racional el espíritu y la letra de la Constitución, en el sentido de que la ley penal debe ser «exactamente» aplicable al delito que se ha de punir; y sobretodo, que la disposición de la «exacta aplicación

<sup>351</sup> Cit. por Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 148.

<sup>352</sup> Cesar B. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, citado por Claus Roxin, *idem.*, p. 149.

<sup>353</sup> Rubén Olvera Tamborrel, 2 de julio de 1929, Quinta Época, Primera Sala, en *S. J. F.*, Tomo XXVI, p. 1277.

de la ley penal» se contempla en el artículo 14 C. como una garantía para las personas y, por lo tanto, como un límite para la facultad estatal de punir; al igual hemos de admitir que el lenguaje escrito es el único medio que el legislador emplea para dar a conocer en la ley penal sus mandatos y prohibiciones cuya violación sanciona con pena. **2)** Y que esa interpretación literal será inadmisibles cuando conlleve a un disparate. **3)** O bien, cuando esa sinrazón se desprenda ya no del contenido literal mismo de la norma, sino de su oposición al contexto sistemático de las demás normas en la misma ley y con las que aquella se relaciona.

La interpretación literal y la interpretación contextual son así los dos baremos rectores para interpretar la ley penal.

**3.1)** *La compaginación «contextual» dentro del mismo código penal es de por sí necesaria en incontables ocasiones.* Ejemplos: El CPF dice que delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales (artículo 7°); y, asimismo, señala que comete el delito de homicidio quien priva de la vida a otro (artículo 302), conminando la conducta con pena de prisión. Sin embargo, para que sea delito el acto u omisión de privar de la vida a otro, será necesario, además, que la acción u omisión sea antijurídica y culpable; esto es, que la conducta de matar a otro sea un injusto culpable. Lo cual se deduce de la interpretación sistemática de aquellas normas con las causas excluyentes de delito del mismo código penal. Asimismo, muchos tipos penales omiten aludir al daño o el peligro de daño que la conducta ha de ocasionar para que ella sea típica. Empero, esa condición se deduce de la agrupación sistemática de los delitos en los códigos penales, según lesionen a ciertos bienes jurídicos que tutelan los tipos penales.

**3.2)** *Pero el método «contextual» para interpretar la ley penal va mucho más allá de los cercos de las normas penales; esto es, de los preceptos de los códigos penales y de los que se incluyen en otras leyes con aquella naturaleza.* Eso es obvio cuando se trata de los llamados elementos normativos específicos de índole especialmente jurídica que se insertan en las figuras típicas: como “ilegalmente”, autoridad “competente”, cosa “mueble”, “documento público”, etc. Pues en muchos casos el significado de esas expresiones solo adquiere sentido con relación al régimen legal que norma y conceptúa a las mismas. Pero incluso las expresiones normativas de desvalor como ilegalmente, indebidamente, ilícitamente, etc., se deben interpretar a partir de su significado literal. Por ejemplo, si el tipo penal alude a que la conducta se da fuera de los casos previstos por la “ley” o al carácter “ilegal” de la conducta, se debe buscar el contraste de esa conducta con la previsión de la “ley” y no será admisible indagarla respecto de alguna otra norma que no sea precisamente una “ley”, ya sea que se trate de “reglamentos”, “circulares”, “manuales”, “lineamientos”, etc. Así sería inaceptable que con base en el tipo de uso indebido de atribuciones o facultades (artículo 217-III del CPF) se pretendiese sustentar la tipicidad de un pago que realice un servidor público contrariando una “circular” o un “manual”, en tanto el citado tipo penal se refiere a un pago “ilegal”, que literalmente significa contrario a la “ley”. Como también lo sería el que se pretendiese sustentar la punición de un permiso de salida temporal a una persona recluida, que otorgue un servidor público, sin apoyar la pretensión en que aquél permiso se concedió “fuera de los casos previstos por la ley” según lo prevé el tipo penal del artículo 225-XXVI del CPF. (Tipo penal que —dicho sea de paso— hoy por hoy es de imposible concreción en materia federal, habida cuenta que la única “ley” federal que existe al respecto es la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de

Sentenciados y ésta “ley” no prevé permisos temporales, sin que sea válido argumentar que sí es posible la tipificación penal federal de la conducta que prevé el artículo 225-XXVI del CPF con base en que precisamente la aludida Ley de Normas Mínimas no prevé ningún caso de permiso de salida temporal, o bien porque estos permisos podrían estar regulados en alguna otra “normatividad” diferente a la “ley”. Pues la primera interpretación ya se sale del cerco literal del tipo, en tanto tal artículo no pune dar un permiso de salida cuando la ley no los prevea, sino el darlo fuera de los casos en que la misma ley los autorice, (lo cual es distinto.) Y en cuanto al segundo entendimiento porque además de salirse del cerco literal, conculca la garantía de legalidad del párrafo tercero del artículo 14 C., (según ya se razonó en el número anterior de este capítulo.). E incluso si la voz contenida en el tipo penal es más amplia como “indebidamente”, “injustificadamente”, “ilícitamente”, etc., sin que el tipo o la ley penal hagan mayor reenvío expreso o tácito claro, no queda en tela de duda que el fundar tales vocablos amplios en normas que tengan una jerarquía inferior a la ley o sean de naturaleza distinta a la misma, significa violar la garantía de legalidad del artículo 14 C., especialmente cuando con base en una interpretación así se pretenda sustentar la punición de una conducta. **3.3) La necesidad de la interpretación contextual de las normas penales con otras materias del Derecho es también evidente cuando se trata de entender y precisar el aforo material de las excluyentes del delito por causa justificante.** Ya que con frecuencia se tendrá que acudir a las normas de otra materia jurídica diversa a la penal para decidir si se actuó con derecho o en el cumplimiento de un deber, por ejemplo. En el campo de las causas de justificación precisamente por su conexión con todas las materias del Derecho, es no solo admisible sino necesario acudir a criterios de interpretación más amplios que los que rigen el cerrado campo del tipo penal, pues ya no se trata de sustentar la punición sino de excluirla y porque según la materia jurídica de que trate, ésta puede hacer factible una interpretación o incluso una aplicación por analogía o mayoría de razón para excluir el delito.

**3.4) Es asimismo trascendente la interpretación contextual que se deriva del sistema normativo penal inserto en la misma ley penal. De ese sistema se desprende que los tipos penales están imbuidos de una esencia normativa que no se debe desatender. En tanto todos los tipos penales encierran la descripción de una conducta que la norma prohíbe.** Por lo tanto, es insuficiente examinar el tipo sólo en la perspectiva óptica del supuesto de hecho de la conducta que contemple. Esto es, nada más con relación a los elementos expresos de carácter material y la realización óptica de la conducta que los actualiza según el contenido de fin de la misma. Y, sólo por excepción, atender a aspectos “normativos” cuando el tipo penal los describa. Porque la exigencia de que la conducta siempre ha de atacar a un bien jurídico ya conlleva de por sí un examen “normativo” de este elemento en el contexto del tipo y en atención a los fines preventivos de la norma por la cual se intenta evitar el peligro o daño lesivos a los bienes jurídicos que la misma tutela. Más igual lo conlleva la esencia misma de la conducta típica en el contexto descrito por la norma penal, pues la conducta sólo podrá ser típica si ella está prohibida por la norma penal que subyace en el tipo. Esto podrá ser obvio en los tipos penales delictivos de simple conducta activa en la medida que se ajusten a las circunstancias descritas por el tipo y sea claro que son lesivas al bien jurídico protegido. Pero no lo es tanto en muchos casos y menos en los tipos de resultado ni en los de omisión —ya sean de simple omisión o ya sean de comisión por omisión. En los primeros lo decisivo no es sólo causar el resultado. Como tampoco sólo lo es el resultado que devenga de la

realización de una conducta cuyo fin lo comprenda. Ya que el hecho de que la conducta esté prohibida en sí misma juega un papel primordial. Como también lo es que el resultado esté dentro del dominio de la acción del autor. Al igual que decidir si y hasta qué punto aquella es realmente lesiva al bien jurídico tutelado del cuya noción misma ya hay oquedad en la ley. Es así incorrecto, en el primer aspecto, estimar como típico el hecho de que se lesione al bien jurídico disminuyendo el riesgo de un mal mayor para el mismo bien jurídico no atribuible al autor; simplemente porque cuando se realiza una conducta permitida, ésta ya no se adecua a la prohibida del tipo penal. Así, de la misma interpretación contextual se deduce que la misma ley exige que para que una conducta sea típica es preciso que esté prohibida y que toda vez que hay muchos tipos que describen la acción de tal forma neutral que es preciso determinar —a través de la interpretación contextual de la norma— ¿cuándo se debe en realidad considerar como prohibida por la ley penal? En el segundo aspecto, porque cuando el resultado que se produce haya estado fuera del control del autor —en cuanto éste haya carecido de la posibilidad de dominar su producción— tal resultado no debe serle atribuido a aquél aún cuando se establezca que su conducta fue causa del resultado, a menos que se le quisiere responsabilizar por el azar. Del mismo modo la simple omisión es irrelevante para fundar un delito de resultado por conducta omisiva. En tanto que sólo se pueden prohibir omisiones que se apoyen en el incumplimiento de deberes jurídicos de actuar posibles de evitar ciertos resultados. A menos de conceder a los jueces poderes creadores de la misma ley penal. Y el que también las omisiones sólo adquieran relevancia penal si en el caso concreto había la posibilidad de actuar en el sentido de la norma, simplemente porque nadie está obligado a lo imposible. Por lo que una omisión de tal naturaleza no debe estimarse prohibida a menos que la persona misma se procuré tal imposibilidad. Como esas hay muchas otras cuestiones de imputación no resueltas por la ley penal y que es preciso responder con una interpretación ajustada a un estado de derecho.

**4) De ahí que la misma Constitución también entre en consideración en el método «contextual» para poder precisar conforme a ella los contenidos de los elementos del delito; esto es, de los presupuestos de la pena.** Porque en un estado de derecho, donde los derechos humanos y sus garantías se inscriben en la carta fundamental del país —como sucede en México— esos derechos fundamentales también sirven de pauta para decidir el aforo material y normativo de lo que es la conducta típica, antijurídica y culpable. El concebir jurídicamente al delito —y el saber cuál es el significado de los elementos del delito— no es cosa pues de forjar cualquier teoría que se nos antoje. Ya sea de índole lógico-formal, sociológica, normativa o de cualquier otra clase. Pues en tanto que el objeto que se regula, lo que se prohíbe y lo que se pune en los tipos son las conductas de personas como manifestación de lo que son esas conductas y lo que deben ser en el marco social que norma el Derecho. Habrá entonces que tomar en consideración los límites y las pautas que se derivan de la Constitución de un estado de derecho respecto de nuestros derechos, para saber hasta qué punto llega el ejercicio de los mismos y cómo y hasta qué extremo puede el Estado con licitud prohibir con penas las conductas de las personas; como al igual para estimar la culpabilidad del sujeto. La exégesis jurídico-penal no debe pues desatender la luz que le den los valores de la carta fundamental para concebir el delito. Los derechos y las garantías individuales reflejan los ámbitos en los que el individuo se ha de desenvolver en el ejercicio de su libertad. Y en qué medida ella puede ser limitada o incluso debe limitarse en el mundo de relación con los demás a través de las normas penales es algo en lo que aquellos derechos tienen

mucho que ver. Ello vale tan para evitar distorsiones al entendimiento de lo que es la conducta; como para circunscribir por medio de la interpretación el aforo material y normativo de muchos tipos penales. Es decir, para precisar el ámbito de las conductas que prohíbe el tipo penal. Y, por tanto, de cuándo se trata realmente de la conducta prohibida que enmarca el tipo. Ello es válido incluso cuando se trata de conceptos regulativos. Pues —por ejemplo—: tendrá mucho que ver el ejercicio de la libertad en sociedad, para saber los márgenes de los riesgos que se desaprueban en el tipo penal culposo —y dentro de los cuales se dé la “culpa”—. Es decir, cómo y en qué medida es y no es permisible ejercer tal libertad creando un riesgo para los demás. De ello se deduce que no cualquier causación de un resultado dañoso “previsible” configurará un tipo penal culposo. Sino sólo el resultado dañoso previsible que se produzca en virtud de un riesgo jurídicamente desaprobado que genere una conducta. En igual línea de pensamiento, para ponderar los intereses jurídicos en juego en los casos de estado de necesidad, de ejercicio de un derecho o de cumplimiento de un deber, será preciso acudir no solo a otras materias del Derecho; sino, además, a las pautas que dé la carta fundamental sobre esos intereses en juego. Igualmente, la noción de “culpabilidad” —lo mismo que la gravedad de esa culpabilidad a efecto de medir la pena— se ha de fundar y ajustar a los derechos de dignidad, de libertad, de la propia conciencia, de la información, de la igualdad, etc. En la interpretación contextual con enfoque democrático importan pues los límites sustanciales que se derivan de tal visión. Porque ellos contribuyen a dar contenido y cauce a los cercos formales y a los aforos materiales de muchas normas “abiertas” o incluso regulativas de los tipos penales y de los demás presupuestos de la pena.

*Por todo ello se deberá conceder que: en el estrato de la interpretación del tipo penal —como supuesto de hecho punible descrito por el legislador— el sistema de interpretación de la ley penal debe ser racional y coherente con el significado literal que no sea absurdo en sí o por su contexto sistemático tan con las normas penales como con el Derecho como un todo. El cual ha de tener como punto de referencia permanente a las normas constitucionales; es decir, los derechos y por excepción a las obligaciones jurídicas sustanciales del ser humano en sociedad. Esto es lo que se podría llamar un método de interpretación sistemático —literal y contextual— democrático.*

**5) Por ende, así como es inadmisibile una interpretación literal que sea absurda según aquellos parámetros. 6) También quepa sostener la validez de la interpretación literal no absurda y que parta de un texto legal claro y congruente con su contexto normativo en un estado de derecho. Sin que se le pueda excluir para aplicar la ley penal con base en algún otro criterio contrario al sentido literal y contextual democrático que no sea absurdo.** Ya que la interpretación literal no absurda —ya sea de índole gramatical o acorde al uso corriente del lenguaje— y ajustada a su entorno contextual en aquél sentido, es un límite objetivo que garantiza que no se extienda la facultad estatal de punir con base en otras consideraciones contrarias a aquella interpretación. Más aún cuando esa interpretación obedece al mismo lenguaje escrito que utiliza la ley penal como único medio para consignar sus preceptos. Y que en tal sentido se constituye en garantía de seguridad jurídica para las personas. Bien dice Roxin que: (...) la vinculación de la interpretación al límite del tenor literal de la ley penal no es en absoluto arbitraria, sino que se deriva de los fundamentos jurídicopolíticos y juídicopenales del principio de legalidad. El legislador solo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no «rige».<sup>354</sup>

---

<sup>354</sup> Claus Roxin, op. cit., p. 149. Nota: El corchete es mío

7) Por lo tanto, *el tipo penal se debe interpretar conforme a su significado literal y contextual. Y sólo cuando el tenor literal o frente a su entorno contextual conduzca a un absurdo —como también cuando aquél tenor sea confuso o vago— sin que ni uno ni otro caso se puedan salvar con la interpretación contextual, es que será admisible como alternativa acudir al sistema «histórico» —como lo son la historia, los estudios preparatorios, las exposiciones de motivos y los dictámenes de la norma objeto de interpretación— y al «teleológico» —fin de la ley— como expresión del anterior y de los fines preventivos generales de las conminaciones penales. Y sólo en tanto esos métodos aclaren el significado «literal» vago o poco claro del tipo penal que se interpreta, o le den sensatez a su tenor literal y contextual en el ámbito de la prevención general.<sup>365</sup> En tal sentido, presenta especial interés la tesis siguiente de la SCJN:*

**INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL.** No es verdad que los tribunales deban normar su juicio atendiendo a la intención que tuvo el legislador al expedir la ley; sino que, en materia penal, debe ser la letra y el espíritu de la propia ley la que norma el criterio del juzgador, acatando los preceptos de su significado gramatical; y solo le es permitido dirigirse a la interpretación cuando los términos de la ley no son lo bastante nítidos para dejar entender su significado preciso.<sup>366</sup>

8) *Así sí se puede admitir que el sistema de interpretación de la ley penal deba ser el mismo tan para aplicarla fundando la punición del hecho, como para no aplicarla excluyendo dicha punición.* De esa manera se orienta la elucidación de la ley penal por los cauces correctos. Por ello es que el sistema de interpretación de la ley penal que sirva para aplicarla y de ahí fundar la punición podrá ser el que más se ajuste al significado no absurdo del tenor literal y el sistemático-democrático posibles de la ley penal que se aplique. E incluso podrá ser el que se derive del significado del lenguaje gramatical más próximo al legislador histórico y de acuerdo con el contexto sistemático legal en el que el concepto se enmarca, mismo que sea acorde con los motivos del legislador y el fin preventivo de la norma siempre y cuando no se desajusten a los ideales valorativos de la C.

9) *Mas sólo es admisible que se aplique la ley por la que se puna el hecho a través de la unión compatible de los criterios de interpretación apuntados —literal, contextual-democrático, histórico y teleológico—. Es decir, que sea coherente y no excluyente de esos criterios de interpretación.* Y en la cual:

La interpretación literal que no sea absurda y sí acorde con el significado corriente del lenguaje y en su caso ajustada a su contexto normativo democrático, es la que debe servir como criterio rector. Y los restantes criterios como complementos de los primeros, mas sin que alteren la esencia del significado literal y contextual-democrático de la norma penal. Sino que le den sentido. Tal es el caso de las siguientes tesis del TSJC:

**ROBO EN "LUGAR HABITADO". INTERPRETACIÓN LITERAL Y CONTEXTUAL COMPARATIVA DE LA CALIFICATIVA (DELITO DE PELIGRO CONCRETO O ABSTRACTO.)** La modalidad especialmente agravante de robo en lugar habitado, apareja a un delito de peligro concreto y no a un delito de peligro abstracto. Este último sí quedaba comprendido (antes de las reformas de 1993) bajo la expresión lugar "destinado para habitación" que es diferente a lugar "habitado". Así, en la fracción III del artículo 340 del Código Penal de Coahuila antes de su reforma del veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y tres, publicada en el *Periódico Oficial* con fecha siete de septiembre del mismo año, el legislador distinguía entre: ". . . edificio, vivienda, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación . . ." De esta manera, lo que en la anterior legislación del Estado se ponderaba a través de dichas calificativas, era tanto la morada del ofendido y por tanto, su seguridad en abstracto. Como su seguridad en concreto si el lugar está habitado. Protegiéndose así, a través de la antelimita modalidad que se transcribió, la seguridad en abstracto de las

<sup>365</sup> La referencia a que la interpretación literal no sea absurda se justifica porque a veces hay errores de redacción o sintaxis legislativa que pueden conducir a ese resultado. En tal caso, sí serán especialmente valiosos los restantes criterios hermenéuticos integrados en una interpretación lógica sistemática. Al respecto, ver a Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos...*, op. cit., pp. 147 a 155. Sobre los distintos criterios de interpretación de las leyes ver a Héctor Gerardo Zertuche García, *La Jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mexicano*, Segunda edición comentada, Editorial Porrúa, S. A., México, 1992, pp. 3 y ss., en especial sobre la interpretación lógico-sistemática de la ley. Sobre la interpretación en el Derecho Penal, ver, además, a Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, op. cit., pp. 129 y ss.; y en México, a Miguel Ángel Cortés Ibarra, *Derecho Penal Mexicano*, op. cit., pp. 69 y ss., Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, *Código Penal Anotado*, op. cit., pp. 17 y 18, y Gustavo Miso Camacho, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa S. A., México, 2000, pp. 169 y ss.

<sup>366</sup> SCJN, Primera Sala, Quinta Época, S. J. F., Tomo CXIX, p. 3063, Amparo penal directo 5930/51, 16 de octubre De 1953, mayoría de 3 votos.

personas. Cuya lesión se producía por el sólo hecho de introducirse a un lugar destinado a la habitación. Independientemente de que se encontrara habitado o no en el momento de ejecutarse el delito. Interpretación que ya no podrá sostenerse cuando la modalidad agravante del tipo ya no se refiere a lugar destinado para habitación sino sólo a lugar habitado y no obstante, se pretenda incorrectamente agravar la conducta como si tal circunstancia todavía estuviese incluida en la ley penal.<sup>357</sup>

**ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS. INTERPRETACIÓN LITERAL Y CONTEXTUAL PARA EL ALCANCE DE LA CALIFICATIVA "INSTRUMENTO IDÓNEO PARA LA AGRESIÓN".** La fracción IV del segundo párrafo del artículo 338 del Código Penal, establece como circunstancia agravante del delito de robo cometido con violencia o intimidación en las personas, "cuando además del empleo de la violencia o de la intimidación, el hecho se efectúe llevando el agente un arma de fuego o de otra clase u otro instrumento idóneo para la agresión". En exacta aplicación de la ley penal y de acuerdo al tenor literal de la calificativa en examen: La "idoneidad" se emplea como adjetivo del instrumento. Es decir, es el instrumento el que debe ser idóneo para agredir. Por idóneo, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, se entiende "... lo que es suficiente, o apto, o propio para algo conveniente... "Por instrumento se entiende "... el objeto, utensilio, aparato o máquina que sirve para un trabajo o una operación..." En consecuencia, el instrumento idóneo para la agresión es aquél objeto que es propio o apto para agredir. Y no cualquier instrumento que por la forma en que se utilice resulte apto para agredir. Así, un cinto, por su naturaleza, es una prenda de vestir. No es instrumento idóneo para el empleo de la violencia constitutivo de la modalidad agravante en estudio. Aún cuando eventualmente, como sucedió en el caso, se empleó para agredir a la víctima. Esta Sala no pasa por alto, que si bien es verdad que la ley refiere la "idoneidad" al instrumento y no a la forma en que éste pudiera ser utilizado para agredir. También lo es, que según se desprende del texto de la calificativa contenida en la fracción IV del segundo párrafo del artículo 338 del Código Penal, en esta calificativa además se incluye a las "armas". Pero lo anterior no es óbice para excluir la interpretación que se ha dado de "instrumento idóneo para agredir", en virtud de las razones siguientes: a) Esta modalidad de la calificativa debe ser diferenciada de las "armas" que ahí también se tipifican como contenido de otra modalidad. Las cuales por su propio diseño original son útiles para agredir. b) Para los efectos de la calificativa especialmente agravada del robo violento, instrumento idóneo para la agresión será aquél que sin haber tenido el diseño original de un arma, se le altere su conformación física y se le convierta por sí en un objeto de carácter lesivo. Como acontece con las "puntas" o "correas con balas" hechizas. Pues unas u otras pueden corresponder a objetos que originalmente no tenían un diseño lesivo. c) Si en la oración típica que se examina, el adjetivo "idóneo" determina al sustantivo "instrumento" y además se habla de "armas" como modalidad diversa, debe entonces concluirse que lo que la ley agrava de manera especial, es que para robar se utilice un arma, o bien un instrumento cuyo diseño original no hubiere sido lesivo, pero al que se le alteró su conformación física para que tuviere tal carácter. d) Debe decirse también, que si la calificativa en examen fuese interpretada en sentido amplio, dejaría sin esencia el empleo de la "violencia" como contenido de la materia de prohibición que contempla el primer párrafo del artículo 338 del Código Penal. Pues en todos los casos resultaría especialmente más agravada la pena por el sólo hecho de utilizar cualquier objeto para tal fin. e) Si se procediere de la forma anotada, se caería en el absurdo de que se agravaría de manera especial el robo violento cuando por la forma en que se utilizase cualquier objeto, éste pudiera resultar lesivo. Y la violencia como calificativa del robo quedaría restringida sólo a los casos en que no se empleare ningún instrumento. O bien cuando se utilizare un instrumento que en sí sea inidóneo para agredir. Cuando es evidente que no se legisla para el absurdo.<sup>358</sup>

**10)** El que se interprete entonces la ley penal sólo con base en uno de aquellos criterios —como lo son la historia, los estudios preparatorios, las exposiciones de motivos y los dictámenes de la norma objeto de interpretación— y el «teleológico» —fin de la ley— como complementarios al tenor literal y su significado contextual para estimar que el hecho enmarca en el tipo penal, cuando ello sea inadmisibles según el mismo significado literal y contextual no absurdo del tipo penal, en realidad conlleva a que se aplique de manera «inexacta» la ley penal. **11)** Y significa, además, que se pase por alto que la garantía de «exacta aplicación de la ley penal» se da por la Constitución en favor de las personas y no para que se le utilice desvinculada de su noción de garantía y sólo acorde a los afanes preventivos. **12)** Y menos aún cuando de esa manera se desprecie el significado literal y contextual no absurdo de la ley penal, invocando algún otro criterio de interpretación en perjuicio del inculpado. **13)** Como también sería una aplicación inexacta de la ley penal, el adecuarla a un hecho con base en alguno de esos criterios aun cuando el sentido literal y contextual no absurdo del supuesto legal penal sea discrepante con la conducta fáctica que se trata de punir. Es más, si de acuerdo con alguno de los criterios para interpretar la ley penal, la conclusión es de que el delito no es exactamente aplicable al caso concreto, sin que exista razón válida para excluir ese criterio, ello debiera ser razón suficiente para impedir la aplicación de la ley penal a ese caso. **14)** De aquí que sea insostenible una

<sup>357</sup> T. P. 590/96. Sentencia 704/96. 8 de octubre de 1996. Unanimidad de votos. Magdo. Ponente: Xavier Díez De Urdanivia Fernández. Srio. de Estudio y Cuenta: Luis Efrén Ríos Vega. Antonio Berchelmann Arizpe y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., tomo II, p. 778.

<sup>358</sup> T. P. 739/95. Sentencia 78/96. 22 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Magdo. Ponente: Antonio Berchelmann Arizpe. Srio. De Estudio Y Cuenta: Francisco Ángel Rangel Mendoza. Antonio Berchelmann Arizpe y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., tomo II, p. 779.

interpretación contraria al significado literal de las palabras de la ley o al de su uso corriente de acuerdo con el significado literal o semántico más próximo al legislador histórico que no sea absurdo y, en su caso, ajustado por el método contextual. Esa interpretación inaceptable es la que se da por ejemplo en la tesis jurisprudencial siguiente:

**ARMAS PROHIBIDAS, PORTACIÓN DE VEHÍCULOS.** Para la integración del delito de portación de arma prohibida, es indiferente que se lleve en el asiento o en el piso del automóvil, puesto que para considerar que una persona porta un arma, no es necesario que ésta la traiga en la cintura o en el bolsillo, sino que esté a su alcance en determinado momento.<sup>369</sup>

Ello es como se indica, **14.1)** en virtud de que el uso corriente de la palabra «portar» es la de *llevar o traer consigo una cosa*. Y el significado literal de «consigo» es *sobre sí*, como verbo transitivo. Por ello, cuando el arma *se lleva en el asiento o en el piso del automóvil* y aunque *esté al alcance de la persona en determinado momento*, es inconcuso que esa arma no la «porta» la persona en el sentido que la lleve o traiga *consigo*, es decir, *sobre sí*. La solución de la ejecutoria es pues contraria al uso corriente de la palabra «portar» y al significado literal de lo que significa traer o llevar *consigo* o *sobre sí* como verbo transitivo de «portar»; al igual que discrepa con el uso corriente —o semántico— del lenguaje de lo que se entiende por portar un arma. Y la extensión del verbo «portar» a situaciones ajenas a ese término —cuando la interpretación literal del mismo no es absurda— deviene inconstitucional por violar la garantía de la exacta aplicación de la ley penal. **14.2)** Más cuestionable resulta aún el criterio que equipara la conducta de “portar” a la de “poseer”. Pues esta tiene un significado más amplio que el de la mera “portación”. Pues si bien es verdad que cuando se «porta» un arma se le «posee», también lo es que al arma se le puede «poseer» de muchas otras maneras distintas a la de “portarla”. Con ello, en el fondo se aplica la ley penal sin que el delito se adecue *exactamente* al hecho.

**15)** Y también es objetable que una interpretación se base en un solo criterio de exégesis —aunque sea de carácter preventivo— cuyo resultado se opone o discrepa con los restantes criterios admisibles, en especial con el literal o el de uso corriente del lenguaje que utilizó el legislador y que no es absurdo. Como también sucede con la tesis siguiente:

**ARMAS, PORTACIÓN DE, DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA.** La circunstancia de que el inculpado acostumbrara llevarla a su alcance en el automóvil que tripulaba y que allí le haya sido encontrada el arma de uso exclusivo del ejército, armada y fuerza aérea, no es óbice para configurar el delito previsto y sancionado por la fracción I del artículo 83 de la Ley de Armas de Fuego y Explosivos, puesto que portar significa traer consigo una cosa, no siendo requisito indispensable que tal arma la tenga en la cintura, o en el bolsillo, sino simplemente que se encuentre a su alcance en un momento determinado, ya que en el referido ilícito queda incluida la sola posesión de las mencionadas armas de fuego, pues el legislador lo que protege es la exclusividad del Ejército para la posesión y uso de determinadas armas.<sup>369</sup>

**15.1)** En este caso, es claro que el fin de protección de la ley penal —aunque sea el que se deriva de la interpretación en su sentido de prevención general— no puede por sí mismo justificar al juez que interprete el tipo penal en contra del significado literal no absurdo que tenga la conducta descrita en aquél. Pues de ser así, cualquier método de exégesis sería admisible para punir, aun cuando ese método en el caso concreto diverja con el resultado de otros métodos que la propia SCJN ha aceptado. **15.2)** Porque la disposición del artículo 14 C. es una garantía y por lo tanto es un límite al poder punitivo estatal. De aquí entonces que la interpretación

<sup>369</sup> Séptima Época, Primera Sala, S. J. F., Tomo 187-192, Segunda Parte, p. 85.

<sup>369</sup> Séptima Época, Primera Sala, S. J. F., Tomo 115-120, Segunda Parte, p. 35. Amparo directo 2283/78, Enrique López Gaxiola, 8 de septiembre de 1978, 5 votos, Ponente: Mario G. Rebolledo F., Secretario: Salvador Ramos Sosa.

del juzgador para aplicar «exactamente» la ley penal se debe limitar a la que obtenga una misma y razonable conclusión, de acuerdo con los diversos procedimientos aceptables. Lo que no sucede en la ejecutoria transcrita. **15.3)** Igualmente, el hecho de que una conducta pueda ser antijurídica no significa, necesariamente, que por ese dato se trate de la conducta que la ley penal prevé como delito. O dicho de otro modo, que se trate de una conducta típica. Como así parece darlo a entender la tesis que se critica. Porque en realidad la ley penal siempre pune conductas que son antijurídicas. Pero no todas las conductas antijurídicas se punen como delitos por la ley. De aquí que pueda ser antijurídico en ciertos casos que se «posea» un arma, pero ello no autoriza a afirmar que por ese motivo aquella arma se «porta» —como en la misma tesis se reconoce que no se «porta»—. El que se sostenga lo contrario en esos casos significa —no más, pero no menos— aplicar «inexactamente» la ley penal a una conducta atípica e imponer una pena a una conducta análoga a la que realmente prevé y pune la ley como delito. **16)** *Cabe tener entonces muy presente que si bien es válido que se interprete la ley penal. Ello no se puede usar como medio para extender la potestad punitiva del Estado más allá del límite racional que le imponga el texto legal según su sentido literal posible y acorde con el uso corriente del lenguaje si es que el significado del mismo no es absurdo. Mismo que sin alterar su sentido se puede ajustar con la interpretación contextual-democrática. Y complementar, en su caso, con los métodos histórico y teleológico de la ley penal.* Todo ello significa ni más ni menos que ajustarse a la visión del estado de derecho que da la C. Como también son admisibles estos métodos de interpretación para dilucidar el sentido de la norma penal cuando su tenor literal y aún el contextual sean confusos o imprecisos. **17)** Por lo tanto, si hemos de atenernos a que la interpretación se admite en virtud de hacer viable la garantía de la exacta aplicación de la ley penal y no para trastocar esta garantía y en detrimento de ella extender la facultad de punir: No será jurídicamente tolerable que simplemente se use alguno de los criterios de interpretación de la ley penal para excluir a cualquiera de los restantes posibles que admita el tenor literal o el uso corriente del lenguaje no absurdo de la norma penal —ajustado en su caso por su sentido contextual-democrático— y que, por ello, se afecte a quien se impute el hecho como típico sin realmente serlo.

**2. La interpretación analógica y las cláusulas analógicas de tipos abiertos.** Con lo que se expuso queda clara la completa sumisión al significado no absurdo de los términos textuales de la ley penal —y en su caso ajustado por el método contextual-democrático— por parte de quienes les compete aplicarla. Lo cual también apareja que la ley penal no se debe aplicar a casos distintos a los supuestos que la misma comprenda. Lo cual encuentra nítida expresión en la garantía de prohibición de analogía del artículo 14 C. En tal sentido, la analogía consiste en aplicar la ley a supuestos que ella no prevé, pero que son muy similares a los que la misma contempla. Por lo tanto, una vez que se establece el significado de la ley penal y se precisa así el alcance de la norma, ésta no se debe aplicar a situaciones afines por muy parecidas que sean estas.

**1)** Sin embargo, con base en que una cosa es interpretar la ley —lo cual apareja definir el significado de la norma— y que otra la es el aplicarla, se ha estimado que la prohibición de analogía del artículo 14 C. se refiere a la “aplicación” analógica de la ley, pero no a su “interpretación” analógica. La distinción parece lógica y clara; pero ella conlleva en la práctica riesgos serios de inconstitucionalidad. **1.1)** Porque se conculcará la garantía

del artículo 14 C. en cualquier caso en el que se use una "interpretación" analógica para en realidad "aplicar" la norma por analogía en perjuicio de la persona. Éste hecho ya lo reconoce expresamente el artículo 2 del nuevo CPDF al señalar, en lo conducente, que: *“(Principio de... prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón). ...Queda prohibida la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón en perjuicio de persona alguna”*. **1.2)** Asimismo, la analogía es discutible como método de interpretación de la ley penal cuando con ella se trate de punir. Porque ya se puso en claro el respeto de la interpretación al significado no absurdo de los términos textuales y contextual-democrático de la ley penal por parte de quienes les compete aplicarla. En su caso complementados por los métodos histórico y teleológico orientados a las razones y fines de las conminaciones penales. **1.3)** Por lo que cabría tan solo la interpretación analógica como parte de un método contextual-democrático. Aunque entonces ya se está frente al sistema contextual que aclara o corrige un significado literal absurdo. Por otra parte, también se evidenció cuáles son los métodos aceptables para complementar el significado textual y contextual de la norma penal. Pero sin que alteren el significado no absurdo que se derive de ellos. Y sin que la ley penal se deba aplicar a casos distintos a los supuestos que la misma comprenda aunque sean similares. Aunque al respecto volveré a tocar el tema un poco más adelante.

**2)** Por otra parte, *se distingue entre la aplicación analógica de la ley penal y la aplicación de las cláusulas legales de analogía. Las que, por tanto, se hallan insertas en la propia ley.* Estas cláusulas 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. **2.1)** *Claro que esto no sucede cuando el legislador acude a una descripción casuística, pero él completa a la vez la norma con alguna fórmula que cierra aquella exposición.* Como acontece con el concepto de lesiones, donde casuísticamente se enuncia a las excoriaciones, fracturas, dislocaciones, heridas y quemaduras, para luego rematar con *“cualquier otro daño a la salud que deje una huella externa”*. **2.2)** *Pero a diferencia de aquellas fórmulas, las llamadas cláusulas legales de analogía por lo general van precedidas con expresiones enunciativas, pero concluyen con otras expresiones que no cierran el supuesto sino por el contrario, aquellas permiten aplicar el supuesto a casos parecidos.* Por ejemplo, en la figura típica de portación prohibida de ciertas armas, con frecuencia el legislador ha acudido al expediente del «cajón de sastre», en tanto que después de describir determinadas armas cuya portación prohíbe, ha remendado con la fórmula de que también quedaba prohibido portar “instrumentos similares”. **2.3)** En estos eventos, si con base en una expresión así 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. Ya que es el mismo tenor literal de la ley penal el que le permite esa interpretación extensiva. Así lo han considerado los tribunales federales para negar que haya una «aplicación» analógica de la ley que amerite el amparo en tales casos; y para estimar, igualmente, que sólo haya una «interpretación» analógica que la misma norma penal autoriza en esos casos. En rigor, puede ser que el argumento sea correcto a la luz de una lógica formal. Más con ello se pasan por alto los verdaderos problemas subyacentes. **2.3.1)** El primero: 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. **2.3.2)** Y el segundo –y no menos importante–: El contenido de las cláusulas de analogía no solo ataca al principio de legalidad estricta de la norma penal; sino, además, burla a la proscripción de analogía del artículo 14 C. por la vía tramposa de autorizar en la misma norma penal la aplicación por analogía que la Constitución prohíbe. **2.4)** En suma, cuando se aplica una cláusula legal de analogía, no es el 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.

**3. La interpretación y la aplicación analógica en bonam partem.** No es ocioso reiterar el postulado del párrafo tercero del artículo 14 C. Él reza de la manera siguiente: “En los juicios del orden criminal *queda prohibido imponer, «por simple analogía, y aun por mayoría de razón»,* pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.<sup>361</sup> **1)** *La prohibición de analogía y de mayoría de razón impide poner pena alguna con base en ellas.* Por ende, es una limitación que se impone al Estado en favor de las personas. Es decir, su objeto es impedir la aplicación analógica de la ley penal sólo en cuanto a sus disposiciones perjudiquen con pena a una persona. Lo cual es válido en cuanto a las normas que fundamentan la existencia del delito y de ahí la aplicación de la pena. **2)** *Mas nada parece impedir que las normas penales sí se puedan aplicar analógicamente en beneficio de los individuos.* Y lo confirma ahora el enunciado plausible del artículo 2 del nuevo CPDF: “...*Queda prohibida la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón en perjuicio de persona alguna*”. Por lo que interpretada en sentido contrario la expresión “*en perjuicio de persona alguna*”, ella conlleva a la validez de la *aplicación analógica y por mayoría de razón en beneficio de las personas.* **2.1)** De ello no cabría duda cuando fuere la misma norma la que contuviere una cláusula de analogía referida a una causa excluyente o atenuante de delito. Empero, como ya se ha dicho, en tal caso se estaría ante la aplicación de una cláusula analógica. La que en sí misma permitiría ese proceder. No habría, pues, aplicación por analogía, sino aplicación exacta de la permisón legal que autorice la analogía en favor de la persona. Por ello, la misma no se podría objetar de inconstitucional ya que favorecería al individuo y limitaría de aquella forma el poder punitivo del Estado. Más aún cuando las garantías no se pueden restringir pero sí se pueden ampliar. **2.2)** Pero con independencia de las posibles cláusulas por analogía, por igual es válida la aplicación analógica o por mayoría de razón de la ley penal en favor de las personas de una situación que no capten las normas pero que sí sea análoga a la prevista en una excluyente o atenuante o quepa mayor razón para proceder de igual forma que la prevista por aquellas, porque en Derecho Penal los actos de autoridad que se tildan de inconstitucionales son aquellos que perjudican a las personas en detrimento de los preceptos constitucionales pero no cuando tal aplicación que de por sí parte de una base racional del entendimiento de la ley las proteja del poder punitivo, esto es, cuando el acto conlleve favorecer a la persona sin afectar a otras directamente amparadas por la garantía. Esto se pondrá de manifiesto en su oportunidad con la aplicación

---

<sup>361</sup> Las corchetas y cursivas son mías.

analógica en el CPF de las normas acerca de las omisiones penalmente relevantes en los delitos de resultado por omisión y en los casos de los delitos de omisión simple cuando exista imposibilidad de realizar la acción debida, así como en ciertos casos de las excluyentes de delito por causas de justificación e inculpabilidad respecto a las normas que las regulan en aquellos códigos al igual que en el CPC.

**4. Conclusiones.** Si se tiene presente que **1)** el principio de legalidad reside esencialmente en aplicar la ley penal de manera exacta, según su correcta interpretación. **2)** Y que ésta se rige prevalentemente por su tenor literal y entendimiento contextual democrático. Esto es, atendiendo a la esencia de la literalidad de la norma penal, en su caso ajustada a su contexto normativo-democrático. **3)** Y solo como complemento —ante la eventual insuficiencia de los métodos anteriores— ese significado se puede llenar con los procedimientos histórico y teleológico. **4)** Y que tales procederes en su conjunto permiten desarrollar teorías y criterios a la doctrina y a la jurisprudencia sobre las “condiciones” para la punibilidad de una conducta. De tal suerte que si faltan esas “condiciones” o “categorías” —conocidas también como «elementos» del delito— la pena no se ha de imponer. **5)** Ello trae como consecuencia que se reduzca sobremanera el ámbito posible de interés de la aplicación analógica beneficiosa de la ley penal. Simplemente porque la pena no se impondrá cuando el hecho se inajuste al tenor literal del supuesto de la norma penal y de ser absurdo tal tenor, se aparte del que se derive de una interpretación contextual-democrática; como tampoco se impondrá pena si aún dándose el supuesto de un hecho típico concurren las causas que legalmente excluyen el delito por impedir la antijuridicidad o la culpabilidad; o incluso dado un caso de aparente conducta típica, falta la primera o concurren causas que excluyen al tipo. Las unas y las otras se suponen lo suficientemente amplias para acoger en su aforo regulativo los múltiples supuestos en los que se da ausencia de conducta, de tipo, de antijuridicidad o de culpabilidad. **6)** Y como ya se dijo y en su oportunidad se razonará con mayor amplitud: La relación de las causas de justificación con todas las materias del Derecho hace necesario acudir a criterios de interpretación más amplios que los que rigen el cerrado campo del tipo penal. Pues ya no se trata de sustentar la punición sino de excluirla y porque según la materia jurídica de que trate, ésta puede hacer factible una interpretación o incluso una aplicación por analogía o mayoría de razón.<sup>362</sup> Mas aún, si estas nociones se dan dentro de los cauces y límites que marcan los derechos y garantías individuales. **7)** El problema en esencia existiría pues, cuando esas causas de exclusión del delito —o las diversas que lo atenúan— dejen fuera un caso que por su similitud debiere ser tratado de igual modo. Eso puede ser cierto. Pero también lo es, que si el hecho no actualiza el supuesto de una circunstancia atenuante o el de una excluyente de delito ni siquiera por analogía o por mayoría de razón y por el contrario, aquél se ajusta a los elementos de un delito, su punibilidad se ha de sostener.

**8)** Finalmente he de reiterar que si por un lado razones de prevención general —vía la interpretación teleológica— pudiesen apuntar hacia una interpretación «amplia» del texto de la norma, ella es inadmisiblesi se le usa para punir cuando a la vez se trastoca el tenor literal de la expresión y se desatiende su contexto-democrático de interpretación o bien cuando se trata de suplir una oquedad legislativa sin asiento en la misma

---

<sup>362</sup> Ver al respecto los números VI y VII del CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO.

ley. En tales eventos se debe mantener el sentido literal o contextual-democrático. **9)** Y si es el caso que el legislador incurrió en oquedades o en imprecisiones y éstas no pueden ser salvadas satisfactoriamente por medio del sentido literal o contextual-democrático, la falta de certeza de la norma no se debe poner a cargo de la persona que se le hace la imputación penal. **9.1)** Porque aquella es una infracción del legislador a la garantía de legalidad estricta en los delitos y las penas que se deriva del artículo 14 C. (...) El ciudadano tiene derecho a esperar que se le digan con claridad cuáles son los comportamientos que llevan consigo una reacción tan radical —dice Gimbernat Ordeig—. <sup>363</sup> Y agrega: (...) puede exigir que se le garantice que no va suceder que, de buenas a primeras, se encuentre sorprendido con que el Estado le priva de bienes tan fundamentales como la libertad y los honores, empleos y cargos públicos que tuviera el sujeto por acciones respecto de las cuales no se pudo informar que estaban prohibidas antes de su comisión. <sup>364</sup> **9.2)** Por ello, si hubiese defectos en las expresiones literales de la norma penal o su tenor conlleve lagunas no salvables por la interpretación contextual-democrática, la interpretación ha de limitarse de acuerdo con el sentido menos drástico. **9.2.1)** Sin que sea válido el argumento de que en tales eventos tendría que entrar en consideración la función preventiva general en vista de los fines de las conminaciones penales en el cerco del tipo penal —en tanto no convenza el tenor literal y el contextual sea insuficiente para desentrañar el sentido de la norma— ni siquiera con el alegato de no se estaría sino cumpliendo con una función legítima de protección de las condiciones indispensables para el desarrollo de las personas en la sociedad, con lo cual no se estaría sino efectuando una interpretación contextual-democrática. **9.2.2)** Ya que tal alegato esconde una falacia, porque con él lo que se pretendería es punir a las personas en nombre de la C. pero con apoyo en oquedades legales. Y el individuo no tiene porqué soportar los vacíos y las fallas legislativas del Estado al ejercer el poder punitivo, menos aún cuando éste se concibe en el capítulo de garantías individuales sin que al mismo se le deba trastocar precisamente para afectar esas garantías. Y en tanto que la misión de proteger bienes jurídicos no tiene —ni debe tener— sólo y siempre el signo de la pena, sino que tal protección es también consubstancial a otras ramas del Derecho privado y público que prevén consecuencias adversas no penales. Por ejemplo, en el ámbito federal sería inconstitucional pretender sustentar la punición de un servidor público que otorgue un permiso de salida temporal a una persona reclusa, con base en que tal permiso habría contrariado alguna circular o manual de la autoridad administrativa federal, pero sin apoyar la pretensión en que aquél permiso se habría concedido *“fuera de los casos previstos por la «ley»*”, según lo prevé el tipo penal del artículo 225-XXVI del CPF. Más aún, cuando hoy por hoy tal tipo penal es de imposible concreción en materia federal de acuerdo con su tenor literal, habida cuenta que la única “ley” federal que existe al respecto es la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados y ésta “ley” no prevé permisos de salida temporal. Así pues, la tensión entre las interpretaciones contrapuestas del mismo rango aparente, siempre se debe resolver a favor de la persona, pues en el ámbito penal aquellas que respalden al individuo sirven precisamente para limitar el poder punitivo estatal.

---

<sup>363</sup> Enrique Gimbernat Ordeig, *concepto y método de la ciencia del derecho penal*, op. cit. p. 47.

<sup>364</sup> Ídem.