

ARTÍCULOS TRANSITORIOS EN EL PROYECTO DE DECRETO DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL *

Rodolfo FÉLIX CÁRDENAS**

De todos es sabido que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, con fecha 29 de abril del 2002 aprobó el proyecto de Decreto de nuevo Código penal para la ciudad de México, que iniciada su vigencia abrogará el todavía hoy vigente Código penal para el Distrito Federal de 1931. Este proyecto de decreto, al que suele ya identificarse como “el nuevo Código Penal” aun cuando no sea así,¹ todavía no ha sido publicado a pesar de contar ya con la aprobación de dicho cuerpo legislativo. Se espera también que al ocurrir su publicación se entre en un periodo de *vacatio legis* de ciento veinte días naturales a partir que ocurra aquella en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*.²

Parto de dos cuestiones que han sido expresadas con antelación en los trabajos de este ciclo de conferencias y que, como consecuencia del *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* se recogen como garantía individual en los párrafos primero y segundo del artículo 14 constitucional,³ me re-

* Es con base en el Proyecto de Decreto del nuevo Código Penal para el Distrito Federal que se realiza esta ponencia, pero advierte que el número, cantidad y por tanto contenido de los artículos transitorios referidos en ese proyecto puede variar; sin embargo, su cita aquí se realiza fiel a dicho documento.

** Profesor de la Escuela Libre de Derecho e integrante del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A. C.

1 Esto responde a que, como la Asamblea Legislativa del Distrito Federal ya lo ha aprobado, se sostiene que la esencia de este ordenamiento queda inalterada aun siendo el caso del veto que en fecha 18 de junio del 2002 hizo valer respecto de algunos de sus contenidos el jefe de gobierno del Distrito Federal sobre cuestiones particulares y muy puntuales que se esperan sean desahogadas en la próxima sesión extraordinaria que sostendrá el cuerpo legislativo mencionado.

2 Así lo precisa el artículo primero transitorio del decreto, que además señala que también este Código será publicado en el *Diario Oficial de la Federación* para mayor difusión, lo que debe de entenderse sólo para este efecto, pues la publicación a considerar para el inicio de la vigencia del mismo es precisamente la que se efectúe en la *Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal*.

3 El artículo 14 de la carta magna dice en su primer párrafo: A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna y, en su segundo párrafo que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

fiero al principio de irretroactividad de la ley penal, salvo la excepción de aplicación retroactiva en beneficio⁴ y, que la ley penal siempre rige a futuro, pues cualquier acto de privación que se pretenda efectuar sobre alguien sin demérito de requerir juicio ante tribunales previamente establecidos, debe necesariamente serlo conforme a leyes dictadas con anterioridad al hecho.⁵ En nuestro sistema legal, la ley nace con su promulgación como un acto del ejecutivo que declara su existencia y ordena su ejecución, así, la eficacia de la ley se extiende desde que inicia su vigencia hasta que es derogada, expresa o tácitamente precisamente por otra ley. Aquí cobra aplicación la norma general prevista en el artículo 9o. del Código Civil para el Distrito Federal.⁶

Como suele acontecer con un proceso de reforma a la ley penal, sobre todo, si se trata de la abrogación de un código penal que se pretende sea sustituido por un nuevo cuerpo normativo, la entrada en vigor de la ley nueva produce un fenómeno al menos temporal que se representa por la superposición de dos ordenamientos jurídicos: la ley que se deroga y la ley que entra en vigor, para el caso, el Código Penal de 1931 y el nuevo Código Penal para el Distrito Federal cuya publicación ya se espera, lo cuál conlleva necesariamente a resolver para ese supuesto cual es la ley penal que resulta aplicable al caso, situación que, sin dejar de lado el principio de legalidad, debe ser buscada para su solución, primero que nada, en las previsiones contenidas en los artículos transitorios de la ley nueva.⁷

Por otro lado, y toda vez que los artículos transitorios de la nueva ley generalmente no resuelven todos los problemas que se suscitan en el ám-

4 Dice el artículo 2o. (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón). No podrá imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate. Queda prohibida la aplicación retroactiva, analógica o por mayoría de razón, de la ley penal en perjuicio de persona alguna”.

La ley penal sólo tendrá efecto retroactivo si favorece al inculcado, cualquiera que sea la etapa del procedimiento, incluyendo la ejecución de la sanción. En caso de duda, se aplicará la ley más favorable.

A su vez el artículo 10 (Principio de ley más favorable). Cuando entre la comisión del delito y la extinción de la pena o medida de seguridad correspondientes, entrare en vigor otra ley aplicable al caso, se estará a lo dispuesto en la ley más favorable al inculcado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo o haya conocido del procedimiento penal, aplicará de oficio la ley más favorable.

5 Lo anterior se recoge en el artículo 9o. (validez temporal) del decreto de proyecto del nuevo Código Penal que dice: Es aplicable la ley penal vigente en el momento de la realización del hecho punible; teniendo, según dispone el diverso artículo 11 del nuevo ordenamiento penal, como el momento y lugar en que se realiza el delito “en donde se concretan sus elementos”, es decir los elementos de la descripción legal.

6 Dice el artículo 9o. del Código Civil para el Distrito Federal que la ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior.

7 Los artículos transitorios, al ser parte de la ley, son igualmente normas.

bito de aplicación temporal del nuevo ordenamiento con respecto al que se abroga, resulta indispensable no perder de vista la garantía de legalidad prevista en el artículo 14 constitucional, como la norma reguladora del supuesto de derogación de una conducta considerada como constitutiva de delito, lo que el hoy todavía vigente Código Penal para el Distrito Federal, con gran claridad, refiere en sus artículos 56 y 117,⁸ y que en el proyecto de decreto del nuevo Código Penal se prevé en el artículo 121 bajo el nombre de supresión del tipo penal.⁹

Surgen entonces dos cuestionamientos importantes: *a)* conforme al proyecto de decreto del nuevo Código Penal cuando se entiende que, en razón de su entrada en vigor se suprime un tipo penal de los previstos aún hoy en el Código Penal vigente para esta ciudad y *b)* conforme al proyecto de decreto del nuevo Código Penal cuando no se entiende que con su entrada en vigor se suprima algún tipo penal previsto todavía hoy en el Código Penal vigente. La solución a ello, como indicaba debe buscarse inicialmente en los artículos transitorios del que se espera venga a configurar el nuevo Código Penal para la ciudad de México, lo que es el objeto de esta intervención.

Aclaro que mi intervención respecto de los artículos transitorios se detendrá particularmente con relación al identificado como artículo quinto, pues el primero de ellos¹⁰ alude a la entrada en vigor del nuevo ordenamiento penal, y el último transitorio¹¹ a que con ello se abroga el Código Penal de 1931. Es en aquel artículo quinto transitorio donde la

8 Dice el artículo 56: Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción, aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma. Por su parte, el artículo 117 señala: La ley que suprime el tipo penal o lo modifique, extingue, en su caso, la acción penal o la sanción correspondiente conforme a lo dispuesto en el artículo 56.

9 El artículo 121 (Extinción por supresión del tipo penal) establece: Cuando la ley suprima un tipo penal se extinguirá la potestad punitiva respectiva o la de ejecutar las penas o medidas de seguridad impuestas, se pondrá en absoluta e inmediata libertad al inculpado o al sentenciado y cesarán de derecho todos los efectos del procedimiento penal o de la sentencia.

10 El artículo primero transitorio menciona: “Este Código, con excepción de lo señalado en estos artículos transitorios, entrará en vigor a los ciento veinte días de su publicación en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*. Para su mayor difusión se publicará este decreto en el *Diario Oficial de la Federación*”.

11 El artículo sexto transitorio dice: “Se abroga el Código Penal de 1931, sus reformas y demás leyes que se opongan al presente ordenamiento”.

Asamblea Legislativa proporciona una serie de reglas respecto a cómo deben de aplicarse, bajo ciertos supuestos que ahí se contienen, las normas penales susodichas, sin que se agoten en el mismo todos los supuestos que podrían presentarse.

Pues bien, para comprender con claridad el alcance de los transitorios que aparecen en este proyecto de decreto, sobre todo el artículo 5o., es oportuno acudir a la lectura y referencia de un documento elaborado por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal¹² a la manera de presentación del proyecto de decreto de lo que se pretende sea el nuevo Código Penal (pues no alcanza el rango de exposición de motivos), pero del cual se puede extraer, al menos por lo que corresponde a los artículos transitorios, cuál fue el sentido de la reforma y el porqué de ella.

Por la importancia que reviste para esta exposición, cito textualmente lo que al respecto sostiene en la Asamblea Legislativa:¹³

Esta Asamblea, preocupada por la vigencia plena del Estado democrático de derecho, considera indispensable atemperar los casos de reacción estatal más severos con una mayor técnica jurídica, reagrupar dichos supuestos en diversas disposiciones, desde las cuales continuarán aplicando su contenido, bajo la perspectiva de una nueva estructura, lográndose así una mejor sistemática en la aplicación de la ley penal.

Con la misma preocupación por el adecuado tratamiento de esta clase de asuntos, y desde luego con el fin de evitar la impunidad absoluta de ellos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido jurisprudencia a través del sistema de contradicción de tesis, en el sentido de que en aquellos casos en que no se reúnan los elementos típicos necesarios para configurar los delitos, es posible realizar la traslación del tipo no configurado al de su exacta connotación jurídica, evitando de esta manera la impunidad del caso bajo el argumento de su atipicidad.

Asimismo habrá asuntos en los ya se hubiesen presentado los escritos de conclusiones acusatorias conforme a la anterior tipificación, y estén

12 Al final de dicho documento que presenta este proyecto de decreto de nuevo Código Penal para la ciudad de México ya aprobado por la Asamblea Legislativa aparecen como sus firmantes los diputados: Juan José Castillo Mota (presidente de la comisión), Gilberto Ensátiga Santiago (vicepresidente), Alejandro Diez Barroso Repizo (secretario), Rafael Luna Alviso (integrante de la comisión), Cuauhtémoc Gutiérrez de la Torre (integrante de la comisión), Arturo Barajas Ruiz (integrante de la comisión), Irma Escudero Álvarez (integrante de la comisión), Francisco Fernando Solís Peón (integrante de la comisión), Ernesto Herrera Tovar (integrante de la comisión), Dione Anguiano Flores (integrante de la comisión), Emilio Serrano Jiménez (integrante de la comisión), José Luis Buendía Hegewisch (integrante de la comisión), Adolfo López Villanueva (integrante de la comisión).

13 El texto íntegro puede verse en las primeras 33 fojas del documento respectivo.

pendientes de dictarse las sentencias de primera o segunda instancia; sin embargo, de acuerdo con el principio de traslación del tipo, los jueces o tribunales podrán reubicar las conductas de acuerdo con los tipos penales que resulten satisfechos, incluyendo las modalidades que resulten operantes. En observancia de ese mismo principio, la autoridad ejecutora, cuando se esté en presencia de sentencias que hayan causado ejecutoria conforme a las reglas procesales correspondientes, habrán de efectuar las reducciones de las sanciones de conformidad con la reubicación típica que previamente se efectúe respecto de las descripciones penales que resulten atendibles, incluyendo sus modalidades. Para dar efectividad a lo señalado líneas arriba, se contempla el artículo 5o. transitorio.

Es decir, el cuerpo legislativo en cita atribuye a la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostener con criterio obligatorio para todo el poder judicial penal del país (pues ello se dice deviene de jurisprudencia¹⁴) que cuando no se reúnan los elementos del tipo penal en cualquier delito, hay que aplicar el tipo penal que sí se configure, pues con ello se evitará impunidad en razón de atipicidad, es decir, “sancionar a toda costa”. Un argumento como este, sin duda se carga con las garantías de legalidad, de seguridad jurídica y de defensa en materia penal.¹⁵

Y, como señala la Asamblea Legislativa que en esa jurisprudencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación habló de la traslación del tipo, esto lo eleva el cuerpo legislativo a la categoría de “un principio”,¹⁶ pues lo refiere ya como principio de traslación del tipo y, como principio que es, según la Asamblea Legislativa, resulta de aplicación general. Así, sobre estas premisas, es decir, invocando a nuestro máximo tribunal en el sentido expuesto y, con base en el principio de traslación del tipo se construye el contenido de su artículo 5o. transitorio, al que posteriormente referiré.

Pues bien, es absolutamente falso que la Suprema Corte de Justicia de la Nación hubiere sostenido ese criterio que le atribuye la Asamblea

14 Ello se desprende del artículo 192 de la Ley de Amparo que dice: La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

15 Argumentar así, abre la puerta a la aplicación retroactiva en perjuicio; a la aplicación por analogía como por mayoría de razón; facilita que la acusación ministerial sea rebasada o motivo de corrección por el poder judicial y propicia en consecuencia un claro estado de indefensión en la persona del inculpado.

16 Un principio de derecho es: norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisperitos y tribunales.

Legislativa y, como resulta evidente que para invocar esa jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, dicho cuerpo legislativo tuvo que tener a la vista esa jurisprudencia, es aún mas grave y hasta perverso que el legislador de la ciudad de México utilice de escudo al tribunal máximo de este país atribuyéndole lo que no ha dicho para buscar sustento en lo que vendrá a conformar el artículo 5o. transitorio del nuevo Código Penal para la ciudad de México.

En efecto, ¿cuál es la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal que refiere la Asamblea Legislativa? La Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo el sistema de contradicción de tesis,¹⁷ emitió una jurisprudencia en 2001, que se refiere al citado cuerpo legislativo y de la que, por su importancia para esta exposición, hago cita textual.¹⁸

ROBO. ARTÍCULO 371, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. LA NO INTEGRACIÓN DE ALGUNO DE SUS ELEMENTOS, SÓLO ORIGINA LA TRASLACIÓN DE TIPO AL BÁSICO Y NO LA ATIPICIDAD. Al margen de la clasificación doctrinaria que pudiera tener el delito establecido en el artículo 371, párrafo tercero, del Código Penal del Distrito Federal, es de considerarse que éste se constituye por el básico o fundamental de robo establecido en el artículo 367 del señalado ordenamiento, por tanto, la no integración de alguno de los elementos del tipo de que se trata, esto es, de la conducta establecida y sancionada en el mencionado párrafo del artículo 371, sólo genera una traslación de tipo al básico, no así la atipicidad, sin que ello pueda considerarse como una reclasificación, pues simplemente se trata de una cuestión de grado.

Contradicción de tesis 7/98. Entre las sustentadas por el Primero, Tercero y Cuarto Tribunales Colegiados en Materia Penal del Primer Circuito. 22 de noviembre de 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Tesis de jurisprudencia 5/2001. Aprobada por la primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión del 14 de febrero de 2001, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo,

17 Véanse los artículos 193 y 197 A de la Ley de Amparo.

18 En su origen el planteamiento que llegó al máximo tribunal provenía de los Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Penal Primero, Tercero y Cuarto de esta ciudad, sin embargo, se estimó que solamente el motivo de contradicción se daba por lo que correspondía al criterio sostenido en jurisprudencia por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito y el diverso también sostenido en jurisprudencia por el Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito. Lo anterior puede ser consultado de la lectura que se haga a la sentencia correspondiente cuya ponencia estuvo a cargo de la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas en la parte relativa a su considerando tercero, fojas 142-148.

Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Novena época, instancia: primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* t. XIII, abril de 2001, Tesis: 1a./J. 5/2001, p. 358.

Esto se origina de dos jurisprudencias contradictorias, una del Primer y otra del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. El primero, sosteniendo sobre el artículo 371 párrafo tercero¹⁹ que trata de un tipo complementado²⁰ y, el otro, que se trata de un tipo autónomo.²¹

19 El artículo 371 en su tercer párrafo del Código Penal vigente dice: Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la acechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa. También podrá aplicarse la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, hasta por un término igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta.

20 Las ejecutorias del Primer Tribunal Colegiado de Circuito a este respecto dieron lugar a la Tesis I.1o.P. J/8, que aparece publicada a foja 736, del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. VII, correspondiente a marzo de mil novecientos noventa y ocho, novena época, y que a la letra dice: ROBO. EL ARTÍCULO 371. PÁRRAFO TERCERO. DEL CÓDIGO PENAL NO CONTEMPLA UN TIPO PENAL ESPECIAL O AUTÓNOMO, SINO CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DEL DELITO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). El citado párrafo establece: “Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la acechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa. También podrá aplicarse la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, hasta por un término igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta”, agrega al tipo penal de robo genérico, la pluralidad de los sujetos intervinientes y los específicos medios comisivos que señala, conformando así un tipo penal complementado al que se asocia (sin importar el valor de robado) una punalidad agravada e independiente con respecto a la prevista para el delito de robo genérico. Sin embargo, esta autonomía no autoriza a considerar a dicho tipo penal como un nuevo tipo especial o autónomo, habida cuenta de que tal punibilidad no es parte integrante del tipo y sólo de los elementos de éste se puede o no derivar su autonomía con respecto a otro; por tanto, la relación excluyente entre la punibilidad del tipo básico de robo y la del tipo complementado en cuestión, únicamente demuestra la autonomía de estas punibilidades, pero no la de este último tipo penal. La anterior distinción es trascendente, pues si se considera que el referido tercer párrafo del artículo 371 prevé un tipo especial o autónomo, y por éste acusa el Ministerio Público, la no acreditación en sentencia de alguna de las circunstancias que contempla, llevaría a la conclusión de que se está en presencia de una conducta enteramente atípica y no de un robo genérico.

21 Las ejecutorias del Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito a este respecto dieron lugar a la Tesis I.4o.P. J/3, que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. VI, correspondiente a septiembre de mil novecientos noventa y siete, novena época, p. 614, que a la letra dice: ROBO. EL PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 371 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL PREVÉ UN TIPO ESPECIAL Y NO UNA CALIFICATIVA. El párrafo tercero del artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal, aplicable para toda la República en materia federal, prevé un tipo especial de robo y no una calificativa, ya que ésta requiere necesariamente de la existencia del tipo básico o fundamental, previsto por el numeral 367 del citado ordenamiento legal, en tanto que el primero adquiere autonomía y propia sustantividad, porque contiene todos sus elementos y punibilidad propia; es decir, el tipo especial excluye la aplicación del básico, mientras que la calificativa no solamente no lo excluye, sino que presupone su presencia, a la que se agrega como suplemento.

Tras el análisis del motivo de contradicción, el sentido de la resolución emitida por la Suprema Corte que se vierte en la jurisprudencia generada, así como en la sentencia que contiene la misma, es que independientemente de la clasificación que se adopte respecto del artículo 371 párrafo tercero del Código Penal, en el caso lo que existe es robo y que por tanto, se debe estar al tipo básico para sancionar sin que ello implique una reclasificación por ser una diferencia de grado. Por esta razón la Suprema Corte dijo que procedía la traslación de tipo al básico.²²

No cabe duda que el fondo de la citada resolución es del todo correcto, sin embargo me parece desafortunada la terminología que utiliza el máximo tribunal en la misma al hacer referencia a la traslación del tipo cuando ello no solo era absolutamente innecesario, sino que escapa de una buena técnica jurídica.²³

Sin embargo, importa destacar que, de fondo, la Suprema Corte de Justicia se pronuncia sobre el supuesto de un tipo básico frente a otro derivado del mismo (llámese calificado, cualificado, complementado, especial o autónomo),²⁴ y no sobre una apreciación genérica relativa a todos los delitos del ordenamiento punitivo, por tanto, criterio como el expuesto no aplica a supuestos en que esa relación no existe (por ejemplo: robo-homicidio, o extorsión-abuso de confianza, etcétera).

Nuestro máximo tribunal resolvió que de no reunirse sus elementos, como se está en presencia de un robo, lo que procede es sancionar por el tipo básico, señalando que ocurriendo esto hay una traslación del tipo no acreditado al básico, y esto que es “básico” no es un principio de derecho penal, sino la aplicación mas elemental del derecho penal material. Es claro entonces que, de la resolución y jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, contrariamente a lo que sostiene la Asamblea Legislativa, no se extrae que en todos los delitos en que no se reúnan los elementos típicos deba de aplicarse el que sí los reúna, pues habrá casos en los que, de no reunirse los elementos del tipo penal, le guste o no a la Asamblea Legislativa, la con-

22 La argumentación sostenida por el máximo tribunal del país puede ser vista en el Considerando Cuarto de la sentencia respectiva, que aparece a fojas 148 a 161 de la misma.

23 No era necesario que en su jurisprudencia nuestro máximo tribunal refiriera a eso de la traslación del tipo al básico lo cual además de no ser una terminología de cuño penal, era del todo innecesaria pues resulta evidente que ante la no acreditación del tipo complementado o cualificado o del llamado autónomo subsiste el tipo básico.

24 Cfr. al respecto una clara explicación en Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. *Derecho Penal. Parte general* (4a. ed., revisada y puesta al día, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000) pp. 291 y ss.

ducta carecerá de tipicidad y aunque todo quiera sancionar, en este caso no será posible, pues lo que no es delito no está conminado con pena.

Entonces resulta grave que la Asamblea Legislativa, con pretendido sustento en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia trascrita, pretenda justificar las reglas de aplicación de la ley penal que vierte en el artículo 5o. transitorio del proyecto de decreto del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, desde luego tergiversando el sentido de la resolución mencionada al ir mas allá de su alcance y elevando a la categoría de principio de derecho penal y, por tanto con la generalidad que ello implica, el que denomina como principio de traslación del tipo, para aplicar en ese contexto el nuevo ordenamiento punitivo para esta ciudad a los procedimientos penales pendientes de resolución al momento en que inicie su vigencia, como a la ejecución de penas y medidas de seguridad que también se estén cumpliendo cuando ello ocurra.²⁵

Pues bien, sobre esta base la Asamblea Legislativa estableció en el artículo 5o. transitorio del proyecto de decreto del nuevo Código penal las reglas por seguir en los referidos supuestos. El artículo 5o. transitorio establece:

A partir de la entrada en vigor de este decreto, para el caso en que este Código contemple una descripción legal de una conducta delictiva que en el anterior Código Penal del Distrito Federal se contemplaba como delito y por virtud de las presentes reformas, se denomina, penaliza o agrava de forma diversa, siempre y cuando la conductas y los hechos respondan a la descripción que ahora se establecen, se estará a lo siguiente:

I. En los procesos incoados, en los que aun no se formulen conclusiones acusatorias, el Ministerio Público las formulará de conformidad con la *traslación del tipo que resulte*.²⁶

Esto quiere decir que, si cuando entre en vigor el nuevo Código Penal no se hubieren formulado conclusiones acusatorias, el Ministerio Público

25 Esto con la salvedad que, el transitorio que se comenta capta únicamente aquellos supuestos en los cuales se está frente a figuras delictivas que en el nuevo Código Penal reciben denominación distinta de la que tienen en el aún vigente Código Penal de 1931, pero que mantiene igual estructura típica.

26 Cfr. Presentación del proyecto de decreto por la Asamblea Legislativa en su página 32, pues aquí la Asamblea Legislativa interpretó como sigue: En tal virtud, cuando entre en vigor el Código Penal, habrá múltiples causas penales en las que se encuentren sustanciando el proceso, sin que el Ministerio Público haya formulado sus conclusiones acusatorias; caso en el cual la parte acusadora estará en aptitud de acusar formalmente por la comisión del delito que resulte configurado de acuerdo con la nueva tipificación que se hace de algunas de esas conductas, *ajustándose así a lo dispuesto en la Ley de Amparo*. Las cursivas son mías.

está obligado a acusar, con base en el principio de traslación del tipo, por el delito que resulte configurado según la nueva tipificación de las conductas que se hace en el nuevo Código Penal, o sea, deberá acusar por la nueva denominación típica que hace en este Código Penal que entrará en vigor sin que para el cuerpo legislativo ello implique violación del artículo 160 de la Ley de Amparo, sino que más bien justifica ese proceder por considerar que se está en presencia del supuesto previsto en ese artículo.²⁷

De ello se extrae lo siguiente:

1) El contenido de este artículo transitorio no guarda ninguna relación con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación trascrita, que es la que invocó la Asamblea Legislativa para buscar fundamento en este precepto.²⁸

2) Este transitorio únicamente regula el supuesto en que, el nuevo Código Penal contemple como delito una conducta sí contemplada en el Código Penal de 1931, pues la referencia a la traslación del tipo aquí no quiere decir más que, de ser coincidentes ambas estructuras típicas teniendo en el nuevo ordenamiento penal distinta denominación, pero desde luego, debe acusarse por esta última.²⁹

3) Este transitorio no regula el supuesto en el que, no obstante que en el nuevo Código Penal se mantenga como delito una conducta que también lo es en el Código Penal que se abroga, mantenga la misma denominación, entendiéndose en todo caso que ambas mantienen igual estructura típica.³⁰

4) La Asamblea Legislativa confunde la traslación del tipo con el cambio de calificación, clasificación o reclasificación de los hechos delictivos, pues considera en forma por demás equivocada que, acusar por la nueva denominación típica es actuar bajo la hipótesis del artículo 160 de la Ley de Amparo. Así se tiene que la obligación del Ministerio Público de acusar por la nueva denominación típica en aquellos supuestos en los que el hecho cometido se corresponda con otro delito, impedirá su cambio de clasifica-

27 Es de destacarse que en la interpretación de la Asamblea Legislativa cuando refiere a este respecto a la Ley de Amparo alude al artículo 160 que señala, tratándose de amparo directo, que no se consideran violadas las leyes del procedimiento para efectos de reposición cuando el Ministerio Público formula acusación por delito diverso, siempre que sean los mismos hechos, pero se cambia la clasificación del delito hecha en la formal prisión.

28 Esto es así pues este transitorio se refiere a cualquier delito que previsto en el Código Penal de 1931, cambie en el nuevo Código Penal de denominación, desde luego manteniendo su misma estructura típica y no a aquellos casos en que exista un tipo básico y otro derivado del mismo.

29 Un ejemplo de ello sería el delito de calumnia previsto en el artículo 356 fracción III, cuya descripción puede quedar hoy comprendida en el nuevo delito denominado como simulación de pruebas previsto en el artículo 318 del nuevo Código Penal.

30 Este supuesto debe ser tratado bajo las reglas generales en aplicación del artículo 14 constitucional en su párrafo primero.

ción en los casos en que fuere lo procedente generando así la propia ley impunidad.³¹

5) Como el Ministerio Público se obliga a acusar por la nueva denominación típica y dado que se confunde la llamada traslación del tipo con el cambio de calificación, clasificación o reclasificación de los hechos delictivos al sostener que se está en presencia de lo mismo, no se está en el supuesto de revisión por el procurador de justicia del Distrito Federal de las conclusiones acusatorias así formuladas, pues ocurre aquí que sólo se acusa por el mismo delito pero denominado de diferente manera.

6) A la vez, como el Ministerio Público está obligado a acusar por la nueva denominación típica, si esta se sanciona de manera más severa que en el Código Penal que abroga, la propia ley propicia que se aplique el nuevo ordenamiento penal de manera retroactiva en perjuicio, con violación del párrafo primero del artículo 14 constitucional.

En la fracción II del transitorio que se analiza se dice: “En los procesos pendientes de dictarse sentencia en primera y segunda instancia, el juez o el tribunal, respectivamente *podrán efectuar la traslación del tipo de conformidad con la conducta que se haya probado y sus modalidades*”.³² Aquí, el Ministerio Público ya ha formulado conclusiones acusatorias. No obstante, habrá que considerar que, a pesar de que la fracción I del artículo 5o. transitorio sólo se refiere al supuesto de traslación del tipo por cambio de denominación jurídica, ello no implica que las conclusiones formuladas no puedan serlo en otro sentido, pues fuera de ese supuesto el Ministerio Público acusará quizá por el delito que mantenga incluso su misma denominación en el nuevo Código Penal o tal vez, cuando no se

31 Así por ejemplo si se ha dictado auto de formal prisión por delito de calumnia al poner cosa o prueba para hacer aparecer al sujeto como inculpado y, llegadas las conclusiones acusatorias el Ministerio Público por mandato de la fracción I del artículo 5o. transitorio acusa por delito de simulación de pruebas que es su nueva denominación, pues a ello está obligado, no podrá cambiar la calificación jurídica del hecho a ese momento si se encuentra con que el delito cometido en realidad es otro, como por ejemplo, el de difamación. La Asamblea Legislativa confunde entonces la traslación del tipo que implica estar frente a los mismos hechos delictivos, que mantiene igual estructura típica pero que en el nuevo Código Penal cambian de denominación (por ejemplo calumnia y simulación de pruebas), con estar frente a los mismos hechos delictivos pero con diferente estructura típica que es el supuesto del cambio de calificación, clasificación o reclasificación de hechos delictivos al que refiere el artículo 160 de la Ley de Amparo (por ejemplo difamación-calumnia).

32 *Cfr.* Presentación del proyecto de decreto por la Asamblea Legislativa, p. 32, pues aquí la Asamblea Legislativa interpretó diciendo: “Asimismo habrá asuntos en los ya se hubiesen presentado los escritos de conclusiones acusatorias conforme a la anterior tipificación y estén pendientes de dictarse las sentencias de primera o segunda instancia; sin embargo, de acuerdo con el principio de traslación del tipo, los jueces o tribunales *podrán reubicar las conductas de acuerdo con los tipos penales que resulten satisfechos, incluyendo las modalidades que resulten operantes*”. Las cursivas son mías.

esté frente a un cambio de denominación de los hechos delictivos, proceda a acusar reclasificando los hechos delictivos, por todo ello, nos encontraremos frente a diversos supuestos:

- 1) Que al formular conclusiones acusatorias cambie, como le obliga esta reforma, la denominación del delito a la del nuevo Código Penal.
- 2) Que al acusar, cambie la calificación jurídica de los hechos materia del formal procesamiento.
- 3) Que acuse por el delito materia del formal procesamiento.

Sea cual fuere el caso, la acción penal ejercitada se ha concretado en este momento, y será sólo con base en la acusación así formulada como el órgano jurisdiccional pueda dictar sentencia, pues de lo contrario rebasaría la acusación, violentando el artículo 21 constitucional.

De lo expuesto se tiene que:

1. Nuevamente no se corresponde con lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sentencia que resolvió la contradicción de tesis aludida, por supuesto, tampoco con la jurisprudencia que de la misma se originó.
2. Se autoriza aquí al juez a trasladar el tipo al que esté efectivamente probado, que puede no serlo por el que acusó el Ministerio Público, con ello se permite que la acusación ministerial sea rebasada y lo sea, además, para ser corregida en demérito del inculpado. Y, como se puede sancionar por el delito probado sea el que fuere sin importar la acusación ministerial, igual se prevé que esto pueda incluir las modalidades y, en ellas, hasta agravantes.
3. De la misma forma se autoriza a la alzada a trasladar el tipo al efectivamente probado, el cual, se insiste, no necesariamente puede corresponderse con el que fue materia de acusación. Así se tiene que, primero viene la acusación del Ministerio Público con la nueva denominación a la que se obliga a acusar (que como ya señalé puede ser mas gravosa y por tanto en perjuicio); después el juez la cambia al delito probado en su opinión rebasando de esta manera la acusación y, después, la alzada corrige a ambos por el delito que ella estime fue el que se probó y que puede no coincidir ni con el criterio del Ministerio Público, con el del juez, condenado incluso con todo y modalidades.

¿Y qué decir de esa facultad de corregir la acusación por parte del tribunal de alzada, que puede pasar incluso por encima de una previa corrección hecha por el juez de instancia al sentenciar? El problema aquí es mayor. La alzada podrá pasar no sólo sobre la acusación ministerial, sino, incluso por la corrección de la misma hecha por el juzgador que sentenció, sin que para ello necesite nada más que el deseo de hacerlo, pues a esto le autoriza la norma en estudio.

Tan absurdo llega a ser lo aquí previsto, que se vislumbra el caso en que, el Ministerio Público tras errar en su acusación y no siendo ésta corregida por el juzgador, podría apelar la sentencia que absuelve o condena por delito que en verdad no se corresponde con el probado, así iría a la Sala Penal y fundado en este transitorio le podría pedir que lo corrigiera para evitar impunidad y, siendo que al ley así lo autoriza y como ese órgano jurisdiccional sólo es tribunal de legalidad, válidamente y sin responsabilidad alguna podría revocar o modificar según sea el caso la sentencia dictada en primera instancia y dictar una nueva por el delito realmente probado y, como esto para la Asamblea Legislativa se ajusta incluso al artículo 160 de la Ley de Amparo, pues lo estima correcto, a pesar de que en ello la violación de los más elementales derechos del inculpado sea patente.³³

Pero aún mas, ¿qué pasa en los casos en que a la entrada en vigor de este Código nuevo se estén cumpliendo, como así estará ocurriendo, penas o medidas de seguridad?

En la fracción III del transitorio que analizo se dice: “La autoridad ejecutora al aplicar alguna modalidad de beneficio para el sentenciado, considerará las penas que se hayan impuesto, *en función de la traslación del tipo*, según las modalidades correspondientes”.³⁴

33 Se vislumbra aquí un claro problema de inconstitucionalidad de ley como de su acto de aplicación, del que correspondería pronunciarse a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la cual se ha atribuido malamente llegar a estas consecuencias por eso del denominado principio de traslación del tipo. No cabe duda no podría expresarse aquí de otra manera que no fuera declarando la inconstitucionalidad del precepto referido y, la consecuencia de ello sería quizá lo que se ha querido evitar, es decir, la impunidad.

34 Cfr. Presentación del proyecto de decreto por la Asamblea Legislativa en su página 32, pues aquí la Asamblea legislativa interpretó diciendo: “En observancia de ese mismo principio (traslación del tipo) la autoridad ejecutora, cuando se esté en presencia de sentencias que hayan causado ejecutoria conforme a las reglas procesales correspondientes, habrán de efectuar las reducciones de las sanciones de conformidad con la *reubicación típica que previamente se efectúe respecto de las descripciones penales que resulten atendibles, incluyendo sus modalidades*”.

De esta fracción del artículo transitorio 5o. se tiene que, como la autoridad ejecutora debe reducir las penas de conformidad con la reubicación típica que previamente se lleve a cabo, o sea con la traslación del tipo que primero se efectúe, y como esa traslación del tipo no puede efectuarla la ejecutora pues ello implicaría modificar la sentencia condenatoria previamente dictada ya que, como señala esta fracción del artículo transitorio “se requiere que la reubicación típica se lleve a cabo primero”, ocurre aquí entonces que el legislador propone desenterrar las sentencias ya dictadas y que son cosa juzgada, para volver sobre las mismas y modificarlas en afán de reubicar el delito a su nueva denominación para que la autoridad ejecutora pueda reducir penas impuestas conforme a esa previa reubicación.

Sin embargo, tal reubicación o traslación del tipo al de su nueva denominación es jurídicamente de imposible realización pues estando ya la sentencia dictada, esto es, existiendo cosa juzgada, ni siquiera el órgano jurisdiccional podrá volver sobre la misma para llevar a cabo aquello que el transitorio pide, y, por tanto, no será posible llevar a cabo esa reducción de penas que se encomienda a la autoridad ejecutora, dejando en aquellos casos en que el nuevo Código Penal tenga delitos con nueva denominación que prevean condiciones más favorables al reo sin que sea factible su aplicación retroactiva en beneficio, originándose así una nueva violación del artículo 14 constitucional en su primer párrafo.³⁵

Fuera de los supuestos que se contemplan en el artículo 5o. transitorio,³⁶ se debe estar a las reglas generales reguladoras del ámbito de validez temporal de la ley penal nueva respecto de la que se abroga, siendo estos supuestos los siguientes:

1. El nuevo Código Penal para el Distrito Federal crea nuevos delitos, aplicará el principio de irretroactividad de la ley penal.³⁷

35 Esto no podrá ser resuelto sin haber agotado previamente juicio de amparo directo por cuestión de inconstitucionalidad de ley como de su acto de aplicación, pues la norma en cuestión impide que se aplique retroactivamente en beneficio la nueva ley en delitos que tan sólo cambiaron de denominación pero que establecen condiciones más favorables, si no es que antes el Poder Judicial, no reubica las conductas, es decir, si es que primero el órgano judicial no traslada el tipo al de su nueva denominación lo cual está imposibilitado a realizar pues se violaría la cantidad de la cosa juzgada.

36 Como se ha visto el artículo quinto transitorio sólo regula los casos en que el nuevo Código Penal cambia la denominación sin que ello implique que cambie la estructura típica, de algunos delitos previstos en el Código Penal de 1931, que es a lo que se refiere con traslación del tipo, por lo que en ese transitorio ni en ningún otro se da solución a supuestos distintos de éste, por lo que hay que atenerse a las reglas generales.

37 Artículo 14 constitucional primer párrafo.

2. El nuevo Código Penal para el Distrito Federal despenaliza conductas del vigente Código Penal, deberá aplicarse aquél en forma retroactiva en beneficio.³⁸
3. El nuevo Código Penal para el Distrito Federal mantiene la misma descripción típica con igual denominación, en el mismo o distinto capítulo, con el mismo o diferente número de artículo, pero en forma más beneficiosa, como por ejemplo con menor pena: se aplicará retroactivamente en beneficio el nuevo Código Penal.³⁹
4. El nuevo Código Penal para el Distrito Federal mantiene la misma descripción típica con igual denominación, en el mismo o distinto capítulo, con el mismo o diferente número de artículo, pero manteniendo las mismas penas: se aplicará el nuevo Código Penal.⁴⁰
5. El nuevo Código Penal para el Distrito Federal mantiene la misma descripción típica con igual denominación, en el mismo o distinto capítulo, con el mismo o diferente número de artículo, pero en forma más severa o gravosa como por ejemplo, con mayor pena: se aplicará la disposición contenida en el Código Penal hoy vigente a pesar que se declare su abrogación en el nuevo Código penal por razón de elemental justicia y seguridad jurídica. Lo que la doctrina recoge con el nombre de ley penal ultractiva o aplicación ultractiva de la ley penal.⁴¹
6. Si en el nuevo Código Penal se establecen penas por un lado más graves que el anterior y a la vez otras menos graves y, si en el Código Penal vigente ocurre lo mismo, siempre y cuando se esté frente al mismo delito, entendiendo éste en cuanto a la misma estructura típica, no podrán aplicarse lo más beneficiosos de ambas leyes, pues ello conllevaría a crear una tercera ley: un acto legislativo vedado al aplicador de la ley penal. Corresponderá aquí al juzgador penal resolver considerando las circunstancias personales del incul-

38 *Idem*, aplicado retroactivamente en beneficio.

39 *Idem*.

40 Dado que el Código Penal de 1931 se abroga y el nuevo Código Penal, tras mantener la misma estructura típica en estos casos, no altera la punibilidad, ni alguna otra circunstancia que permita considerar que el delito sea más grave.

41 Sobre la ultractividad de la ley penal véanse Soler, Sebastián, *Tratado de derecho penal*, 8a. reimp., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1978, t. I, pp. 186 y ss. Jiménez De Asa, Luis, *Tratado de derecho penal*. Filosofía y Ley Pena, Losada, Buenos Aires, 1964, t. II, pp. 617 y ss. Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano, introducción al estudio de las figuras típicas*, 3a. ed., México, Porrúa, 1980, t. I, pp. 50 y ss.

pado y, en justicia, con su audiencia, cuál será la ley más benéfica al caso que deberá de aplicar.⁴²

Por último, no debe caerse en el error de considerar que, porque la denominación típica cambie en el nuevo Código Penal, los delitos respecto a los cuales ello ocurra y que se contemplan hoy día en el Código Penal de 1931, por tal motivo sufran derogación. Esto no es así, pues lo único que deroga el tipo es la nueva ley cuando expresa o tácitamente produzca su derogación, y ello solo puede ocurrir cuando la nueva descripción típica no mantiene los mismos elementos que la anterior respecto de la cual ha cambiado su denominación.

Espero que en la próxima sesión extraordinaria de la Asamblea Legislativa, uno de los temas que se traten para su modificación y además que se traten debidamente, sea este de los artículos transitorios, de lo contrario se incurrirá en graves injusticias y en violaciones severas a la Constitución.

42 Así por ejemplo, en caso del delito de encubrimiento por receptación cuando se trate de un monto no superior a quinientas veces el salario mínimo, el artículo 400 fracción I del Código Penal de 1931 lo sanciona con una pena de prisión de tres meses a tres años y multa de quince a sesenta días multa, mientras que el nuevo Código Penal, bajo esta hipótesis según el artículo 243, sanciona con pena de prisión de tres meses a dos años y multa de treinta a ciento veinte días multa. Se observa cómo el Código Penal de 1931 sanciona con menos multa pero más pena corporal, mientras que el nuevo ordenamiento lo hace con más multa pero menos pena corporal, no se podrá entonces aplicar lo más benéfico de ambas normas pues ello implicaría una *lex tertia*, o sea legislar, lo que está vedado al juzgador.