Precedente (Sentencia)

Registro digital: 20660

Asunto: CONTRADICCIÓN DE TESIS 36/2007-PS.

Novena Época

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, Enero de 2008, página 68

Instancia: Primera Sala

CONCURSO APARENTE DE TIPOS PENALES. EL ESTUDIO SOBRE SU OPERATIVIDAD, PUEDE REALIZARSE TANTO EN EL AUTO DE PROCESAMIENTO COMO EN LA SENTENCIA DEFINITIVA.

CONTRADICCIÓN DE TESIS 36/2007-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO Y EL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SEGUNDO CIRCUITO.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es competente para conocer y resolver sobre la presente denuncia de contradicción de tesis, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 107, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 197-A de la Ley de Amparo; y 21, fracción VIII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; así como en los puntos segundo y cuarto del Acuerdo Plenario 5/2001, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintinueve de junio de dos mil uno; por tratarse de una contradicción suscitada entre criterios de Tribunales Colegiados de Circuito, en asuntos que son de naturaleza penal de la exclusiva competencia de esta Sala.

SEGUNDO. La presente denuncia de contradicción de tesis proviene de parte legítima, en virtud de que fue formulada por el Magistrado presidente del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, que es uno de los órganos colegiados entre los que se suscitó la probable contradicción de tesis, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 107, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 197-A de la Ley de Amparo y 21, fracción VIII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

TERCERO. Las consideraciones de las ejecutorias pronunciadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, que dieron origen a la denuncia de contradicción, son las siguientes:

A) El Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, al resolver el doce de diciembre de dos mil, el amparo en revisión penal 209/2000, sostuvo, en la parte que interesa, lo siguiente:

"... Ahora bien, en lo que respecta a los motivos de inconformidad relativos a la incompatibilidad de las normas que rigen el delito de robo calificado, con las que rigen el delito de asalto, el mismo deviene del todo inoperante según se explicará a continuación. Es necesario determinar que el concurso de normas incompatibles entre sí, entraña tres aspectos: 1. La existencia de por lo menos dos disposiciones legales; 2. Que esas disposiciones sean coetáneamente aplicables al mismo hecho o materia; y 3. Que el aplicador de la ley deba escoger alguna de las disposiciones legales antes referidas para aplicarla, y sacrificar las demás, aunque también sean aplicables. Para

dilucidar en qué momento dicho sujeto aplicador ha de encargarse de determinar si en el caso sometido a su potestad opera o no tal concurrencia normativa, hay que considerar la naturaleza jurídica del ámbito en el que debe hacerse el pronunciamiento respectivo. El procedimiento penal se compone por una pluralidad de etapas sucesivas cuya finalidad última es el encuentro de la verdad histórica, mediante la determinación del acreditamiento de los elementos del tipo y la correlativa responsabilidad del encausado. En el proceso se distinguen dos resoluciones de suma importancia que reflejan el principio de congruencia consagrado como garantía individual en el artículo 19 constitucional: El auto de formal prisión y la sentencia. La primera tiene como razón de ser el establecer el delito por el cual se ha de seguir la causa, mientras que la segunda posee como razón el determinar en definitiva la existencia de un delito, la responsabilidad de su autor y, en su caso, la aplicación de la pena. La primera constituye una verdad relativa, pues desde el punto de vista probatorio sólo se alimenta de lo que al respecto haya arrojado la averiguación previa, y en su caso, de las probanzas desahogadas dentro del término constitucional, amén de que para su dictado basta con que se acredite el cuerpo del delito y se cuente con indicios en ocasión de la participación probable del consignado; en tanto que la segunda entraña una verdad histórica definitiva que se apoya en todas y cada una de las pruebas desahogadas a lo largo de la secuela procesal, al tiempo en que el análisis que de ellas ha de hacer el juzgador estará encaminado a determinar la plenitud probatoria de los elementos del tipo y de la responsabilidad penal. Ahora bien, cuando el ámbito en el que se impone precisar la operatividad del concurso aparente de normas estriba en un procedimiento penal, y dicha concurrencia incide en el acreditamiento de la existencia del delito (como acontece cuando se pretende la subsunción del delito de asalto en el diverso de robo con violencia), el juzgador válidamente no puede, por lógica jurídica, pronunciarse sobre el particular apoyado exclusivamente en una verdad relativa, como la ofrecida por un auto de formal prisión, donde se maneja la expresión ‘cuerpo del delito’ y la diversa de ‘probable responsable’, sobre todo si se considera que mediante él se precisa la materia del proceso y se marca el punto de arranque para el encuentro de la verdad histórica; y aceptablemente sí puede, dicho juzgador, encargarse de establecer la operatividad en comento en base a esta última verdad, fincada ya en una plenitud probatoria, propia de la sentencia definitiva, en la que el empleo de las dos expresiones en cita se sustituyen con las diversas de ‘elementos del tipo’ y ‘responsabilidad’, para dar un firme soporte a la resolución que, en su caso, habrá de producir un acto de privación en perjuicio del encausado. En suma, el momento procesal oportuno para que el juzgador se pronuncie, dentro de un procedimiento penal en torno al concurso aparente de tipos, es precisamente al dictar sentencia, porque ofrece la verdad histórica definitiva de los hechos sometidos a su potestad. Y es que si, como se ha dicho, el segundo aspecto indispensable para la configuración del concurso incompatible de leyes consiste en que las disposiciones concurrentes sean aplicables coetáneamente al mismo hecho o materia, debe convenirse en que cuando ese conflicto normativo se genera en un procedimiento judicial de índole penal, cuya sustanciación tiene como base fundamental la prueba de los hechos delictuosos, es requisito sine qua non, para determinar la aplicabilidad de las disposiciones convergentes, que los hechos concretos objeto de regulación de éstas, se encuentren plenamente probados y no simplemente presumidos. Lo anterior se corrobora al tomar en cuenta que la prohibición para recalificar un delito, obedece esencialmente en evitar que una misma conducta delictiva, al considerarse bajo dos o más perspectivas normativas, sea sancionada pluralmente conforme al número de disposiciones legales que concurran. De manera que si es hasta la sentencia en que el juzgador ha de definir lo relativo a la imposición de la pena, es en tal resolución donde debe abordar el estudio del concurso incompatible de leyes. En base a lo antes expuesto, es que se tornan inoperantes los motivos de inconformidad en que se aborda el tema relativo a la incompatibilidad de las normas que rigen el ilícito penal de robo calificado, con las que rigen el delito de asalto."

El Tribunal Colegiado de referencia, similares consideraciones sostuvo al resolver el amparo en revisión penal 263/2004, el veinticinco de octubre de dos mil cuatro.

El criterio transcrito, originó la emisión de la tesis que es del tenor siguiente:

"Novena Época
"Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
"Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
"Tomo: XIII, mayo de 2001
"Tesis: XXII.2o.8 P
"Página: 1106

"CONCURSO APARENTE DE TIPOS. SU ESTUDIO ES PROPIO DE LA SENTENCIA Y NO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN. El concurso de normas incompatibles entre sí, entraña tres aspectos: 1. La existencia de por lo menos dos disposiciones legales; 2. Que esas disposiciones sean coetáneamente aplicables al mismo hecho o materia; y 3. Que el aplicador de la ley deba escoger alguna de las disposiciones legales antes referidas para aplicarla, y sacrificar las demás, aunque también sean aplicables. Para dilucidar en qué momento dicho sujeto aplicador ha de encargarse de determinar si en el caso sometido a su potestad opera o no tal concurrencia normativa, hay que considerar la naturaleza jurídica del ámbito en el que debe hacerse el pronunciamiento respectivo. El procedimiento penal se compone por una pluralidad de etapas sucesivas cuya finalidad última es el encuentro de la verdad histórica, mediante la determinación del acreditamiento de los elementos del tipo y la correlativa responsabilidad del encausado. En el proceso se distinguen dos resoluciones de suma importancia que reflejan el principio de congruencia consagrado como garantía individual en el artículo 19 constitucional: El auto de formal prisión y la sentencia. La primera tiene como razón de ser el establecer el delito por el cual se ha de seguir la causa, mientras que la segunda posee como razón el determinar en definitiva la existencia de un delito, la responsabilidad de su autor y, en su caso, la aplicación de la pena. La primera constituye una verdad relativa, pues desde el punto de vista probatorio sólo se alimenta de lo que al respecto haya arrojado la averiguación previa y, en su caso, de las probanzas desahogadas dentro del término constitucional, amén de que para su dictado basta con que se acredite el cuerpo del delito y se cuente con indicios en ocasión de la participación probable del consignado; en tanto que la segunda entraña una verdad histórica definitiva que se apoya en todas y cada una de las pruebas desahogadas a lo largo de la secuela procesal, al tiempo en que el análisis que de ellas ha de hacer el juzgador estará encaminado a determinar la plenitud probatoria de los elementos del tipo y de la responsabilidad penal. Ahora bien, cuando el ámbito en el que se impone precisar la operatividad del concurso aparente de normas estriba en un procedimiento penal, y dicha concurrencia incide en el acreditamiento de la existencia del delito (como acontece cuando se pretende la subsunción del delito de asalto en el diverso de robo con violencia), el juzgador válidamente no puede, por lógica jurídica, pronunciarse sobre el particular apoyado exclusivamente en una verdad relativa, como la ofrecida por un auto de formal prisión, donde se maneja la expresión ‘cuerpo del delito’ y la diversa de ‘probable responsable’, sobre todo si se considera que mediante él se precisa la materia del proceso y se marca el punto de arranque para el encuentro de la verdad histórica; y aceptablemente sí puede, dicho juzgador, encargarse de establecer la operatividad en comento en base a esta última verdad, fincada ya en una plenitud probatoria, propia de la sentencia definitiva, en la que el empleo de las dos expresiones en cita se sustituyen con las diversas de ‘elementos del tipo’ y ‘responsabilidad’, para dar un firme soporte a la resolución que, en su caso, habrá de producir un acto de privación en perjuicio del encausado. En suma, el momento procesal oportuno para que el juzgador se pronuncie, dentro de un procedimiento penal en torno al concurso aparente de tipos, es precisamente al dictar sentencia, porque ofrece la verdad histórica definitiva de los hechos sometidos a su potestad. Y es que si, como se ha dicho, el segundo aspecto indispensable para la configuración del concurso incompatible de leyes consiste en que las disposiciones concurrentes sean aplicables coetáneamente al mismo hecho o materia, debe convenirse en que cuando ese conflicto normativo se genera en un procedimiento judicial de índole penal, cuya sustanciación tiene como base fundamental la prueba de los hechos delictuosos, es requisito sine qua non, para

determinar la aplicabilidad de las disposiciones convergentes, que los hechos concretos objeto de regulación de éstas, se encuentren plenamente probados y no simplemente presumidos. Lo anterior se corrobora al tomar en cuenta que la prohibición para recalificar un delito, obedece esencialmente en evitar que una misma conducta delictiva, al considerarse bajo dos o más perspectivas normativas, sea sancionada pluralmente conforme al número de disposiciones legales que concurran. De manera que si es hasta la sentencia en que el juzgador ha de definir lo relativo a la imposición de la pena, es en tal resolución donde debe abordar el estudio del concurso incompatible de leyes.

"Amparo en revisión 209/2000. 12 de diciembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Hanz Eduardo López Muñoz. Secretaria: Araceli Cuéllar Avendaño."

B) El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, al resolver el veintitrés de febrero de dos mil siete, la revisión principal 318/2006, sostuvo, en la parte que interesa, lo siguiente:

"SEXTO. En cambio, en suplencia de la queja deficiente, al tenor del numeral 76 Bis, fracción II, de la Ley de Amparo, son fundados los conceptos de violación, en cuanto a que no se le debió decretar formal prisión respecto del delito de lesiones, previsto en el numeral 206 en relación con el 219, fracción I, incisos c) y e), así como fracción VII, del Código Penal para el Estado de Jalisco, dado que se subsume al diverso de robo calificado, tal como enseguida se explicará. Para una mejor comprensión de lo anterior, conviene señalar que la subsunción es una figura jurídica relacionada con lo que la doctrina ha denominado ‘concurso aparente de leyes’ o ‘concurso aparente de normas’, que se diferencia del concurso ideal de delitos, en que en este último sí existe un encuadramiento múltiple de dos o más ilícitos, cometidos con una sola conducta, mientras que en el conflicto aparente de dispositivos penales, al existir una sola infracción penal y una sola lesión jurídica, únicamente se trata de decidir cuál norma es la realmente aplicable, con exclusión de las demás, lo que constituye propiamente, la subsunción de tipos penales. Para dilucidar las cuestiones relativas al concurso aparente de normas, la legislación penal recurre, entre otros, a los principios de ‘especialidad’ y ‘consunción’. El principio de especialidad, postula que en el caso de que una misma materia sea regulada por diversas leyes o disposiciones legales, la ley o disposición especiales serán las aplicables. Se dice que dos leyes o normas se hallan en relación de general y especial, cuando los requisitos del tipo general están contenidos en el especial, en el que figuran además otras condiciones en virtud de las cuales la norma especial tiene preferencia sobre la general en su aplicación. Las dos disposiciones en conflicto pueden ser integrantes de la misma ley o de leyes distintas, pueden haber sido promulgadas al mismo tiempo o en épocas distintas, y en este último caso puede ser posterior tanto la norma general como la especial, pero lo trascendente es que ambas estén vigentes contemporáneamente en el instante de cometerse la conducta cuya correcta tipificación se trata de desentrañar. Por otra parte, el principio de consunción o absorción, establece que la norma de más amplio alcance debe absorber a la de menor alcance, porque aquélla incluye o consume el desvalor que supone la de menor alcance. Es decir que, para que opere la subsunción por consunción o absorción, se requiere que los medios comisivos exigidos en un tipo penal (el de mayor amplitud), correspondan a alguna otra figura delictiva autónoma (la de menor amplitud); así, por ejemplo, en el caso del delito de robo, cometido con la calificativa conocida como ‘fractura’, al ilícito en comento se subsumen los delitos autónomos de daños en las cosas y allanamiento de morada, puesto que los elementos materiales de tales delitos constituyeron los medios comisivos para efectuar el robo. Por la misma razón, en el presente caso, al delito de robo, se subsume el delito autónomo de lesiones, dado que dicha conducta integra la calificativa de violencia en las personas del propio delito de robo. Existe consunción cuando una conducta absorbe a la otra, porque los valores que contienen no son equivalentes como en la alternatividad, ni auxiliar una de otra como en la subsidiariedad, sino superior el de una de ellas, cuya superioridad es tan clara que al aplicar el artículo absorbente se realiza de modo completo por la mayor importancia del

tipo y de la pena, la misión sancionadora que se efectúa en nombre de las dos disposiciones: la que consume y la consumida. La mayor amplitud de la ley o de la disposición legal puede derivar del bien jurídico tutelado, el que comprende también el protegido por la otra ley, o de la naturaleza de los medios adoptados o de los efectos producidos, o bien de que aquélla asuma como elemento constitutivo o circunstancia calificativa del hecho previsto por la otra ley. Además, tanto la subsidiariedad como la consunción, para su actualización, se caracterizan de lo siguiente: (se transcribe). De lo expuesto con anterioridad, deviene claro que en el caso que nos ocupa, la conducta atribuida al quejoso consistente en causar el menoscabo en la salud de los ofendidos, al darles a ingerir las sustancias que previamente había preparado para producirles sueño (Rivotril y Lexotan), lo que realizó para lograr el apoderamiento de bienes que le eran ajenos, conforme a los criterios de especialidad y consunción, constituye la figura típica de robo, con la calificativa de violencia en las personas, prevista en la fracción XI del artículo 236 del Código Penal para el Estado de Jalisco, que dice: (transcribe), a la que se subsume la figura típica de lesiones, prevista por el diverso artículo 206 en relación con el 219, fracción I, incisos c) y e), y fracción VII del ordenamiento legal en cita, que señala: (transcribe); toda vez que el tipo penal mencionado en primer término, es especial en relación al segundo, pues en él se establecen otras condiciones adicionales a las requeridas por la figura típica de lesiones, pues para que este delito se integre, sólo se requiere que se cause un menoscabo en la salud de una persona, que se realice con premeditación, ventaja, alevosía o traición, mediante el uso de psicotrópicos; en cambio, el tipo penal de robo con la calificativa de violencia en las personas, puede configurarse con los mismos elementos materiales anteriores, pero además requiere que se ocasione dicho menoscabo en la salud del pasivo, pero para lograr el apoderamiento ilícito del bien mueble ajeno; esa especificidad hace especial al tipo penal de robo con la calificativa de violencia en las personas, sobre el de lesiones, por lo que en esa virtud, conforme al principio de especialidad, tiene preferencia en su aplicación. Por tanto, si se aplica el principio de consunción, se surten los presupuestos lógicos jurídicos para que opere la subsunción del delito de lesiones en el de robo con la calificativa de violencia en las personas, puesto que si el quejoso para lograr su propósito delictivo de apoderamiento, ejerció violencia en la persona de los ofendidos al darles a beber líquidos que de antemano había preparado con Rivotril y Lexotan para producirles sueño y lograr el apoderamiento de sus bienes, pero a consecuencia de la ingesta de esas sustancias, les ocasionó un menoscabo en su salud (la intoxicación), entonces, con el medio comisivo para realizar el apoderamiento que se le reprocha, actualizó la figura típica de lesiones, por lo que en esa tesitura, el tipo penal de menor amplitud, es el de lesiones, por ser un delito autónomo que contempla el medio comisivo para integrar el de robo con la calificativa de violencia en las cosas, que resulta ser el de mayor amplitud, y que por ende, consume o absorbe al diverso delito al que se ha hecho referencia. Al respecto, resulta exactamente aplicable, la tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 9, Volúmenes 187-192, Segunda Parte del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, que enseguida se transcribe: ‘ABSORCIÓN O CONSUNCIÓN, APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE. ROBO CON VIOLENCIA Y LESIONES.’ (se transcribe). También tiene aplicación la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 31, Tomo 49, Segunda Parte, del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, que dice: ‘ROBO CON VIOLENCIA CUANDO ÉSTA CONSTITUYE OTRO DELITO.’ (se transcribe). En relación con lo que se afirma, este Tribunal emitió la tesis que se encuentra publicada en la página 1908, Tomo XXIII, febrero de 2006, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que dice: ‘ROBO CON VIOLENCIA Y LESIONES. SE SUBSUME EL SEGUNDO DELITO EN EL PRIMERO CUANDO LA CONDUCTA CONSTITUTIVA DE ESTE ÚLTIMO REPRESENTA EL MEDIO COMISIVO PARA LOGRAR EL APODERAMIENTO VIOLENTO DEL BIEN SIN IMPORTAR LA FUERZA MATERIAL EMPLEADA PARA ELLO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).’ (se transcribe). Por otro lado, no escapa a la consideración de este tribunal, la existencia de la tesis que sustentó el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, en la cual se apoyó el Juez de amparo para declarar infundados los conceptos de violación que al respecto esgrimió el quejoso, visible en la página 1106, del Tomo XIII, mayo de 2001, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,

Novena Época, que lleva la voz: ‘CONCURSO APARENTE DE TIPOS. SU ESTUDIO ES PROPIO DE LA SENTENCIA Y NO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN.’ (se transcribe). El anterior criterio, el que no obliga a este Tribunal Colegiado por no constituir aún jurisprudencia, se contrapone con lo que se sustenta en esta sentencia, dado que el tribunal que lo sustentó sostiene que el Juez del proceso, en el auto de formal prisión no puede pronunciarse respecto de la operatividad del concurso aparente de normas, aunque dicha concurrencia incida en el acreditamiento de la existencia del delito, puesto que el auto de plazo constituye el punto de arranque para el encuentro de la verdad histórica, por lo que podrá decidirse en torno a ello, con base en la última verdad fincada en una plenitud probatoria, propia de la sentencia definitiva, para dar un firme soporte a la resolución que, en su caso, habrá de producir un acto de privación en perjuicio del inculpado; mientras que este órgano colegiado considera que el juzgador sí debe analizarlo en el auto de formal prisión, para dar al inculpado certeza jurídica del proceso que se le habrá de seguir, en virtud de que sobre dicho auto de plazo se finca el proceso penal, de conformidad con el artículo 168 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Jalisco, aparte que durante la instrucción se tiene que brindar al procesado el legítimo derecho de defensa, es decir, permitirle la oportunidad de ofrecer las pruebas y defensas relativas al delito que se tuvo por acreditado en el auto de formal prisión, sin que ello impida que durante el proceso se desahoguen pruebas para conocer la verdad histórica, pues el Ministerio Público, al formular sus conclusiones puede cambiar la clasificación del delito y acusar por el que se cometió realmente, lo que no causará agravio al encausado si no se aparta de acusar por los mismos hechos que se analizaron en el auto de formal prisión. En lo conducente, tiene aplicación la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitida al resolver la contradicción de tesis número 114/2001-PS que se publicó en la página 9, Tomo XVII, abril de 2003, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, del texto siguiente: ‘AUTO DE FORMAL PRISIÓN. EN ÉL DEBEN INCLUIRSE LAS MODALIDADES O CALIFICATIVAS DEL DELITO, SIN PERJUICIO DE QUE TAMBIÉN SE EXAMINEN EN LA SENTENCIA QUE AL EFECTO SE DICTE.’ (se transcribe). También es aplicable en lo que interesa, la tesis emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 304, Tomo II, Penal, P.R. SCJN, del Apéndice 2000, Quinta Época que a la letra dice: ‘CLASIFICACIÓN DEL DELITO.’ (se transcribe). En torno a que se puede determinar que un delito se subsume en otro por constituir una agravante de aquél (en el caso de lesiones al robo con violencia), antes de la sentencia definitiva e incluso desde la orden de aprehensión, aun cuando no se haya tenido por acreditada esa calificativa, este Tribunal Colegiado emitió la tesis que se localiza en la página 1907, Tomo XXIII, febrero de 2006, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que se transcribe a continuación: ‘ROBO CON VIOLENCIA Y LESIONES. EL PRINCIPIO DE ABSORCIÓN O CONSUNCIÓN NO IMPIDE AL JUEZ DECRETAR LA ORDEN DE APREHENSIÓN SÓLO POR EL DELITO BÁSICO Y POSTERIORMENTE ACREDITAR LA AGRAVANTE EN LA QUE SE SUBSUMEN AQUÉLLAS COMO MEDIO COMISIVO PARA LOGRAR EL APODERAMIENTO, SIEMPRE Y CUANDO NO SE SANCIONE POR ESTE OTRO ILÍCITO DE FORMA INDEPENDIENTE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).’ (se transcribe). Por tanto, al advertirse la contraposición de criterios mencionada, lo que procede es denunciar dicha contradicción de tesis, por lo que se ordena remitir a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, copia autorizada de esta resolución y el disquete respectivo, para los efectos del artículo 197-A de la Ley de Amparo; sin que obste a lo anterior, que este Tribunal Colegiado aún no haya emitido tesis que aborde exactamente el tema, pues basta con que se hayan externado argumentos discrepantes en relación con un mismo tema, para que sea procedente denunciar la contradicción existente entre los mismos. Apoya lo antes considerado, la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 77, Tomo XIII, abril de 2001, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que enseguida se reproduce: ‘CONTRADICCIÓN DE TESIS. PARA QUE PROCEDA LA DENUNCIA BASTA QUE EN LAS SENTENCIAS SE SUSTENTEN CRITERIOS DISCREPANTES.’ (se transcribe)."

CUARTO. Como una cuestión previa, cabe precisar que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar los artículos 107, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 197-A de la Ley de Amparo, ha considerado que dichos preceptos regulan lo relativo a la contradicción de tesis sobre una misma situación jurídica como forma o sistema de integración de jurisprudencia y, que por tesis, debe entenderse la posición que, manifestada mediante una serie de proposiciones que se expresan con el carácter de propias, adopta el tribunal en la solución de un negocio jurídico.

Asimismo, este Alto Tribunal ha considerado que, para que exista materia a dilucidar respecto a un criterio que prevalezca debe existir cuando menos formalmente, una oposición de criterios jurídicos en los que se controvierta la misma cuestión; es decir, para que se surta su procedencia, la contradicción denunciada debe referirse a las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas, vertidas dentro de la parte considerativa de las sentencias respectivas, que son las fuentes primordiales de las tesis que sustentan los órganos jurisdiccionales.

En otros términos, se da la contradicción anterior, cuando concurran los siguientes supuestos:

a) Que al resolver los negocios se examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales y se adopten criterios discrepantes.

b) Que la diferencia de criterios se presente en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas.

c) Que los distintos criterios provengan del examen de los mismos elementos.

Al respecto, es aplicable la siguiente jurisprudencia:

"Novena Época
"Instancia: Pleno
"Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
"Tomo: XIII, abril de 2001
"Tesis: P./J. 26/2001
"Página: 76

"CONTRADICCIÓN DE TESIS DE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA. De conformidad con lo que establecen los artículos 107, fracción XIII, primer párrafo, de la Constitución Federal y 197-A de la Ley de Amparo, cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o la Sala que corresponda deben decidir cuál tesis ha de prevalecer. Ahora bien, se entiende que existen tesis contradictorias cuando concurren los siguientes supuestos: a) que al resolver los negocios jurídicos se examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales y se adopten posiciones o criterios jurídicos discrepantes; b) que la diferencia de criterios se presente en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas; y, c) que los distintos criterios provengan del examen de los mismos elementos."

QUINTO. Precisado lo anterior, lo que procede es examinar si en la especie existe o no la contradicción de tesis sustentadas entre los Tribunales Colegiados de Circuito.

Analizadas las ejecutorias emitidas por los Tribunales Colegiados, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, considera que sí existe la contradicción de criterios denunciada.

a) En principio, se encuentra satisfecho el requisito consistente en que al resolverse los negocios jurídicos sometidos a la consideración de los Tribunales Colegiados, se examinó una cuestión jurídica esencialmente igual, relativa a determinar en qué momento se debe analizar el tema relativo al concurso aparente de leyes, normas o tipos penales, en el momento en que se dicta el auto de procesamiento, o bien, hasta el dictado de la sentencia definitiva; siendo que al respecto los Tribunales Colegiados en mención adoptaron posiciones o criterios discrepantes:

A) El Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, en la tesis que emitió y que es en donde se ve reflejado su criterio, consideró que el momento procesal oportuno para que el juzgador se pronuncie, dentro de un procedimiento penal en torno al concurso aparente de tipos, es precisamente al dictar sentencia, porque ofrece la verdad histórica definitiva de los hechos sometidos a su potestad.

Sigue considerando, que si el segundo aspecto indispensable para la configuración del concurso incompatible de leyes consiste en que las disposiciones concurrentes sean aplicables coetáneamente al mismo hecho o materia, debe convenirse en que cuando ese conflicto normativo se genera en un procedimiento judicial de índole penal, cuya sustanciación tiene como base fundamental la prueba de los hechos delictuosos, es requisito sine qua non, para determinar la aplicabilidad de las disposiciones convergentes, que los hechos concretos objeto de regulación de éstas, se encuentren plenamente probados y no simplemente presumidos.

Que lo anterior se corrobora al tomar en cuenta que la prohibición para recalificar un delito, obedece esencialmente en evitar que una misma conducta delictiva, al considerarse bajo dos o más perspectivas normativas, sea sancionada pluralmente conforme al número de disposiciones legales que concurran. De manera que si es hasta la sentencia en que el juzgador ha de definir lo relativo a la imposición de la pena, es en tal resolución donde debe abordar el estudio del concurso incompatible de leyes.

B) Por su parte, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito estimó que el jugador sí debe analizar la operatividad del concurso aparente de normas en el auto de formal prisión, para dar al inculpado certeza jurídica del proceso que se le habrá de seguir, en virtud de que sobre dicho auto de plazo se finca el proceso penal, aparte que durante la instrucción se tiene que brindar al procesado el legítimo derecho de defensa, es decir, permitirle la oportunidad de ofrecer las pruebas y defensas relativas al delito que se tuvo por acreditado en el auto de formal prisión, sin que ello impida que durante el proceso se desahoguen pruebas para conocer la verdad histórica, pues el Ministerio Público, al formular sus conclusiones puede cambiar la clasificación del delito y acusar por el que se cometió realmente, lo que no causará agravio al encausado si no se aparta de acusar por los mismos hechos que se analizaron en el auto de formal prisión.

Que en torno a que se puede determinar que un delito se subsume en otro por constituir una agravante de aquél, antes de la sentencia definitiva e incluso desde la orden de aprehensión, aun cuando no se haya tenido por acreditada esa calificativa, dicho Tribunal Colegiado emitió una tesis.

Como se advierte del análisis comparativo de los criterios referidos, los Tribunales Colegiados contendientes arribaron a diferentes conclusiones en relación con el mismo tema jurídico.

b) Asimismo, la diferencia de criterios se presenta en las consideraciones, razonamientos e interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas; como se advierte de las ejecutorias que obran en copias certificadas en el expediente en que se actúa, y de los argumentos expresados por los Tribunales Colegiados contendientes para sustentar sus criterios.

c) Por último, también se acredita el requisito consistente en que los distintos criterios provengan del

examen de los mismos elementos.

Lo anterior, en virtud de que los Tribunales Colegiados, tomando en cuenta los diversos delitos que se les atribuyeron a los quejosos en cada uno de los asuntos que fueron sometidos a su consideración, analizaron el tema relativo al concurso aparente de leyes, normas o tipos penales, arribando, al respecto, a conclusiones diferentes sobre el momento procedimental en el que se debe llevar a cabo el estudio correspondiente, esto es, al dictarse el auto de procesamiento, o bien, cuando se dicta la sentencia definitiva.

Ello permite concluir que, en este caso, sí existe contradicción de tesis en el punto medular, como quedó apuntado con anterioridad.

No es obstáculo a lo anterior, la circunstancia de que los criterios en contraposición no constituyan jurisprudencia, porque los artículos 107, fracción XIII, párrafos primero y tercero, de la Constitución Federal y 197-A de la Ley de Amparo, que establecen el procedimiento para resolverla no imponen dicho requisito.

En relación con este punto cobra aplicación la jurisprudencia sustentada por el Tribunal Pleno, que es la siguiente:

"Novena Época
"Instancia: Pleno
"Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
"Tomo: XIII, abril de 2001
"Tesis: P./J. 27/2001
"Página: 77

"CONTRADICCIÓN DE TESIS. PARA QUE PROCEDA LA DENUNCIA BASTA QUE EN LAS SENTENCIAS SE SUSTENTEN CRITERIOS DISCREPANTES. Los artículos 107, fracción XIII, de la Constitución Federal, 197 y 197-A de la Ley de Amparo establecen el procedimiento para dirimir las contradicciones de tesis que sustenten los Tribunales Colegiados de Circuito o las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El vocablo ‘tesis’ que se emplea en dichos dispositivos debe entenderse en un sentido amplio, o sea, como la expresión de un criterio que se sustenta en relación con un tema determinado por los órganos jurisdiccionales en su quehacer legal de resolver los asuntos que se someten a su consideración, sin que sea necesario que esté expuesta de manera formal, mediante una redacción especial, en la que se distinga un rubro, un texto, los datos de identificación del asunto en donde se sostuvo y, menos aún, que constituya jurisprudencia obligatoria en los términos previstos por los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, porque ni la Ley Fundamental ni la ordinaria establecen esos requisitos. Por tanto, para denunciar una contradicción de tesis, basta con que se hayan sustentado criterios discrepantes sobre la misma cuestión por Salas de la Suprema Corte o Tribunales Colegiados de Circuito, en resoluciones dictadas en asuntos de su competencia."

En otro orden de ideas, la presente contradicción de tesis no tiene que resolverse invariablemente declarando que debe prevalecer uno de los criterios de los Tribunales Colegiados que la originaron, en razón de que la correcta interpretación del problema jurídico puede conducir a esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a establecer otro criterio.

Sirve de apoyo a lo anterior, la jurisprudencia que reza:

"Octava Época
"Instancia: Cuarta Sala

"Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
"Número: 74, febrero de 1994
"Tesis: 4a./J. 2/94
"Página: 19

"CONTRADICCIÓN DE TESIS. NO TIENE QUE RESOLVERSE INVARIABLEMENTE DECLARANDO QUE DEBE PREVALECER UNO DE LOS CRITERIOS QUE LA ORIGINARON, PUESTO QUE LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PUEDE LLEVAR A ESTABLECER OTRO. La finalidad perseguida por los artículos 107, fracción XIII, de la Constitución Federal y 197-A de la Ley de Amparo, al otorgar competencia a las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para resolver las contradicciones de tesis que surjan entre los Tribunales Colegiados de Circuito, estableciendo cuál tesis debe prevalecer, es la de preservar la unidad en la interpretación de las normas que integran el orden jurídico nacional, fijando su verdadero sentido y alcance, lo que, a su vez, tiende a garantizar la seguridad jurídica; tan importante y trascendental propósito se tornaría inalcanzable si se llegara a concluir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación está obligada, inexorablemente, a decidir en relación con el criterio que se establece en una de las tesis contradictorias, a pesar de considerar que ambas son incorrectas o jurídicamente insostenibles. Por consiguiente, la Suprema Corte válidamente puede acoger un tercer criterio, el que le parezca correcto, de acuerdo con el examen lógico y jurídico del problema, lo que es acorde, además, con el texto de las citadas disposiciones en cuanto indican que la Sala debe decidir '...cuál tesis debe prevalecer', no, cuál de las dos tesis debe prevalecer."

SEXTO. Debe prevalecer, con carácter de jurisprudencia, el criterio sustentado por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Como quedó expuesto en el considerando que antecede, el tema de la presente contradicción de tesis se circunscribe a determinar en qué momento se debe analizar el tema relativo al concurso aparente de leyes, normas o tipos penales, en el momento en que se dicta el auto de procesamiento, o bien, hasta el dictado de la sentencia definitiva.

El tema jurídico materia de la presente contradicción de tesis, se encuentra relacionado con la garantía de exacta aplicación de la ley, prevista en el artículo 14, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que es del tenor siguiente:

"Artículo 14. ... En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."

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

Es ilustrativa al respecto, la jurisprudencia que es del tenor siguiente:

"Novena Época
"Instancia: Primera Sala
"Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
"Tomo: XXIII, marzo de 2006
"Tesis: 1a./J. 10/2006

"Página: 84

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

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

"Artículo 23. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia."

El precepto transcrito establece una garantía de seguridad jurídica, en lo conducente, señala que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene, de ahí que la locución latina non bis in idem, signifique "no dos veces sobre (por) lo mismo".

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

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

Es ilustrativa al respecto, la tesis que es del tenor siguiente:

"Séptima Época
"Instancia: Primera Sala
"Fuente: Semanario Judicial de la Federación
"Volúmenes: 199-204, Segunda Parte
"Página: 53

"SALUD, DELITO CONTRA LA. POSESIÓN Y TRANSPORTACIÓN POR EL POSEEDOR. Contemplado el problema de la transportación-posesión desde un ángulo diferente al técnico, puede decirse que para transportar debe de poseerse si se entiende por posesión el tener consigo el objeto materia de la transportación. Dentro de la técnica penal en relación con el delito contra la salud, esta Sala ha mantenido el criterio de que por posesión debe entenderse el que el activo tenga dentro de su ámbito de disponibilidad material o jurídica el estupefaciente, y por eso puede considerarse como poseedor, para efectos de delito contra la salud, lo mismo al poseedor originario que al derivado, al precarista y al simple detentador, porque la posesión implica el peligro de la

circulación y el consiguiente consumo de la droga. Sin embargo, aun cuando en sentido llano quien transporta posee dentro de la connotación arriba anotada, no debe considerarse como constitutiva de transportación como modalidad autónoma el desplazamiento de estupefacientes por quien es su propietario o poseedor originario, pues se estaría recalificando la conducta considerándola desde un ángulo como constitutiva de posesión y, por la otra, de transportación. Tal recalificación es constitucionalmente inaceptable y violatoria del artículo 23 constitucional cuando prohíbe que alguien sea juzgado dos veces por los mismos hechos, pues la expresión del mandato de la Ley Fundamental debe entenderse a virtud de una jurisprudencia dinámica, significando que prohíbe no solamente que fallado un negocio definitivamente, de nuevo la judicatura se avoque al conocimiento de los mismos hechos y dicte nueva sentencia, sino que también significa dicha prohibición constitucional que no puede imponerse a una misma conducta una doble penalidad.

"Amparo directo 2210/85. José Luis González Martínez. 23 de octubre de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretario: Javier Alba Muñoz.

"Séptima Época, Segunda Parte:

"Volúmenes 181-186, página 103. Amparo directo 3773/84. Antonio Farías Meraz. 11 de junio de 1984. Cinco votos. Ponente: Luis Fernández Doblado.

"Volúmenes 109-114, página 100. Amparo directo 6076/77. Omar Augusto Zorrilla Lavalle. 8 de marzo de 1978. Cinco votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F.

"Volúmenes 97-102, página 106. Amparo directo 4175/76. David Sánchez Lezama. 23 de marzo de 1977. Cinco votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F."

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

Atendiendo a la materia que constituye el objeto de estudio en la presente contradicción de tesis, se reducirá el tema del concurso aparente a los tipos penales.

La problemática que se le presenta al órgano jurisdiccional, es que la conducta del sujeto activo es subsumible en varios supuestos de hechos típicos penales; en otras palabras, existen conductas o hechos que al producirse ponen en movimiento una pluralidad de tipos penales con pretensión de aprehender a dichas conductas o hechos.

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

Debe destacarse, que la finalidad de la teoría del concurso aparente de tipos, es la aplicación unitaria y exacta de los mismos.

En la doctrina, para resolver dicha problemática, se han desarrollado diversos principios, a saber: el de especialidad, alternatividad, subsidiariedad y consunción.

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

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

Ejemplo:

"Novena Época
"Instancia: Primera Sala
"Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
"Tomo: XXV, febrero de 2007
"Tesis: 1a./J. 104/2006
"Página: 219

"CONTRABANDO. TRATÁNDOSE DE VEHÍCULOS DE PROCEDENCIA EXTRANJERA, SE ACTUALIZAN LOS TIPOS DE CONTRABANDO BÁSICO, CONTRABANDO PRESUNTO O CONTRABANDO EQUIPARADO A QUE SE REFIEREN LOS ARTÍCULOS 102, 103 FRACCIÓN II O 105, FRACCIÓN VII Y NO EL GENÉRICO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 105 FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN. Al existir diversos preceptos legales que pretenden sancionar el hecho punible consistente en poseer un vehículo de procedencia extranjera sin la documentación que acredite su legal estancia en el país, se actualiza un concurso aparente de normas que debe resolverse aplicando el principio de especialidad contenido en el artículo 6o. del Código Penal Federal, que esencialmente implica preferir a la norma que describa más detalladamente la conducta. En congruencia con lo anterior, y tomando en cuenta que existen preceptos que se refieren en específico a la conducta y mercancía señaladas y que, por ende, habrá de preferirse su aplicación respecto del tipo genérico relativo a la posesión de mercancía extranjera, se concluye que el delito de contrabando equiparado previsto en la fracción I del artículo 105 del Código Fiscal de la Federación no se configura cuando el sujeto activo se encuentra en posesión de un vehículo de procedencia extranjera sin la documentación que acredite su legal estancia en el país, sino que, en todo caso, se actualizan los tipos relativos al contrabando básico, contrabando presunto o contrabando equiparado a que se refieren los artículos 102, 103, fracción II, o 105, fracción VII, del aludido Código, respectivamente, dependiendo de las circunstancias específicas en que se haya cometido el ilícito. Esto es, si el sujeto activo se encuentra en posesión de este tipo de vehículos dentro de la zona de veinte kilómetros que señala el citado artículo 103, fracción II, sin la documentación que acredite su tránsito por dicha zona o por el resto del país, se actualiza el delito de contrabando básico (artículo 102); si se encuentra fuera de tal zona sin la documentación que acredite los trámites aduanales para su introducción al territorio nacional o para su internación de la franja o región fronteriza al resto del país, se configura el ilícito de contrabando presunto (fracción II del artículo 103), y cuando la posesión es respecto de un vehículo importado en franquicia, importado a la franja fronteriza, o importado o internado temporalmente pero sin autorización legal para ello, el delito que se actualiza es el contrabando equiparado (fracción VII del artículo 105)."

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

en forma simultánea.

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

Ejemplo:

"Séptima Época
"Instancia: Primera Sala
"Fuente: Semanario Judicial de la Federación
"Volúmenes 205-216, Segunda Parte
"Tesis:
"Página: 40

"SALUD, DELITO CONTRA LA. POSESIÓN Y TRANSPORTACIÓN CUANDO SE TRATA DEL MISMO ESTUPEFACIENTE. SE SUBSUMEN. Procede considerar que cuando se trata del mismo estupefaciente, no es posible sancionar las modalidades de posesión y transporte en forma autónoma, pues, o bien la posesión se subsume en la transportación por ser condición la primera de la segunda, o se excluye la transportación por ser dicha actividad un mero acto de manejo sobre la hierba poseída, siendo indiferente sancionar una u otra modalidad en atención al principio de alternatividad que rige la concurrencia de normas incompatibles, tratándose de conductas realizadas por el mismo sujeto activo.

"Amparo directo 7238/85. Jesús Álvarez Salazar. 23 de abril de 1986. Cinco votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Manuel Morales Cruz."

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

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

Ejemplo:

"Novena Época
"Instancia: Primera Sala
"Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
"Tomo: XVIII, agosto de 2003
"Tesis: 1a./J. 38/2003
"Página: 83

"FRAUDE FISCAL GENÉRICO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 108 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN. NO PROCEDE LA SUBSUNCIÓN EN ÉL, DEL EQUIPARADO CONTENIDO EN EL

ARTÍCULO 109, FRACCIÓN I, DEL PROPIO CÓDIGO. De lo dispuesto en los artículos mencionados, se desprende que el legislador estableció dos delitos distintos, con características y elementos propios y diversos entre sí, es decir, con independencia y autonomía en cuanto a su existencia, de manera que el delito de defraudación fiscal genérico o principal previsto en el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, difiere del equiparado contenido en el artículo 109, fracción I, del propio código, ya que para que se actualice este último se requiere que alguien presente declaraciones para efectos fiscales, que contengan deducciones falsas o ingresos menores a los realmente obtenidos o determinados por ley; mientras que el delito de defraudación fiscal genérico o principal se actualiza cuando una persona con uso de engaños o al aprovechar errores omite el pago parcial o total de una contribución u obtiene un beneficio indebido en perjuicio del fisco federal, es decir, no precisa que tenga que ser mediante declaración como en el equiparado, por lo que podría configurarse mediante alguna otra forma; no obstante que ambos delitos tengan como nota común el referido perjuicio. Por tanto, en atención a lo establecido en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto a que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, debe estimarse que en el delito de defraudación fiscal contenido en el artículo 108 del código indicado, no cabe la subsunción o no puede ser absorbido el diverso delito de defraudación fiscal equiparado, previsto en el artículo 109, fracción I, del ordenamiento legal en cita, pues, se reitera, varían los elementos para su integración."

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

Ejemplo:

"Novena Época
"Instancia: Primera Sala
"Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
"Tomo: XXI, abril de 2005
"Tesis: 1a./J. 11/2005
"Página: 515

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

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

Ahora bien, el estudio del concurso aparente de tipos penales debe realizarse desde el dictado del auto de procesamiento, siempre que se cuente con los elementos para ello; excepcionalmente, esto es, cuando no sea posible acreditar tal concurso, en razón de que los hechos y la información recabada sean insuficientes, el estudio de mérito debe llevarse a cabo en la sentencia definitiva.

En efecto, el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la parte que interesa, dispone lo siguiente:

"Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado. ... Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso ..."

El procedimiento penal, está compuesto de diversas fases o etapas que se van desenvolviendo paulatinamente, dentro de las cuales pueden emitirse diversas determinaciones, destacando el auto de procesamiento (formal prisión o sujeción a proceso) y la sentencia definitiva, que son a las que alude el precepto constitucional reproducido.

El dictado del auto de procesamiento, no constriñe al órgano jurisdiccional a emitir una sentencia condenatoria, ya que ello dependerá de las pruebas que se aporten al proceso, en donde el procesado, ejerciendo actos de defensa, puede desvanecer la imputación que obre en su contra, por lo que de ser el caso, se dictaría una sentencia absolutoria.

Es por ello, que para el dictado del auto de procesamiento, se requiere de datos que arroje la averiguación previa, los que de acuerdo al precepto constitucional de referencia, deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Debe señalarse, que en cuanto a las acepciones "delito" o "delitos" señalados en el auto de procesamiento por los que todo proceso se seguirá forzosamente, deben entenderse no en el

sentido literal del nombre con el que se denomina al hecho delictuoso (en su clasificación legal), sino como el conjunto de hechos materia de la consignación, y aquellos por los que se decreta dicho auto de procesamiento.

Es ilustrativa al respecto, la tesis que es del tenor siguiente:

"Novena Época
"Instancia: Primera Sala
"Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
"Tomo: XVII, junio de 2003
"Tesis: 1a. XXVI/2003
"Página: 200

"RECLASIFICACIÓN DEL DELITO. CUANDO EL JUEZ DE LA CAUSA DICTA SENTENCIA POR UNO DIVERSO AL CONTENIDO EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, TENIENDO COMO BASE LOS MISMOS HECHOS, NO VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL).-Dicho precepto constitucional exige, como uno de los requisitos para el dictado del auto de formal prisión, que se expresen el delito que se imputa al acusado y los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado; asimismo, establece que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Ahora bien, la palabra delito empleada en la citada disposición constitucional, debe entenderse no en el sentido literal del nombre con el que se denomina al hecho delictuoso (en su clasificación legal), sino como el conjunto de hechos materia de la consignación, y de aquéllos por los que se decreta la formal prisión. En estas condiciones, si se dicta auto de formal prisión por un delito (entendido como la clasificación legal contenida en los Códigos Penales) y, posteriormente, en atención a que el Ministerio Público precisó su pretensión y formuló sus conclusiones acusatorias por uno diverso, con base en los mismos hechos, y a que el procesado estaba en oportunidad de formular su defensa en contra de dicha acusación, el Juez de la causa dicta la sentencia correspondiente y clasifica los hechos en forma distinta a la contenida en el auto de formal prisión, se concluye que tal actuación es acorde con lo establecido en el precepto constitucional de referencia, y que dicha reclasificación no viola las garantías de legalidad y seguridad jurídica.

"Amparo directo en revisión 263/2003. 12 de marzo de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz."

Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el mismo criterio sostuvo al resolver el día diecisiete de octubre de dos mil uno, la contradicción de tesis 44/2001-PS, por unanimidad de cuatro votos, siendo ponente la señora Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

La sentencia, es la resolución judicial que, fundada en los elementos del injusto punible y en las circunstancias objetivas y subjetivas condicionantes del delito, resuelve la pretensión punitiva estatal individualizando el derecho, poniendo con ello fin a la instancia.

En estricto acatamiento a los principios de exacta aplicación de la ley en materia penal y de non bis in idem, previstos en los artículos 14 y 23 de la Constitución Federal, es cuando se dicta el auto de procesamiento, el primer momento en el que el órgano jurisdiccional tiene la obligación de analizar lo relativo a la operatividad del concurso aparente de tipos penales, ya que ello se encuentra supeditado a los datos o pruebas con las que cuenta para determinar si los hechos que se le atribuyen al inculpado son subsumibles o no en uno de los varios supuestos de hechos típicos

penales.

Así es, el órgano jurisdiccional cuando dicta el auto de procesamiento, tomando en cuenta el acervo probatorio recabado hasta ese momento procedimental, puede considerar que le son suficientes para poder determinar, en forma provisional, que los hechos se subsumen en un tipo penal, desestimando un encuadramiento plural.

En el entendido de que si el juzgador ya cuenta con los elementos, debe resolverlo en el auto de procesamiento, sin que pueda postergar el estudio correspondiente.

En contrapartida, el órgano jurisdiccional al no contar con esa inicial convicción que le generan los diversos elementos de prueba, encontraría un impedimento jurídico y fáctico para poder pronunciarse al respecto, resultando inaceptable obligarlo a que lo realice arbitraria o intuitivamente, con independencia de que, si en el auto de procesamiento en forma provisional no estuvo en condiciones de hacerlo, posteriormente pueda llevar a cabo el estudio de mérito.

Por otra parte, exista o no el estudio sobre la operatividad del concurso aparente de tipos en el auto de procesamiento, al momento de dictarse la sentencia es cuando el juzgador en forma definitiva debe resolver al respecto, es decir, dar sustantividad propia a los hechos, precisamente porque el resultado al que se arribe habrá de trascender en las sanciones que, como consecuencia jurídica del delito, serán impuestas al acusado.

En el caso de que se haya realizado el estudio en el auto de procesamiento, al dictarse la sentencia, las pruebas aportadas pueden conducir a la misma conclusión, o bien, a variar el criterio que se sostuvo inicialmente, sin que pueda sufrir variación alguna la base fáctica de la acusación.

Cuando se llega al dictado de la sentencia, generalmente el órgano jurisdiccional cuenta con un mayor número de elementos de prueba que le permitirán llevar a cabo, en forma definitiva, el estudio del concurso de mérito y comprobar plenamente todos los elementos integradores del delito que se le atribuye al acusado, así como su responsabilidad en el mismo, sin que ello implique que se esté dictando sentencia por el delito o delitos diferentes a los señalados en el auto de formal prisión, como lo prevé el artículo 19 de la Constitución Federal, porque las acepciones "delito" o "delitos", deben entenderse no en el sentido literal del nombre con el que se denomina al hecho delictuoso (en su clasificación legal), sino como el conjunto de hechos materia de la consignación, y de aquellos por los que se decretó el mencionado auto de procesamiento, por lo que la única limitante que tiene el juzgador, es que no varíe los hechos atribuidos al acusado.

Sirve de apoyo a lo anterior, por las razones que la informan, la jurisprudencia siguiente:

"Novena Época
"Instancia: Primera Sala
"Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
"Tomo: VIII, julio de 1998
"Tesis: 1a./J. 39/98
"Página: 37

"AUTO DE FORMAL PRISIÓN. ES EN ESA RESOLUCIÓN CUANDO DE SER PROCEDENTE DEBE DECRETARSE LA SUBSUNCIÓN DE MODALIDAD EN UN DELITO CONTRA LA SALUD.-Al pronunciarse auto de formal prisión, de conformidad a lo dispuesto en la parte inicial del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución General de la República en vigor, en el delito contra la salud, a que se contraen los artículos 194 y 195 del Código Penal Federal, reformado por el artículo primero del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de diez de enero de mil

novecientos noventa y cuatro, en vigor el primero de febrero del mismo año, debe decretarse la subsunción de modalidades. En el caso de que así proceda, como cuando quien transporta un estupefaciente que forzosamente poseyó, ya que en ese sentido la posesión queda comprendida dentro de la transportación, sin perder de vista que cualquiera que sea la modalidad, el delito permanece en su unidad como una infracción penal, ya que por la subsunción no es factible sancionar simultáneamente ambas modalidades y que técnicamente debe conservarse la menos genérica o más específica, pero si por un error de técnica jurídica o por determinadas situaciones procesales, el hecho se aprecia dentro de la hipótesis más general (posesión), con exclusión de la particular (transportación) no se violan garantías del acusado por el hecho de que una modalidad absorba a otra, significa sólo que no pueden considerarse ambas simultáneamente, pero si alternativamente."

Lo anterior, no implica propiamente una recalificación de los hechos, ya que precisamente el estudio de la operatividad del concurso aparente de tipos, es lo que trata de evitar, como se puede apreciar del contenido de la tesis que a la letra dice:

"Quinta Época
"Instancia: Primera Sala
"Fuente: Semanario Judicial de la Federación
"Tomo: CXII
"Tesis:
"Página: 726

"CONCURSO APARENTE DE LEYES, EN MATERIA PENAL.-En ocasiones un tipo describe un estado inferior de una violación, y otro uno más grave; resulta entonces que el estado inferior está captado igualmente por otro tipo, y surge entonces el llamado concurso aparente de leyes; de aplicarse las dos normas, se estaría frente a una recalificación típica del hecho y se violarían las garantías del acusado.

"Amparo penal directo 9559/50. Campo Hernández Rubén Felipe Martín del. 3 de mayo de 1952. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombre del ponente."

En consecuencia, debe prevalecer, con carácter de jurisprudencia, el criterio sustentado por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los siguientes términos:

-En estricto acatamiento a los principios de exacta aplicación de la ley en materia penal y de non bis in idem, previstos en los artículos 14 y 23 de la Constitución Federal, es cuando se dicta el auto de procesamiento, el primer momento en el que el órgano jurisdiccional tiene la obligación de analizar lo relativo a la operatividad del concurso aparente de tipos penales, ya que ello se encuentra supeditado a los datos o pruebas con las que cuenta para determinar si los hechos que se le atribuyen al inculpado son subsumibles o no en uno de los varios supuestos de hechos típicos penales. En contrapartida, el órgano jurisdiccional al no contar con esa inicial convicción que le generan los diversos elementos de prueba, encontraría un impedimento jurídico y fáctico para poder pronunciarse al respecto, resultando inaceptable obligarlo a que lo realice arbitraria o intuitivamente, con independencia de que, si en el auto de procesamiento en forma provisional no estuvo en condiciones de hacerlo, posteriormente pueda llevar a cabo el estudio de mérito. Por otra parte, exista o no el estudio sobre la operatividad del concurso aparente de tipos en el auto de procesamiento, al momento de dictarse la sentencia es cuando el juzgador en forma definitiva debe resolver al respecto, es decir, dar sustantividad propia a los hechos, precisamente porque el resultado al que se arribe habrá de trascender en las sanciones que, como consecuencia jurídica del delito, serán impuestas al acusado. En el caso de que se haya realizado el estudio en el auto de

procesamiento, al dictarse la sentencia, las pruebas aportadas pueden conducir a la misma conclusión, o bien, a variar el criterio que se sostuvo inicialmente, sin que pueda sufrir variación alguna la base fáctica de la acusación.

Por lo expuesto y fundado, se resuelve:

PRIMERO.-Sí existe la contradicción de tesis a que este expediente se refiere, en los términos del considerando quinto de esta resolución.

SEGUNDO.-Se declara que debe prevalecer, con carácter de jurisprudencia, el criterio sostenido por esta Primera Sala, en los términos de la tesis redactada en el último considerando del presente fallo.

TERCERO.-Dése publicidad a la tesis jurisprudencial que se sustenta en la presente resolución, en términos del artículo 195 de la Ley de Amparo.

Notifíquese; cúmplase y, en su oportunidad, archívese el expediente relativo a la presente contradicción de tesis, como asunto concluido.

Así lo resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: José de Jesús Gudiño Pelayo, Sergio A. Valls Hernández, Juan N. Silva Meza (ponente), Olga Sánchez Cordero de García Villegas y presidente José Ramón Cossío Díaz.

