

DEUS PRAXIDE ET PRO...

Revista

Enero 2012

29

LABOR



tirant lo blanch

Revista Penal

Número 29

Sumario

Doctrina

– La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal argentino, por <i>Gustavo A. Arocena</i>	5
– La “ineficacia” de la prueba ilícita en el proceso penal italiano: entre el principio de taxatividad y la ponderación de intereses, por <i>Carlotta Conti</i>	29
– La pequeña criminalidad insidiosa en las infracciones contra el patrimonio. Análisis de las últimas reformas penales, por <i>M^a José Cuenca García</i>	48
– Incertidumbres y callejones sin salida en la elaboración de la doctrina italiana en materia de dolo eventual, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i>	69
– Nuevas formas de criminalidad patrimonial a través de Internet, por <i>Fátima Flores Mendoza</i>	75
– ¿Existe el principio de <i>la ley especial deroga la ley general</i> en materia penal? La confusión de un sector de la doctrina penalista respecto del principio de especialidad, por <i>Pablo Hernández-Romo Valencia y José Luis González Cussac</i>	87
– Responsabilidad penal del asesor jurídico, por <i>Diego-Manuel Luzón Peña</i>	97
– El derecho en la guerra contra el terrorismo. El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno (“derecho penal del enemigo”), por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	115
– Un problema de técnica-legislativa: las cláusulas innominadas en la reforma del Derecho penal económico, por <i>Irene Navarro Frías</i>	127
– El fundamento de la autoría mediata y los requisitos de la instrumentalización en los delitos dolosos e imprudentes, por <i>Luciana de Oliveira Monteiro</i>	145
– La teoría de los delitos de infracción de deber —Fundamentos y consecuencias— por <i>Raúl Pariona Arana</i> ..	167
– La voluntad del legislador penal: del texto refundido de Código penal de 1973 a la reforma de 2010, por <i>Luis Ramón Ruiz Rodríguez</i>	178
– Historia y Dogmática del Derecho penal fragmentario, por <i>Thomas Vormbaum</i>	203
Sistemas penales comparados: Delitos contra la seguridad en el tráfico rodado.....	223
Bibliografía: Notas bibliográficas sobre la tortura, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	265
In Memoriam: Hans Joachim Hirsch, por <i>Eduardo Demetrio Crespo</i>	272
Crónicas	
– El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, por <i>Salvador Herencia Carrasco</i>	277
– Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Göttingen (Alemania) 5-16 de septiembre de 2011, por <i>John E. Zuluaga</i>	289
Noticias	294



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaime I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Victor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Georg Steinberg y Martina Kratz (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Alejandro Rodríguez Barilla (Guatemala)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo y Gastón Chaves Hontou (Uruguay)
Giuseppe Amara (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL:
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



¿Existe el principio de la ley especial deroga la ley general en materia penal? La confusión de un sector de la doctrina penalista respecto del principio de especialidad

Pablo Hernández-Romo Valencia¹

José Luis González Cussac

*Profesor Investigador de la Escuela Libre de Derecho
Catedrático de Derecho penal de la Universidad
de Valencia*

Revista Penal, n.º 29.— Enero 2012

RESUMEN: *Se exponen y analizan críticamente algunas aplicaciones en el Derecho penal del viejo principio que reza: *lex specialis derogat legi generali*. Para ello es imprescindible conocer su contenido, fundamento y régimen, así como su entendimiento y transposición al ámbito punitivo. Y especialmente al ordenamiento mexicano, cuyo artículo 6 del Código Penal Federal (CPF), en donde se habla del principio de especialidad, resulta un ejemplo paradigmático de lo que para nosotros son equívocos de dicho artículo, así como los de un amplio sector de la doctrina penalista. La cuestión central es que, debido a cómo es entendido el principio de la ley especial deroga la ley general, tanto en la práctica como por un amplio sector de la doctrina, consideramos que no existe una relación de coherencia entre estas. Esto es, que dicho principio tiene un significado preciso en materia civil-mercantil, mientras que en materia penal este no existe propiamente en este sentido y se confunde consecuentemente con el principio de especialidad penal.*

PALABRAS CLAVE: *Principio *lex specialis derogat legi generali*. Código Penal Federal México.*

ABSTRACT: *The application of the of the old principle: *lex specialis derogat legi generali* is hereby critically analyzed; in this regard, it is necessary to know the abovementioned principle's basis, content and legal framework as well as how the principle has been understood and applied in the criminal law context. This article focuses specially on the criminal laws of Mexico, whose article 6 of the Federal Criminal Code, states the principle of specialty, which is a paradigmatic example of a concept that may be confused by many. The main issue is that the understanding of the principle *lex specialis derogat legi generali* by the attorneys collides with the understanding of the same principle by the researchers. In other words, the principle *lex specialis derogat legi generali* has a concrete meaning in civil law while in criminal law such principle is confused with the principle of specialty.*

KEY WORDS: *Principle *lex specialis derogat legi generali*. Mexico Federal Criminal Code.*

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana; *Master of Laws* por *Northwestern University* (Chicago, IL, EEUU), *Master en Derecho* por la Universidad de Deusto (Bilbao, España), *Doctor en Derecho* por la Universidad de Alicante (España). Abogado postulante.

SUMARIO: I. Introducción. II. Lex specialis derogat legi generali. La ley especial deroga la ley general. III. El artículo 6 CPF cuando surgió. IV. La reforma al artículo 6 CPF de 1985. V. Los delitos previstos en los Tratados Internacionales: violación al principio de reserva exclusiva de ley. VI. La ley especial deroga la ley general o principio de especialidad. 1. Opiniones doctrinales: Refutación de éstas. 2. Opinión histórica: el Congreso de la Unión. 3. Toma de postura.

I. Introducción

La influencia del derecho civil sobre el derecho penal es indiscutible; sin embargo, desde hace ya varios años nadie niega la autonomía del derecho penal². Esto es, el derecho penal tiene sus propios conceptos; sin embargo, debido a dicha influencia hasta la fecha se considera en México que los principios del derecho civil/mercantil también operan en el ámbito penal.

En este trabajo nos referiremos al principio que reza: *lex specialis derogat legi generali*. De conformidad con lo anteriormente dicho, esto es, en lo tocante a la influencia, surge la duda: ¿es aplicable este principio al derecho penal o únicamente aplica en las otras ramas del Derecho? La duda surge, porque en materia penal no existen leyes penales especiales ni delitos especiales, aun cuando así sean mal llamados o llamadas por un sector de la doctrina; todos los delitos son iguales; esto es, en todos se describe una conducta y ésta debe de tener asignada una pena. De cualquier forma, tan delito es el que está previsto en cualquier Código penal como el que está previsto en una ley especial; no existe un *plus* por estar tipificados en ésta última.

Para poder responder al cuestionamiento antes señalado, lo primero es conocer a qué se refiere el principio antes mencionado y cuál es su alcance; posteriormente analizaremos el desarrollo del artículo 6 del Código Penal Federal (CPF), así como lo que establece el mismo, en donde se habla del principio de especialidad y se verán lo que para nosotros son equívocos de dicho artículo, así como los de un amplio sector de la doctrina penalista.

Baste decir por el momento, que debido a cómo es entendido el principio de la ley especial deroga la ley general, tanto en la práctica como por la doctrina, consideramos que no existe una relación de coherencia entre estas. Esto es, dicho principio tiene un significado preciso en

materia civil/mercantil y en materia penal este no existe y se confunde con el principio de especialidad penal.

II. *Lex specialis derogat legi generali*. La ley especial deroga la ley general

Lo primero que hay que decir de dicho principio del derecho es que la traducción adecuada del mismo es: *la ley especial deroga la ley general*.

Lo anteriormente dicho es de suma importancia toda vez que un sector de la doctrina se confunde y traduce dicho aforismo, entre otras múltiples formas de traducción, como: *la ley especial prevalece sobre la ley general*; cosa que es distinta. Esto es, debe de quedar en claro que una cosa es *derogar* y otra muy distinta es *prevalecer*.

En efecto, de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, por *derogar* se entiende, *dejar sin efecto una norma vigente*. En este sentido y de conformidad con el mismo Diccionario, *prevalecer* significa, *dicho de una cosa: sobresalir, tener alguna superioridad o ventaja entre otras*. Por lo que como se puede ver es a todas luces distinto.

El principio al que estamos haciendo referencia proviene desde la época romana; en el *Digesto*, en el Libro 50, título 17, 80, se lee: “*In toto iure, generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quoda ad speciem directum est*” (En todo el derecho, lo específico deroga a lo genérico, y prevalece siempre lo que se refiere a lo específico)³.

Una de las primeras dudas que surge es, a qué se refiere dicho principio. Lo que podemos decir con toda certeza es que al principio de especialidad en materia penal, como forma de solventar un posible concurso de normas penales ciertamente no se podría referir, toda vez que la primera vez que en Europa se hace mención a dicho problema fue entre 1870 y 1877⁴.

2 Hernández-Romo Valencia, Pablo: “La autonomía del Derecho penal: ¿hasta dónde llega la seguridad jurídica?”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho*, Año 34, No. 34, México, 2010, pp. 359 y ss.

3 *El Digesto de Justiniano*, Tomo III, Pamplona: Aranzadi, 1975.

4 Jiménez de Asúa, Luis: *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, 3ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot/Sudamericana, 1989, p. 142, para quien: “La doctrina alemana era, hasta hace muy poco tiempo, la única que se ocupó en este asunto, distinguiendo el concurso formal de delitos, del concurso de leyes. La distinción se remonta a Adolfo Merkel, y se halla consagrada en los Tratados de Binding, Ma-

No obstante lo anterior, por *ley especial* se entiende: “La que se refiere exclusivamente a determinada categoría de personas, cosas o relaciones jurídicas (leyes sobre mujeres trabajadoras, sobre minas, sobre arrendamientos urbanos, etc.) La especialidad de la ley puede venir determinada en relación a cualquiera de dichos factores, aislada o conjuntamente, y también en relación al territorio o ámbito local de su vigencia (ley sobre alumbramiento de aguas en determinada región o sobre la organización de un concreto municipio).

La ley especial no representa necesariamente una antítesis de la ley común o general, sino que puede ser un complemento o una especificación de la misma. Por ello, si bien la ley especial prevalece sobre la general, ésta conserva su vigencia para suplir las deficiencias de aquéllas”⁵.

Un sector de la doctrina considera que el principio de *lex specialis*, “es aquel con fundamento en el cual de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda; *lex specialis derogat generali*... ley especial es aquella que deroga una ley más general, o sea que subtrae de una norma una parte de la materia para someterla a una reglamentación diversa (contraria o contradictoria)”⁶. No consideramos acertada esta postura, toda vez que como se mencionó en el párrafo anterior, no necesariamente habrá incompatibilidad entre una ley especial y una general; por el contrario, en México la mayoría de las veces la ley especial es un complemento o una especificación de la misma.

En sentido similar lo entendió el poder legislativo cuando creó la legislación civil Federal, como se puede ver del contenido de los siguientes artículos.

“**Artículo 833.**— El Gobierno Federal podrá expropiar las cosas que pertenezcan a los particulares y que se consideren como notables y características manifestaciones de nuestra cultura nacional, **de acuerdo con la ley especial correspondiente**”.

“**Artículo 936.**— El uso y aprovechamiento de las aguas de dominio público se regirá **por la ley especial respectiva**”.

En el mismo sentido se puede ver en el Código de Comercio en donde se establece:

“**Artículo 640.**— Las instituciones de crédito se **regirán por una ley especial**, y mientras esta se expide, ninguna de dichas instituciones podrá establecerse en la República sin previa autorización de la Secretaría de Hacienda y sin el contrato respectivo aprobado, en cada caso, por el Congreso de la Unión”.

De lo anterior, se puede decir claramente, que en materia civil/mercantil cuando se habla de una ley especial se está haciendo referencia a aquella que regula de forma específica un cierto tema o materia precisa. Por lo que, cuando en materia jurídica se habla de la ley especial, lo lógico es referirse a un ordenamiento que contiene previsiones especiales de una determinada materia.

Con el fin de ser más claro baste decir que en materia civil/mercantil, la Ley de Concursos Mercantiles es ley especial *versus* el Código de Comercio que es la ley general; así también, la Ley General de Sociedades Mercantiles es ley especial *versus* el Código de Comercio que es ley general; la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es ley especial respecto del Código de Comercio. En pocas palabras, es una ley especial porque para una cierta materia —concursos mercantiles o sociedades mercantiles— está específicamente regulada en una ley específica. Por ejemplo, en su momento, el Código de Comercio, contemplaba en sus artículos 945 a 1037 diversas disposiciones sobre las quiebras, pero al existir una ley especial —anteriormente se llamaba Ley de Quiebras hoy llamada Ley de Concursos Mercantiles— se derogaron estos artículos y únicamente se aplica la ley antes mencionada.

Ahora bien, dicho principio —*lex specialis derogat legi generali*— también ha sido mencionado en materia penal tanto por la doctrina como por el poder judicial, como se puede ver en las siguientes tesis.

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

IV, Segunda Parte-1, julio a diciembre de 1989

Página: 315

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

yer, Hippel, Liszt-Schmidt, Mezger, etc.”. Cuello Calón, Eugenio: *Derecho penal (Parte general)*, Tomo I, Vol. Segundo, 18ª ed., Barcelona: Bosch, 1981, p. 710; Rodríguez Devesa, José María: *Derecho penal español. Parte general*, 14ª ed., Madrid: Dykinson, 1991, p. 195. En sentido similar, Porte Petit Candaudap, Celestino: *Apuntamientos de la parte general de Derecho penal I*, 16ª ed., México: Porrúa, 1994, p. 171.

5 Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XV, Barcelona: Francisco Seix, 1974, p. 176.

6 Bobbio, Norberto: *Teoría general del Derecho*, 3ª ed., Bogotá: Temis, 2007, p. 199.

LEY, PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD DE LA, EN MATERIA DE VENTA DE ARMAS DE FUEGO.

El artículo 6° del Código Penal Federal consagra el principio de especialidad de la ley, conforme al cual, en el supuesto que en él se indica, *el juzgador está impedido para aplicar una ley general cuando la materia regulada en ésta, también es objeto de regulación en un ordenamiento de carácter especial*. En este orden de ideas, en materia de venta de armas de fuego, no resulta aplicable el artículo 162 del Código Penal Federal, que es la ley general, pues de acuerdo al principio de especialidad antes referido la conducta del acusado de poner a la venta pistolas, careciendo del permiso expedido por la Secretaría de la Defensa Nacional, debe encuadrarse en el artículo 82 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, que es el ordenamiento de carácter especial.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 410/89. Eduardo Ares Cuevas. 14 de noviembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretario: Othón Manuel Ríos Flores.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

151-156 Segunda Parte

Página: 21

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

BRACEROS, TRÁFICO ILEGAL DE. ARTÍCULO 118 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN NO TIFICICA UNA TENTATIVA, SINO UN DELITO CONSUMADO.

El artículo 118 de la Ley General de Población establece idéntica sanción para las dos hipótesis previstas en su párrafo primero, que consisten, la primera, en pretender llevar, y la segunda, en llevar nacionales para trabajar en el extranjero, sin autorización previa de la Secretaría de Gobernación. En esas condiciones, el delito se consuma en cualquiera de las dos hipótesis, pues en el caso no son aplicables los artículos 12 y 63 del Código Penal Federal, *dado que la Ley General de Población, de conformidad con el artículo 6 del Código Punitivo Federal, es una ley especial en materia penal, por lo que debe aplicarse ésta, observando las disposiciones del caso*.

Amparo directo 5020/81. Eliseo Hernández Aragón. 24 de septiembre de 1981. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Secretario: Fernando Hernández Reyes.

Como se puede observar de las tesis transcritas, algunos miembros del poder judicial consideran que el principio de la ley especial deroga la ley general es aplicable en materia penal, y piensan que se refiere a que si un delito está previsto en una ley especial, léase Ley de Amparo, Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, Código Fiscal de la Federación, Ley General de Salud, etc., por ese simple hecho se tiene que aplicar el precepto que esté previsto en dicho Ordenamiento —ley especial—. Dicha opinión es insostenible. En los siguientes apartados trataremos de explicar la razón de lo antes dicho, amén de otras cosas.

Antes de pasar al siguiente apartado es conveniente decir desde ahora que en materia penal se ha sostenido por la doctrina mayoritaria tanto nacional como extranjera, que en efecto, dicho aforismo opera pero por lo que hace al concurso de normas penales. También se ha afirmado que en México el fundamento de dicho principio es el artículo 6 CPF, por lo que es indispensable conocer qué establece éste.

III. El artículo 6 CPF cuando surgió

Cuando nació el artículo 6 CPF éste únicamente consistía en un párrafo, este rezaba:

“Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial, se aplicará ésta, observando las disposiciones conducentes de este Código”.

En opinión de la doctrina⁷, en este artículo se reconocía la existencia de delitos previstos en las leyes especiales.

No obstante lo anterior, consideramos que debido a la terminología utilizada por un sector de la doctrina⁸, en aquel entonces, comienzan algunos de los problemas que se vienen arrastrando hasta la fecha. Por ejemplo, Carrancá y Trujillo dijo: *“... diversos delitos*

7 Carrancá y Trujillo, Raúl: *Código penal anotado*, 2ª ed., México: Antigua Librería Robredo, 1966, p. 31; González de la Vega, René: *Comentarios al Código penal*, México: Cárdenas, 1975, p. 11; González de la Vega, Francisco: *El Código penal comentado*, 4ª ed., México: Porrúa, 1978, p. 53; Porte Petit Candaudap, Celestino: *Apuntamientos de la parte general de Derecho penal*, 16ª ed., México: Porrúa, 1994, p. 175, quien decía: *“... ya que no es el caso de aplicación de dos normas, una general y otra especial, sino de una, ya que el delito cometido no está previsto en el Código Penal sino en una ley especial”*. Acosta Romero, Miguel/López Betancourt, Eduardo: *Delitos especiales*, 3ª ed., México: Porrúa, 1994.

8 Pavón Vasconcelos, Francisco: *Derecho penal mexicano*, p. 88, para quien: *“En nuestro medio judicial es común designar como “delitos especiales” a las figuras delictuosas descritas en leyes no penales, es decir, fuera del Código Penal, bien en forma aislada o formando parte de títulos especiales referentes a delitos de peculiar estructura entre otras leyes”*.

*especiales pueden estar tipificados en leyes también especiales, que son...*⁹. En nuestra opinión, lo dicho por el autor es un error, no hay delitos especiales; existen delitos previstos en leyes especiales, pero no se les pueden llamar delitos especiales, son tan delitos como los previstos en el Código Penal Federal o en cualquier otro Código penal.

Error similar al antes mencionado, lo cometió también, a nuestro juicio, René González de la Vega cuando dijo: *“Hay ocasiones en que las leyes penales especiales, tipifican conductas...”*¹⁰; a nuestro entender en México no hay leyes penales especiales, hay leyes que contemplan algunos delitos, pero no tienen absolutamente nada de especiales, lo único es que están previstos en leyes especiales, pero no son tampoco leyes penales especiales. No obstante lo anterior, puede haber, y de hecho han existido en muchos países auténticas leyes penales especiales; v.gr., temporales, de emergencia, de guerra, sitio, alarma y excepcionales, características de “estados de excepción” en el seno de Estados de Derecho, y desde luego han existido dentro de Estados totalitarios y autoritarios, caracterizándose por una mayor severidad y atenuación o supresión de garantías constitucionales.

Otra de las posibilidades que consideramos indujo a estos errores, fue el Anteproyecto de Código Penal de 1949 que modificaba el precepto —artículo 6— estableciendo que: *“cuando se cometa un delito previsto en este Código y en una ley especial, se aplicará ésta, observándose las disposiciones conducentes del presente ordenamiento”*. Nótese como se establecía que si un delito estaba previsto en ambos ordenamientos —Código penal y una ley especial— se debería de aplicar el previsto en la ley especial; esto era una aberración jurídica que no tenía sustento, toda vez que no existe una razón jurídica por el que se deba de aplicar un precepto sobre el otro; lo correcto sería ver qué tipo contiene más elementos para que así operase el principio de especialidad, pero no por mero capricho del legislador; aunado a lo anterior, es necesario decir que posteriormente el legislador puede modificar su voluntad en el Código penal y por esa simple razón dejaría sin efectos el tipo previsto en la ley especial.

En nuestra opinión, la terminología utilizada por los tratadistas antes mencionados provocó que las autoridades empezaran a utilizar dichos términos para cualquier

delito que se encontraba previsto en una ley especial, provocando confusión sobre la terminología ya que se empezó a crear una división, que nunca tuvo sustento jurídico alguno, entre delitos especiales y delitos comunes; terminología que no debería de haber existido toda vez que como ya advertimos, un delito es un delito esté en donde esté, pero no hay nada, absolutamente nada, que lo haga especial por el simple hecho de estar previsto en una ley especial.

Respecto de este artículo, en opinión de Carrancá y Trujillo, deberían de ser considerados como leyes especiales los Tratados Internacionales, toda vez que en estos también se pueden establecer delitos¹¹.

Dicho artículo fue modificado mediante reforma publicada el 14 de enero de 1985, en el Diario Oficial de la Federación. Dicho artículo permanece igual que con esta última reforma hasta la fecha, por lo que analizaremos el mismo a lo largo del presente trabajo.

IV. La reforma al artículo 6 CPF de 1985

No cabe la menor duda que el legislador penal tomó en consideración lo dicho por la doctrina en su momento, en el sentido de que en el artículo 6 CPF también se debería de incluir los delitos previstos en los Tratados Internacionales. El artículo reformado quedó de la siguiente manera:

“Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuentas las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo.

Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general”.

Como se puede ver, con esta reforma se agrega el que también se castigarán en México los delitos previstos en los Tratados Internacionales que fueran de observancia obligatoria en México, siempre y cuando se tomen en consideración los principios previstos en la parte general del CPF prevista en el Libro Primero, y si fuera necesario lo previsto en la parte especial, contemplada en el Libro Segundo del mismo Ordenamiento.

Así mismo, se adicionó un segundo párrafo, que resultó ser totalmente novedoso y que habla de cuando una misma “materia” esté regulada en diversas dispo-

9 *Código penal anotado*, p. 31.

10 *Comentarios al Código penal*, p. 11.

11 *Código penal anotado*, p. 32.

siciones, la especial prevalecerá sobre la general. Este segundo párrafo es el que ha creado confusión porque desde nuestro de vista está mal redactado, lo que hace que sea indispensable conocer qué sucedió históricamente para poder comprender y conocer el mismo.

Este artículo presenta varios problemas, esto son: ¿puede un Tratado Internacional establecer delitos y que estos sean de observancia obligatoria para México?, ¿qué quiso decir exactamente el legislador en el segundo párrafo?, ¿el término “materia” es lo mismo que “delito”?, ¿Qué significa el término “diversas disposiciones”?

Aun después de la reforma, las confusiones doctrinales continúan respecto de los términos *leyes especiales* y *delitos especiales*. En este sentido la doctrina entiende por *leyes especiales* para efectos penales, la materia o leyes que estudian o definen delitos especiales; y por *delitos especiales*, las disposiciones normativas penales que no forman parte del Código Penal y que tipifican un delito¹².

En los siguientes apartados se dará respuesta a las interrogantes antes mencionadas.

V. Los delitos previstos en los Tratados Internacionales: violación al principio de reserva exclusiva de ley

En opinión de la doctrina mayoritaria¹³, por como está redactado ahora el artículo 6 CPF en su primer párrafo, los delitos previstos en los Tratados Internacionales suscritos por México son de observancia obligatoria y siempre que contengan tipos delictivos se aplicarán estos.

No obstante lo anterior, a nuestro entender, si algún delito está previsto en un Tratado Internacional, aun y cuando éste haya sido suscrito por México, no se puede aplicar en nuestro país. Nos explicamos.

Para que un delito pueda aplicarse en México, es indispensable que se cumpla con el principio de reserva exclusiva de ley; dicho principio significa que la única fuente soberana en materia penal es la ley; ésta es la

única que puede crear delitos y causas de agravación, establecer penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias¹⁴.

Ahora bien, para comprender lo anterior es necesario recordar que de conformidad con el artículo 73, fracción XXI Constitucional, el único órgano del Estado legitimado para legislar en materia penal es el Poder Legislativo¹⁵. Por lo tanto, toda vez que los delitos previstos en un Tratado Internacional no fueron creados por el Poder Legislativo, no podrán ser aplicados en México, aun y cuando así lo establezca el artículo 6 CPF. Esta afirmación requiere una argumentación.

El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establece:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que puedan haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

El propio texto constitucional deja en forma clarísima que los Tratados Internacionales deben de ser celebrados por el presidente de la República y deberán de ser aprobados por el Senado¹⁶. Ahora bien, el Senado es una parte —Cámara— del Congreso de la Unión, pero no es el Congreso de la Unión. Éste está formado por dos Cámaras, la de Diputados y la de Senadores¹⁷; de suerte que si solo opera una de ellas para un acto, no se puede decir que el acto fue realizado por el Congreso de la Unión; sino que por el contrario, se deberá de decir que fue realizado por una u otra Cámara. En pocas palabras, dentro de un sistema *bicameral* la función legislativa no puede desempeñarse por una sola Cámara; por lo tanto “el Senado, sin la concurrencia de la Cámara de Diputados, no tiene atribución alguna para expedir leyes”¹⁸.

12 Por todos, Acosta Romero, Miguel/López Betancourt, Eduardo: *Delitos especiales*, pp. 9, 10.

13 González de la Vega, Francisco: *El Código penal comentado*, 10ª ed., México: Porrúa, 1992, p. 55; Carrancá y Trujillo, Raúl/Carrancá y Rivas, Raúl: *Código penal anotado*, 18ª ed., México: Porrúa, 1995, pp. 27, 28; Díaz de León, Marco Antonio: *Código penal federal con comentarios*, 5ª ed., Tomo I, México: Porrúa, 2001, p. 34.

14 Gallardo Rosado, Maydelí/Hernández-Romo Valencia, Pablo/Ochoa Romero, Roberto Andrés: *Fundamentos de Derecho penal mexicano I*, México: Porrúa, 2009, p. 45.

15 Cfr. Artículo 73, fracción XXI de la CPEUM.

16 Cfr. Artículos 76, fracción I y 89, fracción X, ambos de la CPEUM. Carbonell, Miguel: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México: Porrúa/UNAM/CNDHM, 2007, pp. 818 y ss.

17 Burgoa, Ignacio: *Derecho constitucional mexicano*, 20ª ed., México: Porrúa, 2009, pp. 642 y ss.

18 Burgoa, Ignacio: *Derecho constitucional mexicano*, p. 704; Tena Ramírez, Felipe: *Derecho constitucional mexicano*, 40ª ed., México: Porrúa, 2009, p. 298., quien dice: “La ley, como acto del Poder Legislativo, es obra siempre del Congreso y nunca de una sola Cámara en ejercicio de sus facultades exclusivas ni de la Comisión Permanente”.

En este orden de ideas, toda vez que el artículo 73 constitucional, en su fracción XXI, establece que los delitos únicamente pueden ser creados por el Congreso de la Unión, si un delito está previsto en un Tratado Internacional, al ser éste ratificado por una sola de las Cámaras —Senadores—, no está hecho por el Congreso de la Unión y por tanto no podrán considerarse delitos; al no poderse considerar como delitos no pueden aplicarse en México.

Por lo tanto un delito que no sea creado por el Congreso de la Unión —Cámara de Diputados y Senadores— no será considerado como delito para efectos mexicanos, toda vez que violaría el principio de reserva exclusiva de ley; esto es, el principio de legalidad¹⁹.

VI. La ley especial deroga la ley general o principio de especialidad

Tal como ya lo señalamos en la introducción, debido a la influencia civilista en el ámbito penal, muchos doctrinarios así como miembros del poder legislativo y judicial, consideran que el aforismo *la ley especial deroga la ley especial* es aplicable en materia penal.

Desde nuestro punto de vista esto es un error y por ningún motivo dicho principio es aplicable en materia penal. Semejante afirmación, después de tantos años requiere una explicación particular. Eso trataremos de hacer en las siguientes líneas.

Lo primero que hay que aclarar es que una cosa es el aforismo de *la ley especial deroga la ley general* y otra cosa muy distinta es el *principio de especialidad en materia penal* como fórmula para resolver el concurso aparente de normas. El principio de orden civil atiende a la especificidad de una norma en una

materia para ser sometida a una reglamentación diversa²⁰, mientras que el penal habla de una forma de solucionar un concurso aparente de leyes penales. Si bien la doctrina lo ha confundido, es por utilizar el lenguaje de forma inapropiada y por hacer traducciones incorrectas.

Es indispensable decir desde ahora, que cuando se habla del principio de especialidad, nada tiene que ver con la existencia de las mal llamadas leyes penales especiales y su relación con el CPF; sino que se refiere a que se limita el campo de acción a los supuestos en que dos leyes describen y valoran un mismo hecho, pero una, la regla general, lo hace en términos más genéricos que la otra, la especial, en la cual se encuentran los elementos de la primera más otros que agregan algún nuevo rasgo al hecho castigado en la segunda²¹. Entendido así, se puede decir, que para efectos penales existirá el principio que diga: *la ley especial prevalece sobre la general*²² o también *la ley especial se aplica con preferencia a la general*²³.

1. Opiniones doctrinales. Refutación de las mismas

Tal como ya se advirtió, la doctrina mayoritaria tanto nacional como extranjera ha considerado que el aforismo latino opera en materia penal para efectos de solucionar el concurso aparente de normas penales.

La doctrina ha traducido dicho aforismo de distintas formas; así, se ha dicho, que el principio —*lex specialis derogat legi generali*—, haciendo referencia explícita al mismo, significa que la ley especial *excluye* la ley general²⁴; que la ley especial *deroga* la ley general²⁵; que dicho principio se refiere a que la ley especial *prevalece* sobre la general²⁶; que el principio se refiere a que el precepto especial se aplicará *con preferencia* al

19 Pavón Vasconcelos, Francisco: *Derecho penal mexicano*, 16ª ed., México: Porrúa, 2002, p. 87.

20 www.jesus-jessusalgado.blogspot.es.

21 Orts Berenguer, Enrique/González Cussac, José Luis: *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 110.

22 Riz, Roland: *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Padova: CEDAM, 2002, p. 127.

23 Zugaldía Espinar, José Miguel: *Fundamentos de Derecho penal*, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 307.

24 Reynoso Dávila, Roberto: *Código penal federal comentado*, México: Porrúa, 2003, p. 11; Pavón Vasconcelos, Francisco: *Derecho penal mexicano*, p. 178; Landecho Velasco, Carlos María/Molina Blázquez, Concepción: *Derecho penal español. Parte general*, 5ª ed., Madrid: Tecnos, 1996, p. 136. En Alemania, Mayer, Max Ernst: *Derecho penal. Parte general*, Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2007, pp. 622, 623; Mezguer, Edmundo: *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935, pp. 327, 328.

25 Antón Oneca, José: *Derecho penal*, 2ª ed., Madrid: Akal, 1986, p. 495; Mir Puig, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Barcelona: Reppertor, 2002, p. 640; Díaz Roca, Rafael: *Derecho penal general*, Madrid: Tecnos, 1996, p. 60. En Italia, Maggiore, Giuseppe: *Derecho penal*, Volumen I, 2ª ed., Bogotá: Temis, 2000, p. 243.

26 Del Rosal, Juan: *Tratado de Derecho penal español. (Parte general)*, Vol. I, Madrid: Aguirre, 1968, p. 290; Díaz de León, Marco Antonio: *Código penal federal con comentarios*, p. 34. En Alemania, Welzel, Hans: *Derecho penal alemán*, 4ª ed., Chile: Editorial jurídica de Chile, 1997, p. 276, para quien: "...por eso prima frente al más general".

general²⁷; que se refiere a que la ley especial *desplaza* a la general²⁸; que se presentará cuando un tipo penal tenga todos los elementos del otro pero, además, algún elemento que demuestra un fundamento especial de la punibilidad²⁹; que se refiere a que una ley es *más específica* que la otra³⁰.

Respecto de todas estas posturas hay que decir, que la traducción que todas ellas hacen, menos una, es incorrecta; tal como ya se dijo, la única traducción correcta es la de la ley especial *deroga* la ley general; y respecto de esta traducción es indispensable mencionar que en materia penal un tipo especial no deroga un tipo común, simplemente no se aplicará el general, en virtud del principio de legalidad. Esto es, supongamos que un padre mata a su hijo. En este supuesto, si un tipo establece que comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro, este es un tipo común, mientras que si existe otro tipo que establece el homicidio en razón del parentesco o relación, este será un tipo especial, respecto del homicidio genérico, por lo tanto, respecto de este

supuesto, se aplicará el tipo especial, porque contiene más elementos, mismos que se adecuan al caso en concreto. De lo anterior, inferimos, que en materia penal no tiene sentido habla de derogación de una norma por el principio de especialidad.

Otro sector de la doctrina³¹, hace referencia al principio de especialidad, sin mencionar el aforisma latino y consideran que el tipo legal más específico prima sobre el general. También se considera que en este caso —concurso de normas— el legislador obliga a elegir la norma especial antes que la general, esto es, aquella que presenta todos los elementos de esta última más alguno o algunos específicos³². Dichas posturas, a nuestro entender son acertadas, toda vez que una cosa es el aforisma latino, que como ya se vio no tiene nada que ver con el principio de especialidad en materia penal, y otra cosa es el principio de especialidad en materia penal; esto es, especialidad lógica, de forma que pueda establecerse una relación de género a especie entre ambos preceptos.

27 Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 490; Morillas Cueva, Lorenzo/Ruiz Antón, Luis Felipe: *Manual de Derecho penal (Parte general)*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992, p. 77; Sanz Morán, A. J.: "Concurso de leyes o normas", en Luzón Peña, Diego-Manuel (Director): *Enciclopedia penal básica*, Granada: Comares, 2002, p. 272; Cobo del Rosal, Manuel/Quintanar Díez, Manuel: *Instituciones de Derecho penal español. Parte general*, Madrid: CESEJ, 2004, p. 91.

28 Sainz Cantero, José A.: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Tomo II, Barcelona: Bosch, 1982, p. 127; Suárez-Mira Rodríguez, Carlos (Coordinador)/Judel Prieto, Ángel/Piñol Rodríguez, José Ramón: *Manual de Derecho penal. I. Parte general*, Madrid: Civitas, 2002, p. 394. En Alemania, Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz: *Derecho penal. Parte general*, Tomo 2, Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 555. En EEUU, Vid., Hallevey, Gabriel: *A modern treatise on the principle of legality in criminal law*, USA: Springer, 2010, pp. 145, 146.

29 Cobo del Rosal, Manuel/Vives Antón T. S.: *Derecho penal. Parte general*, p. 175., para quienes: "Se trata aquí de una *especialidad puramente lógica*". Bacigalupo, Enrique: *Principios de derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Madrid: Akal, 1997, p. 419. Calderón Cerezo, Ángel/Choclan Montalvo, José Antonio: *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Tomo I, Barcelona: Bosch, 2001, p. 414; Quintero Olivares, Gonzalo: *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Navarra: Aranzadi, 2002, p. 762; Malo Camacho, Gustavo: *Derecho penal mexicano*, México: Porrúa, 1997, p. 234. En Alemania, Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Granada: Comares, 2002, p. 790. En Italia, Antolisei; Francesco: *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 14ª ed., Milano: Giuffrè, 1997, pp. 152 y ss.

30 Quintano Ripollés, Antonio: *Curso de Derecho penal*, Tomo I, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963, p. 201; Puig Peña, Federico: *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., España: Mateu Cromo Artes Graficas, 1988, p. 81. En Alemania, Jakobs, Gunther: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 1053.

31 Bustos Ramírez, Juan J./Hormazábal Malarée, Hernán: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Madrid: Trotta, 2006, p. 136. En Alemania, Merkel, Adolf: *Derecho penal. Parte general*, Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2004, p. 281; Von Listz, Franz: *Tratado de Derecho penal*, Tomo III, 4ª ed., Madrid: Reus, 1999, p. 157. En EEUU, Robinson, Paul H.: *Criminal law. Case studies & controversies*, 2a ed., USA: Aspen, 2008, p. 69; Lafave, Wayne R.: *Principles of criminal law*, USA: Thomson, 2003, p. 78.

32 Orts Berenguer, Enrique/González Cussac, José Luis: *Compendio de Derecho penal. Parte general*, p. 110; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio/Arroyo Zapatero, Luis/Ferré Olivé, Juan Carlos/García Rivas, Nicolás/Serrano Piedecabras, José Ramón/Terradillos Basoco, Juan: *Curso de Derecho penal. Parte general*, Barcelona: Experiencia, 2004, p. 401; Rodríguez Ramos, Luis: *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Madrid: Dykinson, 2006, p. 198; Zugaldía Espinar, José Miguel: *Fundamentos de Derecho penal*, p. 307; Fontan Balestra, Carlos: *Derecho penal. Introducción y parte general*, 15ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 126. En Italia, Mantovani, Ferrando: *Diritto penale. Parte generale*, p. 469; Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo: *Diritto penale. Parte generale*, p. 615; Cadoppi, Alberto/Veneziani, Paolo: *Elementi di Diritto penal. Parte generale*, Padova: Cedam, 2002, pp. 415 y ss.; Fiore, Carlo: *Diritto penale. Parte generale*, volume secondo, Torino: UTET, 1996, pp. 162 y ss.; Ramacci, Fabrizio: *Corso di Diritto penale*, p. 472; Padovani, Tullio: *Diritto penale*, 3ª ed., Milano: Giuffrè, 1995, p. 478.

Independientemente de la traducción que se haga, mismas que a nuestro juicio no son las adecuadas, toda la doctrina considera que respecto del principio de especialidad penal, éste significa que un precepto es más especial que otro cuando requiere, además de los presupuestos igualmente exigidos por el segundo, algún otro presupuesto adicional. Esto es, si un presupuesto requiere los presupuestos a + b y otro los presupuestos a + b + c, el segundo es más especial que el primero. En pocas palabras, todo aquel hecho que realiza el precepto especial realiza necesariamente el tenor literal del general, pero no todo hecho que infringe el precepto general realiza el tenor literal del especial³³.

Ahora bien, siguiendo con la idea anterior, es necesario decir, que las dos disposiciones pueden ser integrantes de la misma ley o de leyes distintas; pueden haber sido promulgadas al mismo tiempo o en época diversa, y en este último caso puede ser posterior tanto la ley general como la especial. De cualquier forma, es indispensable que ambas estén vigentes contemporáneamente en el instante de su aplicación, toda vez que en el supuesto contrario, no habría caso de concurso, sino que se presentaría un problema de orden a la ley penal en el tiempo³⁴. Respecto del principio de especialidad, no cabe la menor duda que éste hace referencia al principio de especialidad lógica³⁵.

2. Opinión histórica: el Congreso de la Unión

Cuando se reformó el artículo 6 CPF se dijo muy claramente en la exposición de motivos en la Cámara de Origen que en este caso fue el Senado:

“El problema de la concurrencia de normas aparentemente incompatibles entre sí, esto es, la situación que se plantea cuando una misma conducta ilícita se encuentra de alguna manera considerada en dos preceptos diversos, se resuelve actualmente en los términos del artículo 59. Se propone derogar éste, con el propósito de dar un nuevo tratamiento a la materia, reacomodándola, como técnicamente es aconsejable, en el artículo 6°.”

El vigente artículo 59 sostiene que cuando un delito pueda ser considerado bajo dos o más aspectos,

se optará por el que signifique pena mayor. No parece equitativa esta solución, simplemente fundada en la severidad de la sanción. En tal virtud, se reexaminó el asunto, analizando los distintos criterios que otras leyes y la doctrina han adoptado para enfrentar el problema de concurrencia de normas.

Así, se estimó adecuado establecer que en caso de concurrencia de normas aparentemente incompatibles entre sí, se esté a la de carácter especial, que prevalecerá sobre la general. Se considera que basta con la enunciación de este principio, reconociendo que un importante sector de la doctrina penal sostiene que en el principio de especialidad quedan suficientemente incorporados otros métodos para la solución de la concurrencia, como pueden ser los de consunción o absorción y subsidiariedad”.

En la Cámara de Diputados como revisora en el dictamen se dijo expresamente:

“... que cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general, según puede apreciarse de la lectura del segundo párrafo del mencionado artículo 6°.”

Es importante que se vea cómo en el proceso legislativo se utiliza la terminología de la *ley especial prevalecerá sobre la general*, pero nunca se habló de la *ley especial deroga la ley general*. Esto es, en la exposición de motivos se ve de forma clara que en el párrafo segundo del artículo 6 CPF, se buscó establecer el principio de especialidad como forma de resolver el posible concurso de normas penales, y nunca se habló del segundo de los principios mencionados.

No obstante lo anterior, el lenguaje utilizado por la Cámara de Diputados y la forma en que fue redactado el párrafo segundo del artículo 6 CPF, provoca equívocos, tal como ya se demostró con las tesis de Tribunales Colegiados transcritas anteriormente. Los problemas se dejan ver de forma patente, toda vez que dicho párrafo habla de “materia”, en vez de usar la palabra “delito”, utiliza la fórmula “diversas disposiciones” en vez de decir “distintos artículos”. Lo que hace que se pueda pensar, siempre que se desconozca el antecedente histórico, que el legislador buscó establecer como criterio

33 Por todos, Mir Puig, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, 640.

34 Jiménez de Asúa, Luis: *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, p. 146.

35 Cobo del Rosal, Manuel/Vives Antón T. S.: *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 175; García Albero, Ramón: *“Non Bis in ídem” material y concurso de leyes penales*, Barcelona: Cedecs, 1995, p. 321. En Italia, Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo: *Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Bologna: Zanichelli, 1996, p. 615; Ramacci, Fabrizio: *Corso di Diritto penale*, 3ª ed., Torino: Giappichelli, 2005, p. 473., quien sostiene: “El criterio de especialidad constituye una derivación del principio lógico en razón del cual una clase relativamente restringida de entidad (especie), es considerada incluida en una clase más amplia (genero), de la cual se distingue por la diferencia específica que individualiza la clase más restringida”.

prevalente el de especialidad de orden civil, cosa que nunca se buscó; sin embargo, debido a uno de los antecedentes —Anteproyecto— se puede pensar fácilmente que eso era lo que buscaba el legislador.

Ahora bien, cuando se habla de *materia*, lo único que se puede entender, de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española es: *asignatura, disciplina científicas*. Por lo tanto, por como está redactado el artículo, fácilmente se podría entender que cuando se dijo *materia*, se estaba haciendo referencia a una *disciplina* —entiéndase, con mucha imaginación, delito—. Aunado a esto, el legislador utilizó el término “diversas disposiciones” y por *disposición* se entiende de conformidad con el mismo Diccionario: *precepto legal*; por lo que se podría llegar a pensar que cuando se habló de dicho término se refería a *distintas leyes*. Salvo que “leyes” no se entienda en sentido formal, sino como precepto, regla, norma, etc.

Por lo que el segundo párrafo fácilmente se podría leer como: cuando una misma disciplina —delito— aparezca regulada por distintas leyes, la especial prevalecerá sobre la general. Cosa que como ya se vio es imposible debido a lo que se dijo en la exposición de motivos. Sin embargo, podría pensarse en el principio civil.

3. Toma de postura

Una cosa es el aforismo latino *lex specialis derogat legi generali* y que opera en materia civil/mercantil, y otra cosa muy distinta es el principio de especialidad en materia penal, como forma de solucionar un concurso aparente de leyes penales. Sin duda, el principio de especialidad tiene como referencia el principio de especialidad lógica.

Cuando se habla del principio de especialidad, no se puede pensar que se hace referencia a la existencia de leyes penales especiales. Esto es, en ocasiones se confunde el principio de especialidad penal con el de especialidad en materia civil/mercantil, y en la confusión se pretende que una ley penal especial sea siempre de aplicación preferente al Código penal, este criterio es inaceptable, toda vez, que el legislador puede modificar su voluntad perfectamente a través del Código penal y derogar tácita o expresamente con ello delitos previstos en leyes especiales anteriores³⁶.

El principio de especialidad penal limita su campo de acción a los supuestos en que dos leyes describen y valoran un mismo hecho, pero una, la general, lo hace en términos más genéricos que la otra, la especial, en la cual se encuentran los elementos de la primera más otros que agregan algún nuevo rasgo al hecho castigado en la segunda. Por lo que, de conformidad con este principio, la ley especial *prevalece* sobre la general. Esto es, *la ley que contempla más detalladamente, que recoge de forma más acabada, más específica y precisa el supuesto de hecho, ha de aplicarse con preferencia a la que lo contempla de forma más genérica*³⁷.

Por lo tanto, el principio de especialidad en materia civil —*Lex specialis derogat legi generali*—, es distinto del principio de especialidad en materia penal; en el primero se refiere a la especificidad de una materia para ser sometida a reglamentación diversa, mientras que el segundo se refiere a una forma de solventar un posible concurso de normas penales.

El problema de la aplicación de la locución romana en el derecho penal se debe a la incorrecta traducción e interpretación de la misma y a su incorrecta aplicación.

36 Carbonell Mateu, Juan Carlos: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 157.

37 Carbonell Mateu, Juan Carlos: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, p. 157.