

197  
28j

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



"ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE CONTRABANDO CALIFICADO CONTEMPLADO EN LA FRACCION III DEL ARTICULO 107 DEL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION"



FACULTAD DE DERECHO  
SECRETARIA AUXILIAR DE  
EXAMENES PROFESIONALES

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
SIMON ANGEL DURAN MUÑOZ





## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## INDICE

### CAPITULO I

	Pág.
ANTECEDENTES HISTORICOS. . . . .	2
A) ESTADOS UNIDOS. . . . .	3
B) COLOMBIA. . . . .	11
C) MEXICO . . . . .	17

### CAPITULO II

ELEMENTOS Y PROBLEMÁTICA SOCIAL DEL DELITO DE CONTRABANDO.	
A) NATURALEZA JURÍDICA . . . . .	25
B) LOS MEDIOS DE TRANSITO Y EL CONTRABANDO. RESPONSABILIDAD DE TERCEROS . . . . .	35
C) IMPORTACION Y EXPORTACION Y LAS INFRACCIONES ADUANERAS. . . .	48
D) EVOLUCION DE LOS MEDIOS PROBATORIOS DEL DELITO DE CONTRABANDO Y SU CONFIGURACION. . . . .	55

### CAPITULO III

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE CONTRABANDO CALIFICADO.	
A) CONDUCTA AUSENCIA DE CONDUCTA. . . . .	59
B) TIPICIDAD ATÍPICIDAD. . . . .	72
C) ANTIJURIDICIDAD CAUSAS DE LICITUD . . . . .	84
D) IMPUTABILIDAD INIMPUTABILIDAD . . . . .	94
E) CULPABILIDAD INCULPABILIDAD. . . . .	98
F) PUNIBILIDAD AUSENCIA DE PUNIBILIDAD (EXCUSAS ABSOLUTORIAS)	110
G) INTERCRIMINIS . . . . .	116
H) TENTATIVA. . . . .	119
I) CONCURSO. . . . .	122

## CAPITULO IV

## REPERCUSIONES ECONOMICAS DEL CONTRABANDO.

A) CONSECUENCIAS ECONOMICAS DEL CONTRABANDO. . . . .	125
B) REPERCUSION Y REPRESION SOCIAL. . . . .	129
C) DELITOS ECONOMICOS. . . . .	137
D) RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS. . . . .	143
(ARTICULOS 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114 CONSTITUCIONALES).	
CONCLUSIONES . . . . .	154
BIBLIOGRAFIA . . . . .	156

CAPITULO I  
ANTECEDENTES HISTORICOS

Antes de entrar al estudio de nuestro delito, es importante mencionar que la razón de hacer referencia a los antecedentes históricos de Estados Unidos de Norteamérica, Colombia y México, es en virtud, de que dentro de estos mismos existe una estrecha relación para la comisión de una actividad ilícita al fisco, como sería lo relativo al delito de contrabando, independientemente que sea o no calificado, toda vez que, como países Latinoamericanos se encuentra Colombia y México (ubicados ambos en la parte septentrional del Continente Americano).

Por su parte Colombia mantiene actualmente una estrecha cooperación internacional con Estados Unidos de Norteamérica y México, con tratados bilaterales, cuya finalidad principal es la prevención de delitos, y la punición de los mismos, así como el enjuiciamiento que requieren dichos delincuentes. Delitos que pueden ser internacionalizados, sea por convenios internacionales o a través de las legislaciones nacionales.

Es decir, mientras que la jurisdicción de los tribunales penales se expande más allá del principio de territorialidad, también es cierto que algunas sentencias penales de países extranjeros, pueden reconocerse en otros países para evitar que el acusado sea juzgado por un mismo delito en dos ocasiones (cosa juzgada), cuando ya ha sido juzgado y absuelto (o condenado) en el extranjero.

Ahora bien, el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de Norteamérica se enfrenta frecuentemente con el problema de la defraudación fiscal. Situación de la que se ha tomado conciencia en la legislación penal, sirviendo como base para controlar actividades - que se configuren como delictuosas.

Dicha actividad ilícita al fisco, tiene una doble penalidad; las llamadas "penas civiles" y las sanciones penales propiamente dichas. Presentando una sanción de carácter penal, sin que sea violatorio de normas jurídicas. Tal y como se presenta dentro de nuestro - sistema jurídico mexicano, respecto a éste punto subsecuentemente se hará referencia, de una manera más detallada, y la forma de presentarse en nuestra legislación.

Sin embargo, aun cuando existe una sanción administrativa y una sanción penal independiente la una de la otra, puede presentarse el caso de una acumulación.

Tomando como base lo mencionado en párrafos anteriores, es - así como nosotros consideramos la importancia de hacer referencia a los países en cita, ya que de una u otra forma, existe cierta reciprocidad e inclusive similitud en su estructura interna, como externa, para seguir la aplicabilidad de las sanciones penales y su procedimiento respectivo correspondiente a cada delito.

#### A) ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA.

Como primer antecedente diremos que la Historia Constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica se puede analizar en tres periodos: el período colonial, prolongado abusivamente hasta 1789; la experiencia de la unidad, de 1789 a 1876; y el período moderno, desde 1876 hasta nuestros días.

El período colonial se abre, sin embargo, en 1607, fecha en que unos cuantos mercaderes desembarcan en las costas de Virginia, instalándose de una manera permanente, su objetivo consistía en descubrir metales preciosos y la ruta de las Indias. Años más tarde las colonias se multiplican, ya sea por separación de las colonias anteriores, por concesión de territorios hechos por el rey de Inglaterra, por conquistas inglesas.

Así se forman trece colonias entre 1607 y 1732, dichas colonias en un principio se encuentran separadas, pero no obstante ciertos factores contribuyen a unirlos y, lo que unirá a las colonias será el descontento contra la metrópoli. Por una parte, los ingleses constatan que sus colonias les han representado un elevado costo militar, los colonos por otra parte, acusan el trato vejatorio de que han sido objeto las tropas locales por parte de los ingleses, dado que la metrópoli intenta recuperar el dinero sobre sus colonias por medio de nuevas medidas fiscales.

Ahora bien, el hecho de la independencia supuso la conversión de cada una de las colonias en un Estado libre respecto de la metró-

poli, y al mismo tiempo ante el resto de los Estados, criterio sostenido por Tung Andre, así "en cada uno de ellos se otorga una constitución". (1) Después de largas tentativas los trece Estados, obtienen la votación de una Constitución Federal el año de 1787, en Filadelfia, la cual entra en vigor en 1789.

La originalidad de la constitución reside, en la serie de dos órganos de gobierno, cada uno podría ser autosuficiente. En primer lugar, cada Estado dispone de todos los órganos necesarios: una Legislatura, un jefe del Ejecutivo (Gobernador) y un sistema judicial, pero, por encima del gobierno de cada Estado se halla un gobierno Federal que dispone, a su vez, de todos los órganos necesarios: uno Legislativo que es el Congreso, uno Ejecutivo que es el Presidente, y un sistema judicial Federal. Por lo que, sus decisiones no vincularán solamente a los Estados, sino que las leyes se impondrán directamente a cada ciudadano, es decir, no percibirá contribuciones de los Estados, sino que los impuestos recaerán directamente sobre cada ciudadano.

El período de la experiencia de la unidad, lo dividiremos en tres etapas; el período formativo; el de la crisis y, por último, la Sesión, la guerra civil y la reconstrucción. El primero constituye la instalación de los principales órganos Federales, quedando por resol

1 Cfr. Tung Andre: "El Derecho en Estados Unidos"  
Ediciones oikos-tau S.A., Universitaires de France, 1971 pág. 17 y 18

ver el problema de la regulación práctica de sus poderes y de sus relaciones, su creación, hace que numerosos problemas sean resueltos, aunque estos son más de ciencia política que jurídica.

Así Tung Andre asevera que; "A partir de este período se oponen las tendencias Federalistas y antifederalistas, hasta el punto de que ciertos Estados evocan la posibilidad de una secesión". (2) Por otra parte la nación se halla en pleno crecimiento y los intereses económicos de las diferentes regiones son a menudo opuestos, esto no es más que el principio del período de la crisis, que se manifestaría claramente con la instalación de Jackson en la Casa Blanca, ya que sus ideales son hacia la democracia, y más que nada es sobre todo a causa del problema de la esclavitud.

Una de las consecuencias más afortunadas de la guerra civil fue la abolición de la esclavitud. Lincoln, cuando accedió a la presidencia, había declarado que no tenía el poder y, por consiguiente el deseo de abolir la esclavitud en los Estados, lo único que pretendía era estimular la liberación de los esclavos. Asimismo la elección de Lincoln significa la necesidad de la secesión, por pertenecer a un partido netamente republicano.

Ahora bien, el período que abre la elección de 1876 puede llamarse, bajo diferentes puntos de vista, como por ejemplo el período moderno. En el aspecto constitucional, las tres grandes enmiendas de-

2 Tung Andre; Ob. cit. pág. 26 y 27.

la guerra civil fueron votadas y ratificadas, en el aspecto político, la autoridad de la federación sobre los Estados fue afirmada, en el aspecto económico Estados Unidos será una nación en alto grado industrial, quedando por resolver, y que actualmente no se especifica, es lo relativo al problema negro y el de la reglamentación de la industria y el comercio. Sin embargo, el Congreso votó en favor de los negros cuantas leyes parecían necesarias, para integrarlos en la vida nacional.

Como segundo antecedente, actualmente Estados Unidos su administración de justicia penal está distribuida entre los cincuenta estados y el gobierno federal, pero la gran mayoría de los procesos judiciales ocurren en los tribunales estatales, ya que los cincuenta estados tienen competencia judicial y legislativa sobre los delitos del derecho común, tales como el homicidio, simple o calificado, violación, agresión, lesiones, secuestro, fraude, robo, hurto y delito de incendio.

Las legislaturas de los estados también promulgan leyes que convierten en delitos ciertos actos con repercusiones intraestatales no previstos en el derecho común. Es por eso, que la mayoría de los estados han promulgado códigos de derecho penal, declarando como delitos ciertos actos, estableciendo además sanciones para ellos. Luego entonces, el derecho común consuetudinario tiene la misma autoridad que el derecho legislado, por lo cual un hecho no tipificado como delito por una ley, puede ser considerado como tal.

No existe sin embargo, un derecho común federal, en virtud de que, el Congreso Federal carece de capacidad para definir delitos que no tengan repercusiones intraestatales, ni para sancionar a sus realizadores. Cabe hacer mención, el asesinato del Presidente John F. Kennedy, muchos se sorprendieron al saber que no era un delito federal matar a un presidente y que el asesino sólo podría ser juzgado por los tribunales del estado de Texas, donde ocurrió el homicidio.

Luego entonces, el Congreso Federal tiene la facultad de establecer delitos y las penas correspondientes, sólo dentro de su limitado ámbito como poder legislativo federal.

Por lo tanto, el Congreso Federal podrá establecer normas penales tendientes a proteger la efectividad general del gobierno federal, en todas sus funciones, como por ejemplo, en 1965, el Congreso modificó el Código Penal para consagrar como delitos federales el homicidio, secuestro o asalto al presidente.

Respecto al sistema de tribunales, el jurista norteamericano Leroy Jones señala que "existe por lo menos un tribunal de jurisdicción penal general en cada condado de cada estado. Los estados tienen sus propios códigos de procedimiento penal, cada uno en un grado distinto de desarrollo, también pueden tener sus propias reglas de procedimiento penal para actuar ante los tribunales. (3) Desde luego, las reglas federales de procedimiento penal, promulgadas en 1946, rigen el procedimiento ante los tribunales de distrito de los Estados Unidos. Además existen apartados de la Constitución Federal que establecen -

normas procesales para los tribunales federales y estatales".

Como consecuencia de lo anteriormente expresado, a su vez, el Departamento del Tesoro de Estados Unidos se enfrenta constantemente con el problema de la defraudación fiscal, es decir, lo relativo a la evasión de impuestos, sobre el que tiene amplia experiencia. Por lo que, la legislación penal en materia de fraude al fisco ha servido como medio para controlar actividades ilícitas, aun cuando también se presenta en actividades lícitas. Mas sin embargo, el fraude al fisco tiene una doble penalidad: las llamadas "penas civiles" y las sanciones penales propiamente dichas, encontrándose fijadas en el Código de los Estados Unidos, título 26 (código de los impuestos interiores), aun cuando se encuentran sanciones penales en otras leyes y capítulos del Código de los Estados Unidos.

La aplicación de las multas y penas debe ser ejecutada mediante el ejercicio de la acción penal ante un tribunal, el ejercicio de dicha acción es recomendado por la Asesoría Jurídica de Ejecución del Servicio de Impuestos Interiores al Departamento de Justicia. Pero el Departamento de Justicia ejercita la acción penal únicamente en los casos en que llega a la conclusión de que el causante es culpable y existe razonable culpabilidad para la obtención de un veredicto. Aun cuando existe una sanción administrativa y una sanción -

3 Harry Leroy Jones; "Cooperación Interamericana en los Procedimientos Penales" Ediciones U.N.A.M., México, 1983 pág. 346 y 347.

penal independiente una de la otra, sin embargo, pueden ser acumuladas pero generalmente se aplica únicamente la sanción administrativa. Al respecto Hernández Esparza expresa que la diferenciación entre el fraude civil y el fraude penal "radica en la flagrancia de la falta, las pruebas disponibles y la carga de la prueba que tenga el gobierno. El fraude civil debe ser demostrado por pruebas claras y convincentes, el fraude penal requiere pruebas más fehacientes para obtener un veredicto de culpabilidad, por lo tanto, el gobierno debe demostrar la culpabilidad más allá de toda duda razonable. (4)

Por su importancia es conveniente señalar, que se considera como defraudación fiscal, la tentativa de Evadir o Eludir el pago de impuestos, así como también las declaraciones falsas que haga toda persona, el depósito o ocultamiento de bienes o mercancías respecto de las cuales se ha fijado cualquier impuesto, o toda propiedad cuyo gravamen esté autorizado, con la intención de eludir o evadir la fijación de un impuesto establecido. Estos son algunos de los delitos tipificados como (felony), mas sin embargo, no son las únicas disposiciones sancionadas por defraudación fiscal.

La amplia extensión de la evasión de impuestos hace evidente que los riesgos en que se incurre no son suficientes para interrumpir esta práctica.

4 Hernández Esparza, Abdón; "El Delito de defraudación fiscal" Ediciones Botas, México, 1962 pág. 63.

Por último, la Judiciary de 1789 que iba a poner en marcha - la Suprema Corte, creó los tribunales de Distrito y los tribunales - de Circuito, por lo que la Suprema Corte era, salvo casos excepciona - les en los que disponía de competencia directa, la única jurisdic - ción ordinaria de apelación. Sin embargo, los tribunales de circuito y de distrito se repartían la competencia federal de primera instan - cia, los primeros resolvían principalmente las cuestiones en que se \_ enfrentaban partes de ciudadanía diferente, y los segundos se ocupa - ban sobre todo de casos de derecho marítimo y algunos asuntos pena - les de competencia federal.

## B) COLOMBIA

Podemos decir que la formación de las leyes para las colonias españolas en América se inició en 1525, constituyendo la recopilación de las leyes para los reinos y las Indias, incluyéndose además en las colonias el fuero real, las Ordenanzas Reales de Castilla, la nueva recopilación, etc., debiéndose tomar en cuenta los autos de las Audiencias, y los bandos de virreyes y gobernadores, que crearon los ritos procesales. Posteriormente tal y como afirma Estrada Velez el 30 de marzo de 1811 se expidió la Constitución para el Estado de Cundinamarca, entre sus principales normas se puede mencionar "la abolición de la tortura y la prohibición de privar de la libertad a las personas sin previo mandato formal de la autoridad competente". (5)

En 1823 se redactó el primer proyecto de Código Penal, pero no fue aprobado. Ya que en la época de la dictadura boliviana se decretaron instrumentos penales de emergencia, caracterizadas por la arbitrariedad y el despotismo que las inspiraron, y por su marcado sentido de instrumentos de persecución política, pero en el decreto de 20 de febrero de 1828 se estableció la pena de muerte para los delitos políticos, mediante un procedimiento breve y sumario. Asimismo hacia la mitad del siglo se expidieron varias leyes de indiscutible importancia, que complementaban las disposiciones del Código de 1837, posteriormente el 26 de mayo de 1849, se abolió la pena de muerte para los delitos políticos, surgiendo la ley del 31 de mayo de 1851 --

5 Cfr. Estrada Velez Federico: "Derecho Penal, Parte General" Ediciones Librería del Profesional, Colombia, 1981. pág. 33.

que institucionalizaba la libertad de prensa. Finalmente la ley del 4 de junio de 1851 estableció el jurado popular para el juzgamiento de los sindicatos por delitos de homicidio, robo y hurto de menor cuantía, con estas modificaciones el Código del 37 subsistió hasta el año de 1873, en éste mismo se establece la supresión total de la pena de muerte, pero su vigencia fue efímera siendo abolido en 1886, restableciéndose de nueva cuenta la pena de muerte.

Pero debemos tomar en cuenta, que el Código de 1873 sirvió de base para un nuevo proyecto, con adiciones y modificaciones, por lo que, dicho proyecto fue adoptado por la ley 19 de 1890, rigiendo el mismo hasta el año de 1938.

Algunas reformas se han introducido al Código Penal, especialmente durante las diversas épocas en que el país ha vivido bajo el régimen del Estado de sitio, como antecedente podemos señalar el decreto 817 de 1953, creándose una comisión revisora del Código Penal dicha comisión solo logró instalarse en el despacho del Ministerio de Justicia, y luego inexplicablemente no volvió siquiera a ser convocada, surge un nuevo decreto 415 de 22 de marzo de 1972, el Gobierno Nacional crea la Comisión de Reforma del Código Penal, su trabajo consistía en elaborar su proyecto de Código Penal armónico y congruente, publicado con actas y exposiciones de motivos. Se crea otra comisión Revisora del Código Penal y del Anteproyecto de 1974, mediante los decretos 2447 y 2597 de 1974 y III de 1975, fruto de esa labor de revisión y análisis fué el proyecto de 1976.

Mediante la Ley número 21 de 1977 que nos interesa, por contener elementos de nuestro tema en estudio, introdujeron reformas fundamentales al Estatuto Penal Aduanero. (Decretos 955 de 1970 y 520 de 1971). Las penas principales de la legislación anterior se mantienen vigentes, solo se aumentan los límites máximos que anteriormente se habían determinado, señalándose límites mínimos.

En torno a la conversión de la multa en arresto, a más de que se aumenta la cuantía para efectuarla y se limita la duración del mismo cuando es producto de dicha conversión, se aclara que ésta procede cuando la pena es única y no simplemente principal como de manera impropia la calificaba la legislación anterior, ya que ahí no se apreciaba como accesoria, pues en todos los casos tenía el carácter de principal. Como el aumento de las penas implicaba aumento de los términos prescriptos de la acción penal, se modificó el criterio que traían las derogadas disposiciones para acudir a las reglamentaciones genéricas que para este aspecto contempla el Código Penal.

Al respecto Aldana Roza señala que la tipificación de las infracciones sufrió fundamentales modificaciones, pues "los ilícitos que antes aparecían en tipos completamente independientes, debido a la diversa naturaleza y entidad de las conductas delictivas, se refundieron en nuevas descripciones comportamentales que la nueva ley denomina contrabando de primero y segundo grados, cada uno de ellos

con su correspondiente modalidad culposa".(6)

Cabe hacer mención, que en la legislación recientemente promulgada se acogen criterios diferentes para la estructuración de los ilícitos, habida consideración de su gravedad, los más graves tienen su fundamentación en el hecho de la ilícita importación o exportación y los más leves en la realización de conductas posteriores a la indebida introducción al país y en la violación de autorizaciones. Para los primeros se adopta el calificativo de contrabando de primer grado y para los demás contrabando de segundo grado, denominaciones que no aparecían consignadas en ninguno de los estatutos anteriores.

El contrabando que se comete por la ilícita importación o exportación de mercancías ofrece tres modalidades; una de ellas es la que se refiere al tráfico internacional de mercancías, cuya importación o exportación esté legalmente prohibida.

En relación con el ilícito que el anterior estatuto denominaba "Contrabando por fuera de las Aduanas", se mantiene en su integridad, ya que se acogen las mismas modalidades comportamentales que anteriormente habían sido previstas, la no presentación de las mercancías ante las autoridades para su nacionalización o despacho o eludir su intervención, solo que, con una mejor técnica legislativa se omite la referencia concreta al objeto material de la conducta, pues dado que existe una norma que contempla el contrabando cuando se -

6 Cfr. Aldana Roza Luis Enrique: "Derecho Penal y Criminología" Revista del Instituto de Ciencias Penales, Colombia, 1977 pág. 105.

comete sobre mercancías cuya importación o exportación se halle legalmente vedada, es obvio que los restantes tipos que se refieren al ilegal tráfico internacional, tienen que hacer referencia a las mercancías que aparecen en las listas de licencia previa o de libre importación o exportación.

Inclusive el citado tratadista Aldana Roza asegura que el contrabando por fuera de las aduanas fue objeto de varias modificaciones que no siempre suponen progreso legislativo. Ya que se omite correctamente la referencia concreta al objeto material de la conducta, pero impropiamente se limita el ilícito a la hipótesis en que la mercancía se introduce al país o sale del mismo, valiéndose el agente de afirmaciones o documentos falsos o cualquier otro medio delictuoso.(7)

El contrabando de segundo grado contempla varias hipótesis delictivas; la primera de ellas reemplaza el contrabando impropio y representa una importante medida legislativa para impedir que las mercancías de contrabando irrigan el comercio y atenten contra el trabajo, la industria y la economía nacionales. Constituye también contrabando de segundo grado la modificación o alteración de la identificación de mercancía no nacionalizada, es decir, que esas mercancías permanezcan en el territorio Colombiano sin sufrir el trámite nacional de nacionalización.

7 Cfr. Aldana Roza Luis Enrique: Ob. cit. pág. 107.

La finalidad de sancionar esta forma de culpabilidad se basa en el deseo de evitar que queden impunes comportamientos en los cuales no aparezca claro el proceder doloso del Agente y de otra parte esté demostrado que procedió en forma imprudente, imperita, negligente o con violación de normas o disposiciones legales.

## C) MEXICO.

En los antecedentes históricos de México, se debe analizar en forma cronológica tres etapas; Etapa Colonial, Etapa Independiente y Etapa Revolucionaria, dentro de las cuales destaca la importancia y modalidades que se han reconocido al derecho aduanero como instrumento de salvaguarda de la economía, de equilibrio en el comercio internacional, de fortalecimiento del mercado interno y como útil condición y medio para el impulso a la industrialización. Teniendo su origen el desarrollo histórico de México en las disposiciones que se dictaron por España a raíz del descubrimiento de América.

En la Etapa Colonial, con motivo del descubrimiento del Nuevo Mundo, los Reyes Católicos de España obtuvieron del Papa Alejandro VI la Bula "Inter-Caetera", del 4 de mayo de 1493 en la que se fijaba una línea que pasaba a 100 leguas de las Islas Azores y del cabo verde yendo de norte a sur, de tal forma, que lo que quedaba al Occidente de esa línea sería considerado español y lo que estuviera al Oriente portugués. La Bula concedía a España "todas aquellas islas y tierras encontradas y que se encuentren, descubiertas y por descubrir con todos sus dominios, ciudades y fortalezas, lugares, derechos, y jurisdicciones, motivo que suscitó discusiones acerca de su legalidad, firmándose posteriormente el Tratado de Tordecillas donde se ratificaba la misma, Bula Alejandrina".

Dentro de los primeros documentos de contenido aduanal que regularon a la Colonia, se encuentra la cédula real, obra de los Reyes Católicos, en la que se declaraba libre del pago de impuesto a las personas y frayles que vinieran a poblar las tierras descubiertas, esta desgravación aduanera era motivada para incentivar la colonización en América.

Ahora bien, sobre este punto Carvajal Contreras explica: "las disposiciones para la Nueva España que contienen instrucciones para combatir el contrabando, fueron las pragmáticas de 1525 y de octubre de 1532; en la primera se ordenaba que se embargaran los navíos ingleses, portugueses o de cualquier otro país, que llegasen al nuestro con mercaderías, sin importar si eran propiedad de los súbditos o naturales; la segunda disposición ordenada que se vigilara la defraudación del derecho de almojarifazgo y otros derechos que se ocasionaban al venderse mercancías y frutas de otras tierras, la sanción a la infracción era el comiso de las mercancías y de frutas". (8) Además de los monopolios y estancos a que estaba sujeta la colonia de la Nueva España, se impusieron diversos y complicados impuestos, los principales son: Derecho de Averfa, Derecho de Almirantazgo, Derecho de Almojarifazgo, Derecho de Tonelaje, Derecho de Alcabala, esta última forma es la que reviste características de tipo aduanal y en este sentido la utilizamos.

8 Carvajal Contreras, Máximo: "Derecho Aduanero"  
Editorial Porrúa, S.A., México, 1985 pág. 50.

El Derecho de Alcabala consistía en el pago de un seis por ciento del valor de las mercancías en su venta de primera mano, pero tal fue su abuso que México pidió su abolición y establecieron en su lugar Aduanas Interiores.

Concluyendo, la etapa colonial del comercio exterior de nuestro país refleja lacras y atavismos que actualmente pesan aún en la conciencia del mismo, como por ejemplo, el absurdo sistema de flotas, el Monopolio de algunos puertos, la negativa de comerciar con otros países e incluso la ridícula prohibición de comerciar las colonias entre sí, por lo que, el florecimiento del ilícito de contrabando se ve desde el punto de vista de un acto necesario para sobrevivir, y no como un acto contrario a derecho.

En la Etapa Independiente, aunque el comercio se declaró libre y los puertos se abrieron a los buques de todas las naciones, se implantó desde el primer momento el régimen de las prohibiciones declarando vedada la importación de lo que producíamos o suponíamos poder producir, por lo que, el 15 de diciembre de 1821, se crea el primer arancel, publicado por la Soberana Junta Provisional Gubernamental, denominado "Arancel General Interino para el Gobierno de las Aduanas Marítimas en el Comercio libre del Imperio", él mismo trafa una lista de productos prohibidos, asimismo tenía una lista de objetos que se podían importar libres de impuestos, y otra cubriendo el impuesto de importación para lo cual seguía el Sistema de Aforo, es decir, tomándose como base el valor de la mercancía fijada en el - -

propio arancel correspondiente.

Por lo tanto, el sistema de prohibición era utilizado como un instrumento de política comercial, considerándolo como un factor de estímulo insuperable para el desarrollo industrial. Sin embargo, las fracciones de los artículos prohibidos fueron aumentando.

Poco tiempo después, en 1845 se autorizó un nuevo arancel expidiéndose el 4 de octubre del mismo año conservando las prohibiciones existentes, en una palabra dejaba las cosas en el mismo estado en que se encontraban. Por último en 1853 se expide el Arancel General de Aduanas Marítimas y Fronterizas, quedando derogadas las prohibiciones anteriormente citadas, como se habrá observado el prohibicionismo fue la pauta que marcaron todos los aranceles expedidos hasta esta fecha.

Sin lugar a duda, sostiene Carvajal Contreras "el proteccionismo es un sistema político fiscal que bien aplicado es de resultados favorables a la economía nacional, y más si se eleva a su grado máximo como es el prohibicionismo, ya que al tratar de proteger lo que en un país no existe ni se produce, prohibiendo la importación de los productos destinados precisamente a la creación de sus fuentes de riqueza, se desvirtúa su principio protector, al no dejar que se constituya lo que se trata de proteger". (9)

Ahora bien, con la promulgación de la Constitución de 1857, se imponen los principios liberales en todas las materias y en todos los órdenes de la vida nacional, se declara la libertad de trabajo y de comercio, se faculta al poder legislativo para que sea el único que pueda expedir aranceles, se prohíbe a los estados gravar directa o indirectamente el tránsito de personas o cosas que atraviesen su territorio, asimismo, se prohíbe gravar la entrada y salida de la mercancía nacional o extranjera, ordenándose que no se creen aduanas locales, facultando solo a la federación en gravar las mercancías.

Desgraciadamente la guerra de los tres años, la intervención francesa, las guerras ulteriores y la dictadura, hicieron que los principios liberales de la Constitución de 1857 fueran casi letra muerta.

En párrafos anteriores se ha hecho mención a los aspectos de tipo arancelario, luego entonces, las disposiciones sustantivas que se dan en ésta época son varias, solo haremos mención, a la "Ordenanza General de Aduanas Marítimas y Fronterizas de la República Mexicana" del 31 de enero de 1856, por contener disposiciones de nuestro tema en estudio, la misma dividió en tres tipos de infracciones las violaciones de la Ordenanza. La primera, el contrabando, la segunda el fraude y la tercera, las faltas de observación de la propia Ordenanza. Como casos de contrabando estableció: la introducción clandestina de mercancías por puntos que no están habilitados para el comercio exterior, la introducción de mercancías por puertos o fronteras sin la

documentación exigida o en horas inhábiles, la descarga o transporte de mercancías sin el documento que acredite haber sido importada legalmente, entre otros. Así Carvajal Contreras asevera; "las penas que se impusieron para sancionar el contrabando fue la confiscación y - pérdida absoluta de las mercancías, en algunos casos también se imponía el pago de dobles derechos de importación".(10)

Posteriormente se establecieron dos vías para la aplicación de los juicios, una ante la autoridad judicial y la otra ante la autoridad administrativa, en el juicio administrativo existían tres - instancias: la primera, ante el administrador de la aduana; la segunda, ante la junta de aranceles y la tercera, ante la junta de Crédito Público, los interesados podían optar en el momento mismo en que - ocurriera la infracción de contrabando, fraude o faltas por cualquiera de las dos vías señaladas la judicial o administrativa, una - vez seleccionada una de ellas no podía variarse a la otra.

La Etapa Revolucionaria debido a la crisis que trajo consigo la Revolución, los años en que la misma duró y aún los que le siguieron, hicieron casi imposible que se aplicara una adecuada política - de comercio exterior, dependiendo casi exclusivamente de sus productos minerales.

Ya triunfante la Revolución el primer jefe del Ejército - - Constitucionalista en julio de 1916, publica la nueva tarifa de aranceles, posteriormente, al promulgarse la Constitución de 1917, se les 10 Carvajal Contreras, Máximo: Ob. cit. pág. 64 y 66.

asignó a la Federación y al Congreso de la Unión, facultades privadas para regular el comercio exterior, es así como en el Artículo 73 fracción IX se le daba facultades al Congreso para "expedir aranceles sobre el comercio extranjero". Y el Artículo 117 fracción V, afirmaba que los estados no podrán "prohibir ni gravar directa ni indirectamente la entrada a su territorio, ni la salida de él, a ninguna mercancía nacional o extranjera, "agregándose en la fracción I del Artículo 118 "ni imponer contribuciones o derechos sobre importaciones o exportaciones, tales eran los principios que consagra nuestra Carta Magna".

La legislación aduanal, estaba desde 1891 abandonada, si bien es cierto que se habían dado un sinnúmero de disposiciones, éstas habían sido dictadas en momentos de crisis y sólo para salvar situaciones momentáneas, siendo necesario que se efectuara una revisión completa y se le reformara. Posteriormente se publicó una nueva ley aduanera, proporcionando mayores facilidades al comercio en las respectivas aduanas.

Sin embargo, en 1935 se expide una nueva ley aduanal, regulando el tráfico de mercancías, pudiendo ser: Marítimo, Terrestre, Aérea y Postal, teniendo vigencia hasta principios de 1952, en que entró en vigor el Código Aduanero, por lo que, este código es el antecedente inmediato de la actual legislación aduanera, toda vez, que innumera-

bles figuras jurídicas y disposiciones han sido adoptadas por la ley de 1932 y su reglamento.

Por lo tanto, las mercancías, desde el momento en que pere-  
tran en aguas territoriales o en el espacio aéreo mexicano, quedan -  
sujetas a las disposiciones del Código Aduanero y de las tarifas que  
regulan el comercio internacional, con excepción de las naves milita  
res, marítimas o aéreas y las dedicadas a los servicios oficiales de  
los gobiernos extranjeros.

## CAPITULO II

## ELEMENTOS Y PROBLEMÁTICA SOCIAL DEL DELITO DE CONTRABANDO.

## A) NATURALEZA JURÍDICA.

No hay duda respecto a que las leyes reguladoras de cada tipo de ingreso, por ejemplo, en materia de impuestos tienen el carácter de leyes, tanto en su aspecto formal por cuanto que tienen su origen en un acto del Congreso, como en su aspecto material, en cuanto actos creadores de situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales.

Por tanto, en materia de impuestos existen dos clases de disposiciones: las que fijan el monto del impuesto, los sujetos del mismo y las formas de causarse y recaudarse y las que enumeren actualmente cuales impuestos deben causarse. En otros términos, la ley general que anualmente se expide con el nombre de Ley de Ingresos, no contiene sino un catálogo de los impuestos a cobrar en el año fiscal. Al lado de ella existen leyes especiales reguladoras de los propios impuestos y que no se reexpiden cada año, cuando la primera conserva el mismo concepto del impuesto. (1)

La Constitución Federal, faculta al Congreso de la Unión para "imponer las contribuciones necesarias a cubrir el Presupuesto", así lo dispone el Artículo 73, fracción VII.

1 Francisco de la Garza, Sergio: "Derecho Financiero Mexicano" Editorial Porrúa S.A., México, 1986 pág. 102 y 103.

Y el Artículo 65, fracción II, dispone "el Congreso se reunirá el día primero de septiembre de cada año para celebrar sesiones ordinarias en las cuales se ocupará..."

"II. Examinar, discutir y aprobar el presupuesto del año fiscal siguiente y decretar los impuestos para cubrirlo..."

Desprendiéndose de que si anualmente deben discutirse y aprobarse las contribuciones necesarias para cubrir el presupuesto, las leyes, tanto la general de ingresos como las especiales de impuestos, tienen una periodicidad de un año, al cabo del cual automáticamente dejan de producir sus efectos, a tal grado, que si en la ley de ingresos se omite un impuesto que el año anterior ha estado en vigor, por ese simple hecho se considera que en el año fiscal siguiente no debe aplicarse la ley especial que sobre el particular haya regido.

Esto significa que en realidad el Congreso sólo se vale de un procedimiento práctico, para evitarse la tarea de volver a discutir y aprobar toda la legislación sobre impuestos vigente en años anteriores, pues si se conserva el concepto que desarrollan las leyes especiales, éstas deben entenderse incorporadas a la ley general de ingresos, que anualmente les imprime su propia vigencia. Teniendo esta misma a su vez caracteres de acto legislativo desde el punto de vista de su naturaleza intrínseca, los mismos que no pierde por el hecho de su valor temporal.

Sin embargo, además de los ingresos tributarios, existen otros no tributarios, como son los productos que son definidos por el Código Fiscal de la Federación, como las contraprestaciones por los servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho privado, así como por el uso, aprovechamiento o enajenación de bienes del dominio privado, y los aprovechamientos, son los ingresos que percibe el Estado por funciones de derecho público, distintos de las contribuciones, de los ingresos derivados de financiamientos y los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal. Careciendo estos de significación, por no surgir autorizaciones creadoras o recaudatorias, a que se refiere los Artículos 73 fracción VII y 74 fracción IV de la Constitución Federal.

Luego entonces, Francisco de la Garza señala que "los ingresos públicos, se dividen a su vez en originarios y derivados. Los primeros son aquéllos que tienen su origen en el propio patrimonio de Estado, como consecuencia de su explotación directa o indirecta; los segundos son aquéllos que el Estado recibe de los particulares, es decir, que no provienen de su propio patrimonio, como los impuestos, derechos, contribuciones especiales, aprovechamientos y los empréstitos".(2) El Código Fiscal reconoce este tipo de ingresos.

Ahora bien, el Código Fiscal vigente en su Artículo 2 fracciones I, II, III, IV, reconoce como ingresos públicos y los clasifica en:

2 Ibidem. pág. 107.

I. Impuestos son las contribuciones establecidas en la ley que deben pagar las personas físicas y morales que se encuentren en la situación jurídica o de hecho prevista por la misma.

II. Aportaciones de Seguridad Social son las contribuciones establecidas en ley a cargo de las personas que son sustituidas por el Estado en cumplimiento de obligaciones fijadas por la Ley.

III. Contribuciones de mejora son las establecidas en ley a cargo de las personas físicas y morales que se beneficien de manera directa por obras públicas.

IV. Derechos son las contribuciones establecidas en ley por los servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público, así como por el uso o aprovechamiento de los bienes de dominio público de la nación".

Los demás se encuentran previstos en el Artículo 3, del mismo Código al señalar:

"Son aprovechamientos los ingresos que percibe el Estado por funciones de derecho público distintos de las contribuciones".

Cabe hacer mención a las obligaciones y prerrogativas de los Mexicanos, las cuales se encuentran previstas en el Artículo 31 de la Constitución, que en su parte conducente expresa: "Son obligaciones de los mexicanos": fracción IV. "Contribuir para los gastos públicos, así de la federación como del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes".

El precepto anterior contiene cuatro principios: el de legalidad, equidad, proporcionalidad, y el de destino. El primero lo encontramos en el establecimiento que las leyes hacen de las contribuciones a cargo de los particulares y en los caracteres esenciales - del impuesto, la forma y contenido y alcance de la obligación tributaria. El segundo es la proporción entre las normas y las exigencias de justicia encerradas en cada contribución. El tercero, es cuando - la contribución mantiene una relación constante entre su cuantía y - el valor gravado. El cuarto, que su destino sea para que el Estado - pueda cumplir con los altos fines a que está obligado y para ello re quiere de ingresos fiscales y financieros.

Por ello, los impuestos aduaneros cumplen sin lugar a dudas\_ con estas características pues sirven para contribuir a los gastos - públicos de la federación e incluso ha sido la principal fuente de - riqueza del Estado.

Por tanto, siendo que en la especie, nuestro delito en estudio se encuentra tanto en el Código Fiscal de la Federación, como en el\_ Derecho Aduanero, es menester señalar que para Carvajal Contreras a este último se le conoce como Derecho Público, "porque el sujeto - - esencial y dominante de la relación jurídica es el Estado, sus dispo siciones son de orden público no pudiendo ser modificadas por los - particulares, con su cumplimiento está comprometido el interés general por los fines y actividades de este derecho, asimismo la naturaleza de sus normas son de integración jurídica, existiendo una - -

legislación especial que regula lo relacionado con este derecho". (3)

Reafirmando nuestra idea, el Derecho Aduanero es Derecho Público por su origen, por su estructura y por su finalidad, teniendo como punto de partida un fin económico.

Su base la encontramos, en lo dispuesto por los Artículos 29, 31 fracción IV, 32, 49, 73 fracciones VII, XXIX, y XXX, 89 fracción XIII, 117 fracción IV, V, VI y VII, 118 fracción I y 131 de la Constitución General de la República.

Sintetizando las disposiciones Constitucionales, las facultades del Poder Legislativo en materia aduanera se encuentran en el Artículo 73 con sus fracciones correspondientes. El citado precepto expresa "El Congreso tiene facultad..."

Fracción VII. "Para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto".

Esta disposición da nacimiento a la ley de ingresos de la Federación, acto legislativo en donde se enlistan los ingresos que la federación percibirá en un año fiscal, donde encontramos; los impuestos de comercio exterior a la importación y a la exportación, los derechos aduaneros por prestación de servicios correspondientes a funciones de Derecho Público, los aprovechamientos.

Fracción XXIX. "Para establecer contribuciones": 10. "Sobre el comercio exterior". En decir, la fracción determina que la tributación

3 Carvajal Contreras, Máximo: "Derecho Aduanero"  
Editorial Porrúa, S.A., México, 1985 pág. 12.

del Comercio Exterior es la facultad exclusiva de la Federación a través de uno de los poderes, el Congreso de la Unión.

Fracción XXX. "Para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión". Esta fracción es el fundamento de la Ley Aduanera y las leyes del Impuesto General de Importación y de Exportación, así como de todas las disposiciones legales que regulen atribuciones.

Los preceptos 117 y 118 se refieren tanto a las mercancías nacionales como extranjeras, señalando derechos o impuestos a la exportación o importación materia que forma parte del Derecho Aduanero.

Ahora bien las facultades del Poder Ejecutivo en materia Aduanera, se encuentran en los preceptos 131 y 89 Constitucionales, solo se hará referencia a estos preceptos por ajustarse al capítulo.

Artículo 131. "Es facultad privativa de la Federación gravar las mercancías que se importen o exporten, o que pasen de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo, y aún prohibir, por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la República de toda clase de efectos, cualquiera que sea su procedencia; pero sin que la misma federación pueda establecer ni dictar en el Distrito Federal los impuestos y leyes que expresan las fracciones VI y VII del Artículo 117".

Este párrafo establece la facultad exclusiva de la federación de gravar las mercancías, que se efectúen sobre la importación, exportación y el tránsito, facultando además a la federación para que sea la única que pueda reglamentar y prohibir la circulación en el interior del país de toda clase de mercancías.

El segundo párrafo del mismo precepto dispone: "El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso; y para crear otras, así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional o de cualquier otro propósito en beneficio del país".

En otros términos se otorgan facultades extraordinarias al Ejecutivo Federal para legislar en materia de comercio exterior, cuya finalidad es regular el mejor aprovechamiento de los recursos financieros.

Artículo 89. "Las facultades y obligaciones del Presidente son": fracción XIII. "Habilitar toda clase de puertos, establecer aduanas marítimas y fronterizas y designar su ubicación".

Creemos que el precepto anterior, debe ser modificado, es decir, incluir otros tipos de aduanas existentes, como son las aéreas, postales, interiores o de despacho.

Ahora bien, se ha hecho mención a los párrafos anteriores, en virtud, de la trascendencia del Derecho Aduanero para la tipificación de nuestro delito en estudio, que es el contrabando calificado, el cual se encuentra previsto en el Artículo 117 fracción III del Código Fiscal de la Federación, por lo que, las violaciones jurídicas del mismo precepto constituyen el Derecho Penal Fiscal, y en una comprensión más reducida, el Derecho Penal Tributario. Además dicha calificación también será aplicable al delito previsto en el Artículo 105 del mismo precepto, que es lo relativo al contrabando propiamente en su ilicitud.

Por lo tanto los delitos fiscales son aquellos ilícitos o infracciones en sentido lato, que por su naturaleza puede imponer sólo la autoridad judicial distinguiéndose de las contravenciones.

En torno al delito de contrabando, el cual se encuentra previsto en el Artículo 102 del Código Fiscal de la Federación que en su parte conducente expresa: "Comete el delito de contrabando, quien introduzca al país o extraiga de él mercancías; I. Omitiendo el pago total o parcial de los impuestos que deban cubrirse. II. Sin permiso de autoridad competente, cuando sea necesario este requisito. III. De importación o exportación prohibida".

También comete delito de contrabando "quien interne mercancías extranjeras procedentes de las zonas libres al resto del país en cualquiera de los casos señalados en el párrafo anterior, así como

quien los extraiga de los recintos fiscales, sin que le hayan sido entregados legalmente por las autoridades o por las personas autorizadas para ello".

Por lo tanto, para la tipificación de la figura delictiva de contrabando, se requiere la concurrencia de tres elementos: Uno de acción, otro de finalidad y el último de carácter moral o subjetivo. El primero consiste en introducir o sacar del país mercancías, el segundo se exterioriza en la omisión total o parcial de los impuestos, y por último el elemento moral subjetivo se traduce en la conciencia. La Corte ha establecido, como el sujeto que efectivamente desea la introducción o extracción de las mercancías sin el pago de los impuestos o cuando la mercancía es de tráfico prohibido, es decir, que el infractor tenga pleno conocimiento de omitir los impuestos aduanales, luego entonces, estos elementos son concurrentes.

B) LOS MEDIOS DE TRANSITO Y EL CONTRABANDO. RESPONSABILIDAD DE TERCEROS.

En nuestro país, los medios de tránsito son diferentes, por lo que, es conveniente referirnos a este régimen, el cual se le conoce como el traslado de una a otra aduana nacional, de las mercancías que se encuentren bajo el control fiscal, revistiendo dos características Interno o Internacional.

Carvajal Contreras señala: "que el tránsito Interno se presenta cuando la aduana de entrada envía mercancías de procedencia extranjera a otra aduana que se encargara de realizar el despacho para la legal importación de las mercancías, o bien, cuando la aduana de despacho envía mercancías nacionales o nacionalizadas a una aduana de salida, para que se encargue de cumplir con la exportación correspondiente. El Internacional será cuando la aduana de entrada envía a la aduana de salida, mercancías de procedencia extranjera que llegue a nuestro territorio nacional pero con destino al extranjero". (4)

Para autorizar el régimen de tránsito Interno a la solicitud que se eleve, deberá acompañársele el conocimiento de embarque, guía aérea o factura comercial en importación, o el pedimento de exportación.

4 Carvajal Contreras, Máximo: Ob. cit. pág. 351.

Para el tránsito Internacional, a la solicitud deberá anexársele el documento de transporte donde conste la cantidad de bultos, descripción completa de las mercancías que tenga, el país de procedencia extranjera y el de destino. Además, cuando sea por territorio extranjero se agregará el documento de transporte, donde contenga la cantidad completa de mercancías, así como la aduana de salida y de entrada.

Correspondiendo a la aduana de despacho o a la de salida al extranjero el cobro de las contribuciones causadas.

Por tanto, los transportistas son responsables ante el fisco federal de las infracciones que se cometan y para garantizar esta obligación, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público solicita garantía debidamente legalizada. Solo por excepciones podrá permitirse que cualquier persona se encargue del traslado, en este caso se hará bajo la custodia del personal aduanero.

Reafirmando lo anterior, este régimen ha sido objeto de estudio desde que el transporte evolucionó y desarrolló. Sirviendo, además de preocupación para los países de gozar de libertad de tránsito para sus mercancías cuando atraviesen el territorio de otro país, sin tener que pagar impuestos o derechos.

Existen otros tipos de transporte, como ya afirmamos anteriormente, en los cuales se puede introducir o extraer mercancías del país, por lo que, es conveniente mencionar dentro de los ya descritos, al marítimo, terrestre, aéreo, fluvial, postal, así como otros medios

de conducción.

Inclusive, la Secretaría de Hacienda es la única en señalar otros lugares para maniobras, así como las rutas fiscales por las cuales se conducirán o trasladarán mercancías.

Ahora bien, respecto al desarrollo del contrabando, la palabra viene de origen español pasando a significar cualquier acción o comportamiento contrario a una ley dictado en un país determinado.

Más tarde, el significado de la expresión se vinculó especialmente a la violación de las leyes de carácter fiscal; y es recién entonces cuando aparece en parte la noción de contrabando con concepto aduanero afirmándose en el tiempo a medida que la noción fiscal iba penetrando en el ámbito de las prohibiciones legales.

El común denominador del contrabando, en la ley vigente, se ubica en el introducir o sacar mercancía, tal como se desprende del artículo 102 del Código Fiscal de la Federación, luego entonces, no es solo la omisión del pago de impuestos el elemento toral del contrabando, sino que también influyen otros factores, como sería la intención, culpa o preterintencionalidad del Agente delictivo.

Cabe hacer mención, que el delito de contrabando en general, exige la declaratoria a que alude el inciso II del artículo 92 del Código Fiscal de la Federación, es decir, que declare el fisco federal haber sufrido perjuicio en su patrimonio.

Dado que nuestro delito es calificado, someramente explicaremos, que la misma, debe entenderse, como circunstancias que recogen situaciones entrañadoras de una mayor malicia, perversidad o en general un elemento significativo de mayor maldad en el proceder.

En el artículo 107 sólo se proyectan las calificativas hacia el delito de contrabando y por lo mismo, no son aplicables a otro delito, por lo tanto, el mismo precepto expresa; "El delito de contrabando será calificado cuando se cometa":

Fracción III. "Ostentándose el autor como funcionario o empleado público".

Al respecto Rivera Silva señala: "sabidas son las facilidades y prerrogativas otorgadas a los funcionarios o empleados públicos las cuales no deben existir, sino para casos de excepción. Quienes sin tener tal carácter, se quieren aprovechar de las ventajas - otorgadas, actuando con indiscutible malicia al ostentarse con una investidura que no posee. Este mostrarse como funcionario o empleado público según se infiere de la redacción de la ley, recae en un empleado aduanal o cualquier otra persona, no siendo posible tal situación ante el propio sujeto activo, pues en este caso sería aprovecharse del cargo, y no ostentándose como poseyéndolo". (5) Puede acoger que el sujeto sea verdaderamente funcionario o empleado público, luego entonces, la pena se agravará del delito que resulte, tal y como lo previene el artículo 97 del Código Fiscal de la Federación y -

si constituye otro delito se aplicarán las reglas de la acumulación.

Sin embargo, para reafirmar la tipificación del delito calificado o simplemente contrabando, es conveniente hacer referencia a lo previsto por el artículo 23 de la Constitución de la República, - en virtud de existir confusión respecto a la sanción por la comisión del mismo y de la autoridad que lo ha de aplicar, ya que por un lado se da una sanción administrativa y por el otro penal.

El citado precepto en su parte conducente expresa: "Nadie - puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el - juicio se le absuelva o se le condene".

El problema del alcance de esta garantía en el campo tribu--tario ha surgido principalmente en torno a la cuestión derivada de - ciertas normas tributarias, en virtud de las cuales los mismos hechos u omisiones constituyen, a la vez, delitos e infracciones fiscales, - como sucede en el contrabando, defraudación fiscal, entre otros, dándose origen a dos procedimientos sancionatorios diversos: uno ante - las autoridades judiciales para la comprobación y castigo del delito, y otro, que se tramita ante las autoridades administrativas, para - constatar y sancionar la infracción.

En virtud, de que el Código Fiscal de la Federación y el Código Aduanero, en sus respectivos preceptos 102 y 107, tipifican al

delito de contrabando, es decir, ambos contienen idénticos supuestos, como hechos tipificados como infracción, lo que ocasiona que existan los dos procedimientos a que nos hemos referido anteriormente. Además esta posibilidad está expresamente prevista por los artículos 70 y 94 del Código Fiscal que disponen:

Artículo 70. "La aplicación de las multas, por infracciones a las disposiciones legales y fiscales, se hará independientemente de que se exija el pago de las contribuciones respectivas y sus demás - accesorios, así como las penas que impongan las autoridades judiciales cuando se incurra en responsabilidad penal".

Artículo 94. "En los delitos fiscales la autoridad judicial no impondrá sanción pecuniaria; las autoridades administrativas, con arreglo a las leyes fiscales, harán efectivas las contribuciones omitidas, los recargos y las sanciones administrativas correspondientes sin que ello afecte el procedimiento penal".

Por lo que, en el Derecho Mexicano, el principio de la unidad del poder jurisdiccional y del proceso ha sido desconocido en lo que se refiere a los delitos fiscales que constituyen al mismo tiempo, - infracciones administrativas y que ocasionan los dos procesos, el judicial y el administrativo, de acuerdo con las disposiciones fiscales anteriormente expresadas.

Más sin embargo la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Tribunal Fiscal de la Federación admiten tal duplicidad, considerando independientes el procedimiento judi-

cial y el administrativo, para sancionar la misma transgresión, concretamente el contrabando.

Consideramos por tanto, que la duplicidad no lesiona el principio del Artículo 23 Constitucional que prohíbe ser juzgado dos veces por el mismo delito, mas no impide ser procesado y condenado una sola vez, por lo que de delito fiscal tiene una conducta; y sanciona do una sola vez, por lo que tiene de infracción fiscal la misma conducta.

Para mejor comprensión e importancia, a continuación transcribiremos las ejecutorias siguientes:

"Los procedimientos penal y administrativo, son distintos y persiguen diversos fines, pues el primero se refiere a la imposición de la pena corporal por el delito, que es de la competencia de las autoridades judiciales, en tanto que el administrativo atañe al cobro de los impuestos o derechos omitidos, ya sean sencillos o adicionales y a la aplicación de multas por infracción a las disposiciones aduanales" (Sem.Jud.Fed., Tomos XXVIII. Pág. 307; LXIII, pág. 395 y LXXIV, pág. 171).

"El proceso penal y el proceso administrativo son independientes entre sí y lo resuelto en uno no puede influir en el otro; por tanto, si se sobreesce el proceso penal o el imputado es puesto en libertad por falta de méritos o se le ampara contra el auto de formal prisión, estas circunstancias no impiden que la autoridad admi-

nistrativa siga el procedimiento de su competencia". (Sem. Jud. Fed., - Tomos XXII, pág. 792; LXIII, 3950; LXXXVI, pág. 76 y tomas 5541/44/10, 6098/49/20. y 105/57/A, fallados respectivamente el 3 de octubre de 1945, 29 de agosto de 1951 y 24 de febrero de 1959).

De las ejecutorias descritas se concluye, que se puede instruir un expediente administrativo de contrabando, destinado a determinar las responsabilidades fiscales, con independencia del proceso judicial penal.

Luego entonces, si en muchos casos el delito de contrabando queda impune, se debe a la participación o lenidad de los empleados aduanales que lo permiten, encubren o colaboran activamente en su realización, así como a las deficiencias del Ministerio Público al ejercer la acción penal, circunstancias que no son suficientes para eregir el sistema legal.

Mas sin embargo, nuestra legislación vigente establece, que el ilícito de contrabando puede ser sancionado desde el punto de vista penal y desde el punto de vista administrativo, siguiéndose como consecuencia lógica un procedimiento de carácter administrativo. Con esta duplicidad de apreciaciones no se hiera ni lesiona lo preceptuado por el Artículo 23 Constitucional, en su principio de "que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito ya sea que se le condene o se le absuelva". Esto lo apoyamos, con base a los párrafos anteriormente descritos.

Inclusive el Tribunal Fiscal de la Federación ha establecido lo siguiente:

"Contrabando Infacción de. Es diferente su análisis al delito de contrabando. No se puede considerar que se viola el Artículo 23 Constitucional por el hecho de que la autoridad administrativa imponga una sanción a las personas que son responsables de la infracción de contrabando, no obstante que la autoridad judicial resuelva que no se configura el delito de contrabando, ya que este último es de naturaleza diversa a la mencionada infracción; mientras en materia penal se presupone la inocencia del inculcado y la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público, en materia administrativa las resoluciones de las autoridades se consideran legales y toca al infractor desvirtuar su responsabilidad, aunado al hecho de que el Artículo 131 del Código Aduanero determina que las autoridades aduanales tienen la exclusiva competencia para declarar si se ha cometido una infracción a las leyes fiscales y en su caso, imponer las sanciones".

Revisión. Resolución de 9 de septiembre de 1976.-Juicio 13/617/75.

Lo relativo a la responsabilidad, en términos generales se entiende a la misma, la situación en que se encuentra aquél que debe sufrir las consecuencias de un hecho que le es imputable y que causa un daño. Por tanto, la responsabilidad desde el punto de vista penal es la situación en que se encuentra la persona, que de acuerdo con -

la ley y la declaración judicial respectiva, debe sufrir las consecuencias de un hecho ilícito, es decir, el delito que le es imputable por dolo o culpa de su parte.

Las consecuencias del delito son la pena y la reparación del daño, salvo que esta última corresponda a terceros. Ya que la responsabilidad penal toma como base principal el daño causado a la sociedad, por el ataque a bienes jurídicos que se estiman fundamentales para la convivencia social, considerándose un segundo término el daño sufrido por la víctima.

Ahora bien, el Derecho Tributario establece gran variedad de deberes u obligaciones, las principales son aquellas cuyo contenido u objeto es una prestación fiscal, otras son obligaciones accesorias cuya finalidad es asegurar el pago de los créditos fiscales o bien cuando se trata de obligaciones que se relacionan con las funciones de vigilancia atribuidas a los funcionarios, empleados públicos, entre otros. El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones, es lo que produce la responsabilidad fiscal.

Dado el carácter eminentemente patrimonial de las obligaciones fiscales, Margarita Lomelí ha considerado "que la responsabilidad por infracción a las leyes tributarias es simple y objetiva, simple porque se piensa que para el fisco no importa la imputabilidad o inimputabilidad fiscal del sujeto, ya que para él solo hay contribuyentes, y si el contribuyente no paga su obligación, el fisco ejercita

sus medios legales de coerción y aplica las respectivas penas, que la ley impone con el objeto principal de asegurar el erario, el ingreso de las sumas debidas por el contribuyente. Y es objetiva, porque no surge solo de la conducta del sujeto, sino de la existencia misma del bien o acto jurídico gravado". (6)

Se debe considerar que la responsabilidad fiscal deba ser, en principio personal, es decir, sólo existe por el hecho propio, salvo por lo que respecta a la reparación del daño que puede recaer sobre terceros, en casos especiales.

Las excepciones establecidas a esta regla, es la relativa a la responsabilidad por hechos de terceros, en relación con ciertas infracciones, por virtud de la presunción de culpabilidad que se basa en las relaciones especiales existentes entre la persona que la ley considera como responsables de la infracción y aquélla que realizó los hechos constitutivos de la misma.

En nuestra legislación mexicana, encontramos, lo dispuesto por el Artículo 6 del Código Aduanero, en el cual, señala un derecho real del fisco sobre las mercancías objeto de las operaciones aduanales, por el importe de sus derechos e impuestos, así como por las multas y gastos a que dieran lugar. Este precepto ha sido interpretado por las autoridades fiscales en el sentido de que las mercancías respon-

6 Lomelf Cerezo Margarita: "Derecho Fiscal Represivo"  
Editorial Porrúa S.A., México, 1979 pág. 187.

den de las multas impuestas a los responsables de la infracción de -  
contrabando, aunque el propietario no haya tenido participación en -  
ella, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 41 de la Ley Aduane-  
ra que establece la responsabilidad solidaria del pago de los impues-  
tos al comercio exterior y de las demás contribuciones que se causen  
con motivo de la introducción de mercancías al territorio nacional o  
de su extracción del mismo.

Por su parte el Artículo 96 del Código Fiscal de la Federa-  
ción alude a los sujetos responsables de los delitos fiscales, por lo  
que para integrar verdaderamente una forma de responsabilidad, debe  
vincularse con el principio de ejecución de un delito o la cabal - -  
realización de éste. Es posible que varios sujetos concierten la co-  
misión de un delito fiscal, sin que éste ni siquiera principie lle-  
varse a cabo y menos a consumarse; en esta situación todo queda en un  
campo verbal e imaginativo que por no tener nexo causal con un even-  
to penado, es imposible acarree responsabilidad alguna, distinto se-  
ría si llegare a consumarse, puesto que daría cualquier responsabili-  
dad.

En cuanto a la responsabilidad, la jurisprudencia del Tribu-  
nal Fiscal de la Federación ha adoptado el principio de la responsa-  
bilidad personal, expresando lo siguiente:

"La doctrina de la sanción debe ser un capítulo esencial de  
toda ética, sea o no normativa y, por tanto, debe ser una garantía -  
de justicia que exija claramente que la pena debe limitarse al culpa

ble y sería lo contrario una grave injusticia, al castigar un individuo por un hecho de otro, en el cual no ha tenido participación". (Revisión del T.F.F. Tomo 6, junio de 1937, pág. 2229).

Con base en la anterior ejecutoria creemos que puede sostenerse que las penas impuestas por la autoridad fiscal a una persona con motivo de infracciones cometidas por terceros, en las que no haya tenido participación o culpabilidad el sancionado, resultan penas trascendentales prohibidas por el Artículo 22 Constitucional, ya que éstas son aquéllas cuyos efectos recaen sobre una persona distinta - de la directamente responsable de la infracción que se sanciona. Por tanto, las penas trascendentales están ligadas al concepto de responsabilidad del infractor o delincuente.

### C) IMPORTACION Y EXPORTACION Y LAS INFRACCIONES ADUANERAS.

En su ámbito de validez material el Derecho Aduanero entra en relación con otras disciplinas jurídicas, por lo que, válidamente podemos afirmar que existe un Derecho Financiero Aduanero, es decir, como es el caso de fijar los montos máximos de recursos financieros para la importación de mercancías, y la obtención de divisas que por exportaciones ingresen.

Por tanto, las disposiciones legales aduaneras son de carácter eminentemente jurídicas, algunas con conotaciones económicas; las primeras tienen el carácter de normas sustantivas; las segundas de normas arancelarias. Sin embargo como sostiene Carbajal Contreras, "la jerarquía de estos ordenamientos, es de igualdad, principio que mantiene la Ley Aduanera al preceptuar, que la propia ley de aduanas, la de los impuestos generales de importación y exportación y las demás leyes y ordenamientos regulan la entrada al territorio nacional y salida del mismo de mercancías, así como el despacho aduanero, los hechos o actos que deriven de éste".(7)

Por su régimen aduanero las mercancías son de importación, exportación, tránsito y depósito. Las primeras son las que se introducen a un territorio aduanero, las segundas las que se extraen de un

7 Carbajal Contreras, Máximo: Ob. Cit. pág. 279.

territorio aduanero, y las que circulan por territorio aduanero son las de tránsito, por último las que se guardan en almacenes generales las llamadas de depósito.

Luego entonces, los impuestos aduaneros, es una prestación pecuniaria que deben pagar las personas físicas o morales que hacen pasar mercancías a través de las fronteras, costas, límites de un país determinado, sean nacionales, nacionalizadas o extranjeras, destinadas respectivamente, dentro del territorio nacional (impuestos de importación) o fuera de dicho territorio (impuestos de exportación).

De lo expresado anteriormente, el sujeto activo, es el Estado por imponer la obligación tributaria aduanera, exigiendo el cumplimiento de ella, y a su vez percibirá la contribución. Mientras que el sujeto pasivo, es la persona física o moral que jurídicamente debe pagar la deuda tributaria por haberse colocado dentro de los supuestos de la norma aduanera.

Por tanto es conveniente destacar como hecho imposible, el paso a través de las fronteras aduaneras. Teniendo a su vez, el objeto de impuesto, es decir, la entrada o salida del territorio aduanero de mercancías.

Ahora bien, en México los impuestos de importación son: General (conforme a la tarifa); el 2.5% sobre el valor base del impuesto general; el 2% por la importación temporal; adicionales consistente en un 3% sobre el impuesto general en importaciones por vía postal.

De exportación, se encuentra el General (conforme a la tarifa); adicionales consistente en un 3% sobre el impuesto general de exportaciones.

Sin embargo, como hecho generador de los impuestos al comercio exterior, la ley señala al acto de introducir mercancías o extracción de ellas del territorio nacional.

Por lo tanto, se presume *juris-tantum*, que la entrada al territorio nacional o salida de mercancías es realizada por el propietario de las mismas; el remitente en exportación o el destinatario en importación; el mandante por los actos que haya autorizado; los propietarios y empresarios de los medios de transporte.

Cabe hacer mención, tal y como indica Carvajal Contreras que "las mercancías responden ante el fisco federal en forma directa y preferente por el cumplimiento de las obligaciones y créditos fiscales que se generen por el acto de entrada o salida del territorio nacional".(8) Teniendo a su vez, las autoridades fiscales en los casos previstos y con las formalidades de la ley de retenciones, embargarlas o secuestrarlas a menos que se compruebe que han sido satisfechas las obligaciones y los créditos. Respecto a los medios de transporte estos quedan afectos al pago de los impuestos de las mercancías, si sus propietarios, empresarios o conductores no dan el debido cumplimiento a las disposiciones que la ley les imponga.

8 Carvajal Contreras, *México. Op. cit.* pág. 304 y 305.

Tomando en consideración lo anteriormente expresado dicha facultad de las autoridades, se contempla en varios aspectos; de retención, persecución, secuestro, embargo, disposición, remate y preferencial de crédito.

Asimismo, existen importaciones y exportaciones ocasionales, si las mismas fueren de tráfico prohibido o restringido, se impondrán las sanciones legales, es decir, deberá pagar las diferencias que resulten en su contra con los recargos correspondientes. Entendiéndose por ocasionales, las que no requieren formular pedimento, por lo que es facultad exclusiva de la autoridad aduanera determinar el arancel y establecer en cantidades líquidas los créditos fiscales que se ocasionen.

A continuación transcribiremos las siguientes ejecutorias por resultar relevantes dentro del aspecto tributario, criterios sostenidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

"Importación y Exportación. Es facultad privativa de la Federación gravar las mercancías que se importen o exporten o que pasen de tránsito por el territorio nacional; y el Artículo 117, fracción V de la ley fundamental, prohíbe a los Estados gravar, directa o indirectamente, la entrada a su territorio o la salida de él, a cualquier mercancía nacional o extranjera". (Amparo administrativo en revisión. Unanimidad de II votos. Tomo III, pág. 1227).

"Importación y Exportación. Toda infracción a un precepto legal que rige un acto de importación o exportación, debe considerarse bajo dos fases; bajo su aspecto civil o administrativo, que da nacimiento a la acción que corresponde ejercitar, a efecto de hacer -- efectivos los derechos que deban pagarse, y bajo su aspecto criminal, a fin de determinar la pena administrativa o judicial que deba imponerse al infractor; por lo que toca a los impuestos, la competencia es exclusiva de las autoridades administrativas, y la resolución que se de por los jueces, en el proceso que por la infracción se abra, no puede influir para nada en el fallo administrativo, respecto del cobro de los impuestos". (Amparo civil en revisión. Ponce Federico. 3 de noviembre de 1925. Unanimidad de 10 votos. Tomo XVII, pág. 1164).

Respecto a las infracciones aduaneras, son aquellos hechos -- contrarios a las leyes de orden público, cuya ilicitud produce violaciones e incumplimiento a las disposiciones que tienen relación con el Derecho Aduanero.

Luego entonces, conforme a nuestro régimen jurídico las infracciones se clasifican en leves y graves. Dentro de las primeras -- encontramos las relacionadas con el destino de las mercancías, las -- relacionadas con el control, seguridad y manejo de las mercancías -- del comercio exterior. Como infracciones graves señalamos: el contrabando, tenencia ilegal de mercancías y comercio ilícito.

La clasificación precedente tiene su base tanto en la naturaleza del ilícito como en la gravedad del mismo.

En nuestro país por la gravedad de algunos ilícitos aduaneros la legislación contempla la posibilidad de que sean sancionados tanto como pena privativa de libertad como con multa, es decir, que una misma conducta pueda dar lugar a una infracción administrativa y a un delito; creándose por lo tanto un tipo mixto, situación que ya se ha aclarado en el inciso anterior. En este supuesto normativo se encuentra el contrabando.

Ahora bien, las infracciones leves son los actos u omisiones del contribuyente que no traen consigo la evasión de los impuestos o requisitos al comercio exterior.

A manera ejemplificativa, comete infracción aquellos que se excedan del plazo concedido para el retorno de las mercancías importadas o exportadas bajo alguno de los regímenes aduaneros temporales o de depósito fiscal, o de cualquier otra forma violen las disposiciones que regulen el régimen aduanero autorizado en cuanto al destino de las mercancías correspondientes.

En el caso de las infracciones graves, éstas se realizan con pleno conocimiento de las personas, transgrediendo ordenamientos legales con el propósito de causarle un perjuicio pecuniario al fisco o eludir las restricciones o prohibiciones impuestas por las autoridades a las mercancías de comercio exterior, dicha infracción es -

con el fin de proteger la economía nacional y a la sociedad. Su castigo consiste en sanción administrativa y privación de la libertad, rebasando siempre el ámbito de la autoridad aduanera por la denuncia o querrela que se formula, solicitando a su vez a la autoridad judicial el ejercicio de la acción penal.

D) EVOLUCION DE LOS MEDIOS PROBATORIOS DEL DELITO DE CONTRABANDO  
Y SU CONFIGURACION.

Es menester tomar en cuenta algunas consideraciones de carácter legal, como sería lo relativo a la zona de inspección y vigilancia, éstas comprenden los recintos fiscales y fiscalizados, las aguas territoriales y playas marítimas, la zona económica exclusiva adyacente, el mar territorial, los aeropuertos, una franja de doscientos kilómetros de ancho paralela y adyacente a las playas.

Dentro de estos lugares la tenencia, transporte y manejo de mercancías de procedencia extranjera deberá ampararse en todo tiempo. En particular, la que expida la autoridad aduanera para acreditar su legal importación. Nota de venta expedida por autoridad fiscal federal, o con la factura expedida por empresario establecido, con las formalidades que las leyes exijan.

Mientras que, las mercancías nacionales que se transporten dentro de la zona de inspección y vigilancia permanente se deberán amparar las de exportación prohibida o restringida que sean conducidas hacia los litorales o fronteras, con los pedidos, facturas, contratos y otros documentos comerciales que acrediten que serán destinadas a las propias zonas o con los permisos de exportación.

Las confundibles con las extranjeras que sean transportadas hacia el interior del país, con las marcas registradas en México que ostenten o con las facturas o notas de remisión expedidas por empre-

sarios inscritos en el Registro Federal de Contribuyentes, si reúnen los requisitos señalados por las disposiciones fiscales.

El procedimiento administrativo de investigación y audiencia relacionado con las infracciones de contrabando y de presunción de contrabando, de adquisición, enajenación, comercio o tenencia de mercancía ilícita, como afirma Carvajal Contreras "se iniciara con el acta en el que se le hace saber al particular la fecha, lugar, hora y circunstancias en que fueron descubiertas las mercancías, así como el plazo que tiene de diez días para ocurrir ante la autoridad competente que llevará el procedimiento a expresar lo que a su derecho convenga y ofrecer pruebas vinculadas con los hechos que se investigan". (9)

Por su parte la autoridad aduanera procederá a practicar la clasificación arancelaria de las mercancías, cerciorándose de su valor, origen y procedencia, precisará las restricciones, requisitos especiales o prohibiciones a que están sujetas dichas mercancías notificando al particular estas circunstancias.

Ahora bien, dentro del plazo de diez días que tiene el particular para alegar lo que a su derecho convenga, podrá exponer por escrito sus medios de defensa a los hechos u omisiones que la autoridad le haya manifestado en la notificación de iniciación del procedimiento.

9 Carvajal Contreras, Máximo. Ob. cit. pág. 388 y 389.

A partir de la fecha del ofrecimiento de pruebas, éstas deberán desahogarse dentro de los treinta días siguientes. Pero las autoridades aduaneras podrán prorrogar dicho plazo hasta por tres meses y decretar otras diligencias que lleven a un mejor esclarecimiento de los hechos.

Dentro de los quince días siguientes al desahogo de la última prueba o al vencimiento del plazo para ofrecerlas si no se hubieran aportado, las autoridades aduaneras dictarán resolución en el procedimiento, determinando si proceden las contribuciones a cargo del particular, las multas que se impongan por las infracciones cometidas así como los recargos causados.

Pero puede suceder que no exista responsabilidad del particular. Determinándose a su vez, si las mercancías son prohibidas o sujetas a restricciones o requisitos especiales, cuando ésto suceda se declarará que las mercancías han pasado a ser propiedad del fisco federal conforme a la Ley reglamentaria del párrafo segundo del Artículo 131 Constitucional.

El propietario, tenedor o conductor de las mercancías secuestradas podrá solicitar que le sean entregadas, previa garantía que otorgue por las contribuciones omitidas, aun cuando no se haya dictado resolución definitiva.

Luego entonces, si las autoridades aduaneras no emiten su resolución dentro del plazo de quince días en que se desahogó la última prueba, o bien si la resolución que se dicte fue absolutoria, el

embargo o secuestro quedarán sin efecto.

Si durante el procedimiento no ha existido infracción a las disposiciones aduaneras, fundado y motivado debidamente esta resolución, se determinará la entrega parcial o total de las mercancías a su propietario.

Pero si la resolución es condenatoria, el embargo o secuestro es definitivo y las mercancías con sus medios de transporte podrán ser rematados por la autoridad para hacerse efectivos y liquidar los créditos fiscales a cargo del infractor. En el supuesto de que las mercancías hubieran pasado a ser propiedad del fisco federal la ejecución se llevará a cabo sobre otros bienes que cubran las contribuciones omitidas.

Como puede observarse, lo descrito en los párrafos anteriores las resoluciones que se dicten, son totalmente independientes de las que se sigan para determinar responsabilidades de tipo penal. Es decir, que en ningún momento se viola el principio establecido por el Artículo 23 Constitucional, tan es así, que respecto a este criterio existe jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya mencionada con antelación.

CAPITULO III  
ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE CONTRABANDO CALIFICADO.

## A) CONDUCTA

## AUSENCIA DE CONDUCTA

El establecimiento de la figura típica del contrabando calificado está agrupado junto a una serie de normas penales en un cuerpo legal de índole no penal como lo es el Código Fiscal de la Federación.

Además de que se trata de un delito de orden federal conforme a lo previsto en el Artículo 73 fracción XXI de la Constitución Mexicana que en su parte conducente expresa: "El Congreso tiene facultad para definir los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse". Máxime que el propio Código Fiscal de la Federación señala textualmente en su Artículo 100 que "en todo lo no previsto en el presente título (de los delitos fiscales), se estará a las reglas del Código Penal aplicable en materia federal, y a su vez el mismo Código establece en su Artículo 60. la supletoriedad respecto de la ley especial.

Luego entonces, se deduce que el contrabando calificado o simplemente contrabando como norma especial federal, se rige por los principios generales que operan para todos los delitos contemplados en el Código Penal.

Ahora bien, es importante fijar varios principios, como sería lo relativo a la teoría del delito, el cual se ubica en la parte general de la ciencia penal, comprendiendo en su estudio a los elemen-

tos constitutivos del delito y, a la ausencia de los mismos que originan la inexistencia del ilícito. Por lo que dicha teoría trata sobre las formas particulares en que aparece o se manifiesta el mismo.

Nuestro Código Penal vigente, expresa en su Artículo 7, el concepto de delito en los siguientes términos:... "es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Es decir tal definición comprende solamente como elementos a la acción u omisión y a la pena o sanción, o sea, que el ilícito es meramente una conducta punible.

La existencia de otros elementos del delito además de los anteriormente expresados, se infiere a través del estudio dogmático del mismo, como sería la interpretación, construcción y sistematización de las diferentes normas del ordenamiento penal positivo. De esta manera se obtienen como elementos constitutivos del delito: la conducta o hecho, típica, antijurídica, imputable, culpable y punible. Tal como lo señala Raul Carrancá y Trujillo; "Intrínsecamente el delito presenta, las siguientes características: es una acción, la que es antijurídica, culpable y típica. Por ello es punible según ciertas características o condiciones objetivas, en virtud de que está conminada con la amenaza de una pena. Acción porque es acto u omisión humano; antijurídica porque ha de estar en contradicción con la norma, ha de ser ilícita; típica porque la ley ha de configurarla con el tipo de delito previsto; culpable porque debe corresponder subjetivamente a una persona". (1)

1 Carrancá y Trujillo, Raul: "Derecho Penal Mexicano, Parte General" Editorial Porrúa, S.A., México, 1986 pág. 223.

Ahora bien, el contrabando calificado como figura delictiva se encuentra previsto en el Código Fiscal de la Federación, dentro del Título Cuarto, Capítulo II de los delitos fiscales, Artículo 107; mismo que contiene todos los supuestos que pueden ser realizados por las personas físicas, y que literalmente dice:

El delito de contrabando será calificado cuando se cometa:

I. Con violencia Física o Moral en las personas.

II. De noche o por lugar no autorizado para la entrada o salida del país de mercancías.

III. Ostentándose el autor como funcionario o empleado público.

IV. Usando documentos falsos.

Cabe indicar, que como nuestro delito calificado en estudio es la fracción III, el mismo precepto menciona en el párrafo anterior (penúltimo párrafo), señala que las calificativas a que se refieren las fracciones III y IV, también serán aplicables al delito previsto en el Artículo 105, es decir, dicho precepto sanciona con las mismas penas del contrabando en sí mismo.

Por tanto, concluimos de lo anteriormente expresado, que para obtener una visión integral de esta figura, es necesario aplicar el método dogmático del tipo, o sea, utilizar la teoría del delito en general, a cada ilicitud en particular o en especial, situación en la que se encuentra nuestro tipo, y en consecuencia, corresponde reali-

zar el análisis de la primera esfera del delito, que contiene los - elementos del mismo, tanto en su aspecto positivo como negativo.

Por principio, tenemos que la doctrina formula la siguiente - clasificación respecto de los elementos del delito:

1. Elementos esenciales generales, estos son imprescindibles en la integración del ilícito, representados por un elemento material que será una conducta o hecho, un elemento valorativo traducido en la antijuridicidad y por último, un elemento psicológico reflejado en - la culpabilidad.

2. Elementos esenciales específicos son aquellos que requiere cada tipo penal, obteniendo así un carácter distintivo respecto - de otras figuras delictivas.

3. Elementos accidentales, se traduce que son aquellos que - no intervienen en la existencia del delito, cuyo cometido se reduce - a los efectos de atenuar o gravar la sanción.

Del análisis anterior, los elementos mencionados aparecen al igual que en toda figura en el delito de contrabando calificado.

Y así, siguiendo la opinión de Carrancá y Trujillo el alcance y contenido del término conducta consiste "en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado - como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio - en el mundo exterior. Y si es negativo, consistirá en la ausencia -

voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado". (2)

Es decir, que la voluntad realizada puede revestir la forma de omisión o acción, produciéndose de esta manera como consecuencia de tal revelación un resultado, el cual se le otorga trascendencia jurídica.

Mediante la acción, el factor voluntad o querer la acción, se desarrolla materialmente en una actividad o movimiento corporal, violatorio de un deber jurídico de no obrar, de abstención consagrado en una norma de carácter prohibitivo.

La omisión como especie negativa de la conducta, puede manifestarse como un delito de omisión simple o bien, de los llamados de omisión impropia o comisión por omisión.

De modo que, con la inactividad querida o no querida (culpa) según el caso, en el delito de omisión el sujeto transgrede un deber jurídico de obrar, consagrado en una disposición legal, o sea, que se espera y exige una acción en determinado sentido. El incumplimiento acarrea un cambio en el orden jurídico, produciéndose así el resultado típico.

En la comisión por omisión existe una conducta negativa voluntaria o involuntaria, por la cual se viola una norma preceptiva de naturaleza penal o de otra norma del derecho, como medio para trans-

gredir a una ley de carácter prohibitivo, que presenta como consecuencia un resultado jurídico y material.

Cuando el tipo penal abarca no solo la mera descripción de una conducta, sino también un resultado material, y una relación de causalidad entre ésta y aquélla, se está en presencia del hecho como elemento objetivo del delito.

Por tanto, el resultado viene a ser el efecto último de la conducta, y es obvio que no puede haber delito sin el mismo.

Atendiendo al resultado, el mismo puede ser formal o material el primero se presenta cuando el resultado debe ser entendido como el cambio en el mundo jurídico, o cuando se lesiona un bien jurídicamente protegido. El segundo supone por el resultado la transformación del mundo exterior, mutación que puede ser de cualquier clase y que se encuentra descrita en el tipo penal.

Ambos conceptos tienen plena validez, por lo que, cuando un tipo describe un resultado jurídico existe un resultado de mera conducta y, si además requiere de un resultado material, el delito será de resultado jurídico y material, dando origen a un hecho.

Se deduce que el elemento objetivo en el delito de contrabando calificado se presenta en la conducta en su forma activa y omisiva, cuya consecuencia es la producción de un resultado básicamente jurídico, sin que por ello desconozcamos la mutación material mediata, es por tanto, un delito de los llamados de mera conducta.

Independientemente del resultado material en caso de producirse, se debe atender en la figura delictiva mencionada a la actividad como a la omisión para efectos de ubicarla dentro de la clasificación de los delitos en orden a la conducta.

Así, el citado precepto 107 tipifica al contrabando calificado en su primera fracción como un delito de mera conducta, esto es, el tipo se presenta exclusivamente en una acción (La violencia física o moral en las personas).

Ahora bien, la segunda fracción prevee: De noche o por lugar no autorizado para la entrada o salida del país de mercancías. Indudablemente estamos en presencia de un delito constituido únicamente por un hacer positivo, puesto que la conducta se circunscribe a la entrada o salida del país de mercancías.

Respecto de la tercera fracción, y que es, la de nuestro tema en estudio, se prevé un delito mixto en que la conducta se compone de una acción y omisión. En virtud de que el autor ostentándose como funcionario o empleado público, comete el delito de contrabando calificado, dado que realiza una actividad positiva (acción), violando a su vez una ley prohibitiva, en este caso la introducción, adquisición, tenencia, enajenación de mercancías al país. Es de omisión porque no se realiza una actividad jurídica ordenada, como es el pago total o parcial de los impuestos. Luego entonces, ambas contribuyen a la producción del resultado.

Por último, en la cuarta fracción igualmente se contempla un delito mixto (usando documentos falsos), por lo que, es dable aplicar lo expuesto en relación con la hipótesis de la fracción anterior.

Cabe mencionar que las dos últimas fracciones, entendidas como calificativas, también serán aplicables al delito previsto en el Artículo 105, en el cual se sanciona con las mismas penas del contrabando.

Siguiendo la secuencia, es menester señalar, que cuando la conducta se realiza en un solo acto, el delito es llamado unisubsistente, en caso contrario, cuando físicamente existen una pluralidad de actos y cada uno de ellos se fusionan para integrar la conducta, el delito se llama plurisubsistente.

En el contrabando calificado, la conducta puede realizarse mediante un solo acto, o bien, pueden darse varios actos físicamente, para integrar el elemento objetivo.

Resumiendo, el ilícito en estudio puede presentarse como un delito de acción o también complejo por acción y omisión, unisubsistente y plurisubsistente.

Además en orden al resultado, el contrabando calificado puede ser un delito instantáneo, permanente o continuo, continuado, formal y de daño.

Instantáneo cuando la conducta requerida por la descripción legal se consuma en un sólo acto, quedando agotado el tipo penal. En cambio, si el elemento objetivo presenta una consumación más o menos prolongada creadora de un estado antijurídico, al ilícito se le rep

ta como un delito permanente o continuo.

El Código Fiscal de la Federación, señala que en caso de delito continuado, la pena podrá aumentarse hasta por una mitad más de la que resulte aplicable. Entendiéndose por ésta, cuando se ejecuta con pluralidad de conductas o hechos, con unidad de intención delictuosa e identidad de disposición legal, incluso de diversa gravedad, por lo que, en el contrabando calificado se origina con frecuencia - bajo esta figura, implicando una mayor gravedad, fijándose por tanto una penalidad especial.

Caso concreto, es aquel funcionario o empleado público que - ostentándose como tal, adquiera, tenga, ampare, enajene mercancías - al país omitiendo el pago total de los impuestos.

Por tanto, el contrabando calificado produce un mutamiento - en el mundo valorativo o jurídico, por lo que será un delito formal, y si bien es cierto que el tipo penal no exige expresamente un resultado material, éste puede llegar a producirse como consecuencia de - la conducta, provocando el cambio en el mundo externo.

Finalmente será un delito de daño, porque causa un perjuicio a la economía nacional, ya que a través del pago de impuestos el Estado es como cumple su función pública, además de que causa un daño - directo en los intereses jurídicamente protegidos. Inclusive se presenta una usurpación de funciones, causando un perjuicio social.

Si el aspecto positivo de la conducta consiste en la acción u omisión voluntaria, bajo el aspecto negativo, o mejor dicho, lo que se conoce como Ausencia de Conducta, se comprende a la actividad o inactividad no voluntaria, que puede ser de una fuerza física irresistible o Vis absoluta, de fuerza mayor o Vis maior, movimientos reflejos, sueño, sonambulismo, hipnotismo.

Esta ausencia de conducta hace imposible la existencia del ilícito, toda vez que no pueden concurrir los restantes elementos para lograr su integración.

Suprimida la voluntad del sujeto en la Vis absoluta por una violencia física, humana e irresistible, hace que su acción u omisión se vea forzada de tal manera, que no pueda constituir una conducta. Al respecto Pavon Vasconcelos la considera como excluyente de responsabilidad, expresando la Vis Absoluta con las siguientes palabras: "En ella, el sujeto productor de la última condición en el proceso material de la causalidad, pone a contribución en la verificación del resultado su movimiento corporal o su inactividad, es decir, su actuación física pero no su voluntad; actúa involuntariamente impulsado por una fuerza exterior, de carácter físico, dimanante de otro, cuya superioridad manifiesta le impide resistirla".(3)

Suponiendo por tanto, ausencia del carácter voluntad, tanto en la actividad o inactividad; quien actúa o deja de actuar se convier-

3 Pavon Vasconcelos, Francisco: "Derecho Penal Mexicano" Editorial Porrúa S.A., México, 1987 pág. 255.

te en instrumento de una voluntad ajena puesta en movimiento a través de una fuerza física, a la cual no puede oponerse.

Por su parte Carrancá y Trujillo considera a la Vis Absoluta como una causa de inimputabilidad, situación que explica de la siguiente manera: "el que por virtud de la violencia física que sufre su organismo ejecuta un hecho tipificado por la ley como delito, no es causa psíquica, sino sólo física; no ha querido el resultado producido, que no puede serle imputado ni a título de dolo ni de culpa; non agit, sed agitur, por cuanto no es él mismo el que obra, sino que obra quien ejercita sobre él la fuerza física". (4) Por ello la acción no existe.

Por otro lado la Vis maior su peculiaridad consiste en que la fuerza física la ocasiona un fenómeno natural o animal. En la fuerza mayor, sostiene Vasconcelos se presenta similar fenómeno al de la Vis Absoluta, es decir, "actividad o inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales". (5)

Para Castellanos Tena la Vis maior "adquiere un carácter supralegal, por no estar expresamente destacada en la ley, pero puede operar, porque su presencia demuestra la falta del elemento volitivo

4 Carrancá y Trujillo, Raul. Ob. cit. pág. 495.

5 Favon Vasconcelos, Francisco. Ob. cit. pág. 257.

indispensable para la aparición de la conducta, pues como se ha dicho es siempre un comportamiento humano voluntario".

Dentro de nuestro delito nosotros creemos, que no se puede originar la Ausencia de la Conducta por la Vis Absoluta o Vis maior, en virtud de que, la comisión del mismo requiere de una preparación intelectual muy especial.

Algunos autores consideran también como verdaderos aspectos negativos de la conducta: el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad. Otros los sitúan entre las causas de inimputabilidad.

Carrancá y Trujillo sostiene que el origen de los sueños - - "se atribuye a la subconciencia, que está durante la vigilia sometida a poderosas inhibiciones, pero que durante el sueño se libera de ellas y afora con su acervo de incompletas voliciones; también en este caso se sostiene que hay inimputabilidad". Es decir, no puede existir una acción, en virtud de existir involuntariedad en el sujeto.

En el Hipnotismo infiere Ignacio Villalobos, "la inimputabilidad deriva del estado que guarda el individuo, en el que se dice - hay una obediencia automática hacia el sugestionador, sin que tenga relevancia el argumento, comúnmente esgrimido, respecto a que no es posible llevar a cometer un delito a quien siente por él verdadera repugnancia".

El mismo autor expresa que en el "sonambulismo sí existe conducta, mas falta una verdadera conciencia; el sujeto se rige por - - imágenes de subconciencia, provocadas por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos; esas imágenes sólo producen una especie de conciencia no correspondiente a la realidad". - Presentándose una inimputabilidad.(6).

Sin embargo Jiménez de Azda, los coloca como casos de ausencia de conducta, en los mismos términos lo hace Pavon Vasconcelos.

Ahora bien, aplicándolos al caso concreto, es decir, al delito de contrabando calificado, es difícil que se puedan presentar los mismos, en virtud, de la capacidad intelectual que se requiere, como quedó asentado anteriormente.

6 Villalobos Ignacio: "Derecho Penal Mexicano"  
Editorial Porrúa S.A., México, 1960. pág. 408.

## B) TIPICIDAD

## ATIPICIDAD

Es conveniente antes de entrar al estudio de la tipicidad, - efectuar un análisis del tipo penal, con la finalidad de distinguir\_ ambas nociones, en virtud, de que a menudo se les confunde.

Por su parte Porte Petit considera que el tipo penal "puede\_ ser meramente objetivo, u objetivo y normativo; conjuntamente objeti\_ vo normativo y subjetivo. De tal manera, que el concepto que se dé - del tipo, debe ser en el sentido de que es una conducta o hecho des- critos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción objetiva,- conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos".(7)

Al respecto Jiménez de Azúa indica que el tipo penal "es la\_ abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los - detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga - en la ley como delito".(8)

Ahora bien, el tipo existe, en cuanto es creado por el órgano legislativo que lleva como finalidad la protección enérgica a través de la pena, de un bien considerado como fundamental para la vida social. En otros términos la norma jurídica, hace la descripción general y abstracta de cierta conducta o hecho que daña el bien tutelado, así como las condiciones en que pueden presentarse. Por lo que, la au\_ sencia del tipo legal supone la irrelevancia que la conducta tiene -

7 Porte Petit Candaudap, Celestino, "Apuntamientos de la Parte General" Editorial Porrúa S.A., México, 1980 pág. 423.

8 Jiménez de Azúa, Luis: "La Ley y el Delito" Editorial Sudamericana, S.A., Buenos Aires, 1981 pág. 235.

hacia el mundo jurídico, sentándose como base el principio de legalidad en el derecho penal, es decir, nadie puede ser sancionado si previamente su conducta no está descrita en la norma jurídica. Dicho principio, se encuentra dentro de nuestro sistema constitucional, elevado y consagrado al rango de garantía constitucional, y con ese carácter se presenta en nuestra Carta Magna en su Artículo 14 que establece en forma expresa: "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 que se trata". (tercer párrafo)

Debemos tomar en cuenta, que el tipo penal, se limita a menudo solamente al elemento constante, que se representa por una mera descripción objetiva de la conducta. Dicha descripción, se realiza mediante referencias al movimiento corporal, a la inactividad o inercia o bien, a un resultado material.

Al lado de este elemento puede el tipo requerir además otro, de carácter normativo, mediante el cual el juzgador, además de la actividad de conocimiento objetivo, se coloca en la necesidad de omitir juicios de valor, siendo éstos de orden eminentemente jurídico, o culturales, sobre la ilicitud del elemento objetivo. Cabe indicar, que al utilizarlos, el proceso valorativo ha de realizarse con arreglo a determinadas normas y concepciones vigentes que no pertenecen, sin embargo, a la esfera misma del derecho.

Junto a los elementos anteriormente mencionados, el tipo puede presentar un elemento subjetivo referido al dolo, o bien, a lo antijurídico. Por lo que, Jiménez de Azúa, señala que el verdadero elemento subjetivo, se relaciona a la antijuridicidad, considerando a este mismo a los "estados anímicos del autor en orden a lo injusto".(9)

Al respecto señalamos, que hay ciertos tipos en los cuales - solamente concurren los elementos objetivos y subjetivos.

De lo anteriormente expuesto, concluimos que la tipicidad - viene a ser la relación conceptual que se efectúa cuando hay un encuadramiento de la conducta o hecho, así como de otros elementos a las exigencias formuladas por el tipo. Por tanto, consecuentemente - con lo dicho, se hace necesario para establecer la tipicidad en el delito de contrabando calificado, asentar los requerimientos del tipo penal que lo describe.

Por principio, tenemos una descripción objetiva de la conducta, tratándose de un delito formal o de simple actividad, tal como se estableció al clasificarlo en orden al resultado. Esta conducta constituye el núcleo del tipo que define al ilícito por el empleo de la fracción III del Artículo 107 del Código Fiscal de la Federación, que expresa: "Ostentándose el autor como funcionario o empleado público", el cual dicho precepto nos remite al Artículo 105 del mismo Código, - donde los verbos adquirir, tener, amparar, enajenar, constituyéndose a

su vez, un delito calificado cuya sanción será, aplicando las mismas penas del contrabando.

La norma penal contempla como modalidades de la conducta la referencia espacial o de lugar, apuntando en las fracciones del 105: I. Adquirir mercancía extranjera...; II. Tener mercancía extranjera en su poder...; III. Amparar con documentos auténticos mercancía extranjera...; IV. Enajenar...

Al expresarse en el tipo el concepto de evasión de impuestos mediante, adquirir, amparar, enajenar, tener, mercancías extranjeras, así como los calificativos de prohibida por la ley y autoridad competente se conforma el elemento valorativo jurídico al lado del elemento material.

Con la inclusión del elemento normativo, la figura típica acude al reenvío receptivo de otra norma de carácter extrapenal, o a un reglamento e inclusive a un decreto. Este complemento no es parte integrante del tipo, sino solo es una referencia para fijar el sentido del elemento normativo, aportando datos para el proceso, que tiene como consecuencia la emisión del juicio sobre la ilicitud de la conducta.

Luego entonces, todo tipo penal requiere como elemento indispensables, a los sujetos del ilícito y a uno o varios bienes jurídicos.

Se entiende como sujeto activo expresa Porte Petit, "a aquel que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice". (10)

Sin embargo, el sujeto activo del delito, considera Ignacio Villalobos, "si éste es un acto humano o exteriorización de una voluntad, ha de ser siempre un hombre o un representante de la especie humana, cualquiera que sea su sexo y sus condiciones particulares y accidentales". (11)

Ahora bien, el sujeto activo primario o autor, puede realizar el ilícito mediante su actividad corporal, o bien por una inactividad. En la actualidad, se sostiene que solo puede ser agente de la conducta ilícita una persona física, negando la existencia en el derecho penal de la capacidad de querer y entender de las personas morales o jurídicas.

Concretamente, en el texto de la figura delictiva a estudio se expresa: "Ostentándose el autor como funcionario o empleado público"; de aquí se desprende, que se hace referencia a una persona física como sujeto activo del contrabando calificado.

Pero debemos tomar en cuenta, además que pueden ser sujetos activos del delito, cualquier persona, por lo que, diremos que el delito es de los llamados en doctrina de sujeto común o indiferente.

10 Porte Petit, Candaudap Celestino: Ob. cit. pág. 438.

11 Villalobos Ignacio. Ob. cit. pág. 269.

Inclusive, siendo además un delito que puede realizarse por uno o más sujetos activos, será de todas formas monosubjetivo.

Lo relativo al bien jurídico puede tener una existencia material, o bien ideal, y no es otra cosa más que el reflejo de ciertos valores determinados por las necesidades morales o materiales que presenta la vida en comunidad. También es llamado objeto jurídico, cuya diferencia con el objeto material, consiste en que el primero es aquel sobre el cual recae la conducta, y el segundo constituye en objeto jurídico del tipo.

Respecto al bien jurídico, debemos entender al mismo como "el valor tutelado por la ley penal", definición sostenida por Porte Petit. (12)

En tanto que el tratadista Ignacio Villalobos dice: "el mismo bien jurídico debe entenderse siempre, como el bien o la institución social amparada por la ley y afectada por el delito". (13)

Quien directamente es afectado por la conducta o el hecho delictuoso es el sujeto pasivo, como el titular del bien jurídico. El sujeto pasivo puede ser la persona física, moral de carácter público o privado (asociaciones, sociedades civiles y mercantiles) o la comunidad nacional.

Luego entonces, el bien jurídico protegido en el supuesto del contrabando calificado (adquirir, amparar, enajenar, omitiendo el pago

12 Idem. pág. 443.

13 Idem. pág. 278.

total o parcial de los impuestos), viene a ser el patrimonio del fisco, o en su defecto la economía nacional, mejor dicho pública.

En virtud de que tales impuestos se sobreponen a su función de medios financieros del erario para sufragar los gastos públicos, e inclusive se tiende a evitar la concurrencia en el mercado nacional de productos extranjeros. De tal manera que el interés protegido por la norma penal viene a ser el patrimonio de la Hacienda Pública o la economía del país, siendo titular directo de estos bienes el Estado.

Se requiere por tanto, en este delito determinada calidad en el sujeto pasivo, es decir, solo el Estado, puede ser sujeto pasivo del contrabando calificado.

Ignacio Villalobos se inclina por señalar que el sujeto pasivo de un delito "es siempre la Sociedad cuando se afectan bienes jurídicos instituidos para la vida ordenada, pacífica y progresiva de sus componentes o de la comunidad misma". (14) Además puede haber una persona física o jurídica, reconocida como titular de los bienes afectados concretamente, a la cual se le considera como sujeto pasivo inmediato.

Definitivamente en todo delito debe existir un sujeto pasivo en virtud, de que no se presenta un delito sobre sí mismo, así lo sostiene Porte Petit, "porque no es admisible un desdoblamiento de la -

14 Villalobos Ignacio. Ob. cit. pág. 278.

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

79

personalidad humana de modo que ésta pueda considerarse, a un mismo tiempo, desde cierto punto de vista, como objeto activo, y desde - - otro, como sujeto pasivo del delito". (15)

Finalmente será objeto material cuando el acto recaer sobre - una cosa.

Es conveniente hacer la siguiente observación, el Código Fiscal de la Federación en su Artículo 92 expresa: "que para proceder - penalmente por los delitos fiscales, será necesario que previamente - la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, declare que el fisco - Federal ha sufrido o pudo sufrir perjuicio. Tal declarativa constituye lo que en derecho de Procedimientos Penales se conoce como cuestiones prejudiciales o requisitos de procedibilidad (que comprenden - a la querrela, excitativa y autorización). Por tanto, consideramos - que el contrabando calificado es un delito perseguible por querrela, y dado su carácter formal, la circunstancia del perjuicio fiscal no - es supuesto relevante para considerar el Ministerio Público Federal - que los hechos realizados son constitutivos del ilícito, ya que para ejercer la acción penal es necesario el cumplimiento del requisito - de procedibilidad de excitativa, a través de la declaratoria de perjuicios por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Sin embargo creemos que el delito existe independientemente - que la autoridad administrativa considere la existencia del contra--

bando calificado como infracción, por lo que, se debería dar parte a la representación social, esto es con la finalidad de realizar la acción penal, evitando así la reincidencia o comisión del delito.

De la disposición legal mencionada en principio se desprende y con la aplicación del delito en estudio, que el interés protegido es netamente económico.

Establecidos los elementos del tipo, (material, normativo, sujeto activo y pasivo, así como el objeto material y jurídico), corresponde situar dentro de la clasificación en orden al mismo, al ilícito del contrabando calificado.

Por lo que, se trata de una figura típica, de las denominadas como fundamentales o básicas, toda vez que se origina y existe por sí sola, sin necesidad de recurrir a otro tipo, y por esta vida independiente sin relación a una referencia de fundamento, la entendemos como autónomo.

Igualmente se utiliza el tipo especial privilegiado y cualificado respectivamente, el cual solamente se ve complementado para efectos de disminuir o agravar la sanción.

Para los tipos designados como complementados, circunstancias, subordinados, es menester a su propia existencia la de un tipo penal básico, con el que se mantiene relación de independencia, incluyendo en su contenido ciertas circunstancias que tienen como consecuencia la atenuación o agravación de la pena. El Artículo 107 frac-

ción III del Código Fiscal de la Federación describe al contrabando calificado, ubicando esta disposición legal al carácter de tipo presuncionalmente complementado, circunstanciado o subordinado calificado, puesto que dicha penalidad y las referencias circunstanciales hacen que se agrave la penalidad del delito.

También se ubica el contrabando dentro de la categoría de tipos de formulación libre, en virtud de descartar el señalamiento detallado de la actividad productora del resultado típico, toda vez, que la misma puede llevarse por cualquier medio idóneo a ese fin; todo lo contrario sucede en los tipos de formulación casuística o legalmente limitados.

Luego entonces, si en un tipo se prevén conductas o hechos alternativamente fungibles entre sí, la tipicidad se origina con la realización de una de ellas, considerándose por tanto, que se trata de una figura alternativamente formada. Dentro de nuestro caso, si bien es cierto que la conducta está prevista alternativamente en forma comisiva y omisiva, es necesario para la integración de la tipicidad, una relación con determinada actividad positiva por parte del sujeto activo del delito e inclusive una inactividad.

Ahora bien, dado que el tipo de contrabando calificado, presenta una acción como una abstención descritas en forma acumulativa, se clasifica como mixto acumulativamente formado, conforme a lo previsto por el Artículo 250 fracción I del Código Penal.

Por tanto, también podemos considerarlo como un delito anormal, tomando en consideración lo anteriormente expresado, ya que requiere además del elemento material, los de carácter normativo.

Una vez considerada la existencia de la tipicidad en el delito de contrabando calificado conforme a los elementos requeridos por el tipo penal, la ausencia de uno de ellos origina el aspecto negativo del mismo. A esta no conformación se le conoce como ausencia de tipo, es decir, cuando una conducta o hecho no están descritos en la norma penal.

Es conveniente precisar, que la ausencia del tipo, es distinta a la falta de tipicidad (Atipicidad), en virtud de que la primera queda en los términos ya señalados en el párrafo anterior, mientras que, en el segundo caso, la descripción existe, pero no hay conformidad o adecuación al tipo. Por lo tanto, nuestro delito en estudio se ajusta en ambos casos.

Concretamente las causas de atipicidad son las siguientes: -  
a) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo; Y así cuando el sujeto no realiza la conducta activa (adquirir, tener, amparar, enajenar, ostentándose como funcionario o empleado público) que describe el precepto legal, se establece como causa de atipicidad, la ausencia del elemento objetivo, cuyo efecto es la no integración del tipo.

- b) Cuando falta la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto pasivo; a manera ejemplificativa mencionamos cuando la calidad, en cuanto al sujeto pasivo no es directa, ya que solo el Estado como ente soberano tiene que serlo.
- c) Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos; es decir, en el caso concreto, se presenta por falta de objeto jurídico o material, como sería lo relativo a que no efectúe el pago de los impuestos por estar exenta en virtud de una disposición legal, o en su defecto de gozar de cierta franquicia.
- d) Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo;
- e) Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley, y
- f) Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal.

Consideramos que las hipótesis anteriores, no se ajustan a nuestro delito en estudio, por tanto no son aplicables al caso concreto.

## C) ANTIJURIDICIDAD

## CAUSAS DE LICITUD

De acuerdo con la consecuencia lógica entre los elementos de nuestro delito, el tercero de ellos se encuentra representado en la antijuridicidad, que viene a ser el elemento esencial valorativo del ilícito, tal valoración supone un carácter externo y objetivo sobre la conducta o hecho que transgrede el interés protegido por la norma penal preceptiva o imperativa.

Para Carrancá y Trujillo la antijuridicidad es la oposición a las normas de cultura, reconocidas por el Estado, es decir, "la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado".(16)

Al hablar de oposición, no es referirse a la ley, sino a las normas de cultura, o sea aquellas órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus intereses, cuya oposición constituye lo antijurídico.

Por su parte Villalobos sostiene, "la antijuridicidad es oposición al derecho; y como el derecho puede ser legislado, declarado por el Estado y formal, bien de fondo, de contenido o material, también la antijuridicidad se puede afirmar que es formal, por cuanto se opone a la ley del Estado, y material por cuanto afecta los intereses protegidos por dicha ley".(17).

16 Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. cit. pág. 353.

17 Villalobos Ignacio. Ob. cit. pág. 258.

Cabe indicar que ambas van unidas, y son, de acuerdo con su naturaleza y su denominación, una la forma y la otra el contenido de una misma cosa.

Luego entonces, en el delito de contrabando calificado habrá antijuridicidad cuando la conducta típica, violatoria del interés protegido por la ley, no cuenta en su favor con ninguna causa de licitud.

Por tanto, dentro de nuestro delito, la conducta que realiza el sujeto activo es típica y antijurídica, tomando en consideración lo ya expresado anteriormente. Cabe mencionar que se presenta a su vez una antijuridicidad formal y material, por cuanto a la primera, en virtud de transgredir una norma establecida por el Estado, y es material, en cuanto contradice intereses colectivos, en este caso la economía nacional es de interés general.

Ahora bien en nuestro ilícito, la conducta delictiva no solo está en contradicción con la disposición penal, sino que además con las de carácter administrativo, de lo que podemos decir, que existe correlación al lado de la antijuridicidad penal administrativa.

Las causas de exclusión de lo injusto suponen la inexistencia del delito, ya que al presentarse una de ellas se impide, la configuración de la antijuridicidad, por lo que, la conducta realizada (Osteñtándose el autor como funcionario o empleado público), ampare, enajene, adquiera, mercancías omitiendo el pago de los impuestos, o sin el permiso legal que se requiere al efecto, o bien que sean prohibi-

das las mismas, si bien es cierto, que se adecúa al tipo no será contraria a derecho, sino conforme al mismo toda vez que una norma penal o de otra rama jurídica autoriza tal comportamiento en virtud de la existencia de otro interés preponderante respecto del dañado.

Es decir dicha causa de justificación se presenta cuando la conducta o hecho siendo típicos son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante.

Sobre el fundamento de las causas de justificación existen - innumerables opiniones. Vamos a referirnos a los criterios sustentados por Carrancá y Trujillo, Porte Petit y Jiménez de Azúa.

Carrancá y Trujillo utiliza la denominación causas que ex-cluyen la incriminación, en lugar de (causas de justificación), al respecto sostiene; "toda vez que el concepto de delito, atendiendo a su contenido jurídico sustancial, no es otro que el de una acción -antijurídica, típica, culpable y punible dentro de las condiciones -objetivas de punibilidad; y que sin la antijuridicidad entendida co-mo oposición a una norma de cultura no puede darse la acción incrim-nable; por todo esto las acciones que carecen de anti jus estarán -plenamente justificadas, pues el acto u omisión humanos serán confor-me a derecho".(18)

Al respecto Porte Petit, con relación a la fundamentación de las causas de justificación sostiene, "que existe una causa de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante".(19)

Sin embargo Jiménez de Azúa considera "que se debe rechazar toda zona intermedia entre, lo justo y lo injusto, no existiendo más que una base de las causas que deben admitirse como justificantes: la preponderancia del interés, ora porque sea de mayor importancia jurídicossocial, el que triunfa en la colisión de la legítima defensa o el que se actúa al ejecutar un derecho o cumplir un deber, ora porque es superior el bien jurídico que se salvaguarda en el estado de necesidad y en los casos de justificación supralegal, anotando, que en suma sólo la preponderancia del interés que se actúa (ejercicio de un derecho), protege (estado de necesidad) o defiende (legítima - Defensa), o el deber que se cumple, fundamentan las causas de justificación".(20)

Ahora bien, como causas de justificación podemos apuntar las consignadas en el Código Penal en su Artículo 15 fracciones III, IV, V, VII, VIII, que vienen a ser: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, obediencia jerárquica, impedimento legítimo, toda vez, que son las únicas a que hace

19 Porte Petit, Candaudap. Ob. cit. pág. 493.

20 Jiménez de Azúa: "Tratado de Derecho Penal, III"

Editorial Sudamericana, S.A., Buenos Aires, pág. 1055-1056.

referencia el precepto, respecto a ellas nos referiremos brevemente para efectos de establecer si alguna puede presentarse como causa de exclusión del injusto en el contrabando calificado.

Múltiples son las definiciones dadas sobre la legítima defensa, pero nosotros atenderemos a lo señalado por Carrancá y Trujillo, al expresar: "la defensa es legítima cuando se contra-ataca a fin de que una agresión grave no consume el daño con que amenaza inminentemente". (21)

En nuestra legislación, el Artículo 15, fracción III, del Código Penal, recoge esta justificante al decir: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: III. Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y, sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad nacional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende".

La Escuela Clásica, funda su punto de vista en la llamada defensa pública subsidiaria, al sostener la titularidad del estado sobre el derecho de defensa, es decir, la defensa individual adquiere todo su imperio cuando la pública está imposibilitada de actuar.

Entonces, la legítima defensa se hace consistir en el contraataque o repulsa necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aun

21 Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. cit. pág. 531.

cuando haya sido provocada injustamente. Por lo que toca al contrabando calificado esta hipótesis no puede aplicársele, dada la naturaleza del bien protegido y sujetos que lo componen.

El Estado de necesidad se caracteriza por ser una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares, al respecto Carranca y Trujillo sostiene, "en el estado de necesidad está justificante, dentro de ciertos límites precisos, el ataque contra bienes ajenos jurídicamente protegidos, a fin de salvar los propios de igual o de mayor valor".(22)

El Código Penal vigente en su Artículo 15, fracción IV alude a la justificante al expresar: "IV.Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia del agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance".

En conclusión el estado de necesidad surge cuando para conservar un bien jurídico, se lesiona otro igualmente amparado por la ley.

Es necesario recalcar que conforme al principio de valuación de los bienes jurídicos protegidos por el derecho punitivo, cuando se presenta el conflicto entre ellos, esto se resuelve objetivamente

mediante el sacrificio del valor menos importante y, es por esta situación como se fundamenta el estado de necesidad como causa de licitud. Luego entonces, la justificación puede contemplarse operando también como causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, en el supuesto de una pugna entre los bienes de igual valía.

Tomando en cuenta la disposición legal citada, se desprenden como elementos conformativos de esta causa de licitud:

I. Positivos: se presenta la existencia de un peligro provocado por un tercero, real, grave e inminente sobre su persona (salud o vida) o bienes (patrimoniales) o la persona o bienes de otro.

II. Negativos: se da siempre que no existe otro medio practicable y menos perjudicial y además, que no se tenga el deber legal de sufrir el peligro.

Esta posibilidad puede presentarse como justificación de la conducta objetivamente antijurídica, pensemos en cualquier sujeto que residiendo en zona fronteriza y a su vez teniendo un negocio de lotes de carros, ante la amenaza de una inundación los traslada de un lugar a otro adecuado al efecto para salvarlos, sin que exista en tal sitio establecimiento de vigilancia aduanal. Aquí sin la existencia de la causa de justificación nos encontraríamos ante un contrabando (extracción de mercancías sin cumplir con el requisito del permiso de autoridad competente y en su caso de pago de impuestos) siendo -

calificado (por la presencia de las circunstancias de haber realizado la extracción por lugar inhábil para el tráfico internacional).

Toda conducta o hecho tipificados en la ley constituyen, situaciones prohibidas, pero cuando se realizan en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho adquieren carácter de licitud, excluyendo la integración del delito, inclusive eliminan toda responsabilidad penal.

El Artículo 13, fracción V, declara "circunstancias excluyentes de responsabilidad", obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista, necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho".

Concretamente, el ejercicio de un derecho, como causa de justificación origina, "el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado", situación sostenida por Vasconcelos.(23)

Respecto a la ejecución del ejercicio de un derecho consignado y reconocido como tal en la ley, podemos decir que, debe actuarse dentro de los límites legales, de lo contrario se presentaría tal ejercicio como excesivo.

Ocasionalmente tal causa de licitud solo puede darse exclusivamente en el contrabando como aspecto negativo del delito, caso concreto es lo referente a los diplomáticos que dentro de sus vali-

23 Pavon Vasconcelos, Francisco. Ob. cit. pág. 334.

jas inviolables por tratados de reciprocidad entre los Estados, introducen o extraen del país donde se encuentran, mercancías que están gravadas por el impuesto arancelario, sin embargo el activo omite su pago.

El cumplimiento de un deber, "comprende tanto la realización de una conducta ordenada, por expreso, mandato de una ley, como la ejecución de conductas en ella autorizadas", tal y como lo sostiene Vasconcelos. (24)

Por tanto la obligación de cumplir un deber se deriva de la disposición legal al particular o bien está constituida en el desarrollo de un servicio público. En estos deberes, para lograr su cumplimiento en ocasiones se permite el empleo de medios coactivos, luego entonces, en el caso del contrabando, no pueden aparecer como causa de licitud de éste. Por lo que, dentro de nuestro delito en estudio, tal causa de licitud en los mismos términos tampoco puede presentarse en el contrabando calificado.

Ahora bien, cuando se contraviene la ley penal, dejando de hacer lo que ella manda por un impedimento legítimo e insuperable, estamos en presencia del impedimento legítimo como causa de justificación, misma que no se aplica al delito en referencia, ya que sólo funciona tratándose de delitos de omisión.

Dicha causa de justificación se encuentra prevista en la - - fracción VIII, Artículo 15 del Código Penal, que expresa: "contravenir

24 Idem. pág. 342.

lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que se manda por un impedimento legítimo".

Las únicas dificultades, comenta Carrancá y Trujillo, que en la práctica de esta disposición legal podrán presentarse consistirán en determinar, en cada caso, cuando la causa que motiva la inacción es legítima o justa, cuando es insuperable o incapaz de ser vencida por el esfuerzo del que incurre en omisiones".(25)

Su fundamento se encuentra recogido, en el Artículo 15, fracción VII, cuyo texto expresa: "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituye delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía".

La excluyente en cuestión, se refiere, solamente a las órdenes ilícitas, dado que las conforme a derecho, no se amparan en la eximente.

Nosotros consideramos, como la única causa que se adecua al delito de contrabando calificado en forma clara y concreta, ejemplificando tenemos la persona que recibía instrucciones superiores, adquiriendo mercancías omitiendo el pago de los impuestos, pero al realizar dicha actividad lo hace cumpliendo una orden que se le ha impuesto, y por lo tanto, aunque la lleve a cabo, no sería una conducta antijurídica, aunque sí típica por adecuarse al tipo respectivo.

## D) IMPUTABILIDAD

## INIMPUTABILIDAD

Anteriormente se determinó que sólo el ente físico puede ser sujeto activo del delito. Luego entonces, para que la ley pueda hacer recaer sobre él la consecuencia penal traducida en la sanción, - es necesario que dicho individuo sea imputable.

Acertadamente Carrancá y Trujillo manifiesta, "será, pues, - imputable, todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, - para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana". (26)

Por su parte Pavon Vasconcelos infiere, "que la noción de imputabilidad requiere no sólo el querer del sujeto, sino además su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significación y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma, - puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad". (27)

Mientras algunos autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, estimando ambas como elementos autónomos del delito, hay quienes dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella la imputabilidad. Sin embargo, se ha considerado en general, que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, estableciéndose

26 Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. cit. pág. 431.

27 Pavon Vasconcelos, Francisco. Ob. cit. pág. 373.

en la doctrina que aquella abarca la capacidad de querer y entender. De tal noción se infiere, que el individuo que conoce la ilicitud y significación de su comportamiento por una parte, además de su voluntad para realizarlo, ostenta capacidad de imputación para que se le repruebe o reproche su conducta como culpable.

La imputabilidad es por tanto el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

Inclusive Castellanos Tena sostiene, "en pocas palabras podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal".(28)

Por otra parte, es menester hacer mención a la responsabilidad, en virtud, de que se le considera como el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Es decir, existe una relación entre el sujeto y el Estado, la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley a su conducta.

Ahora bien, cuando se carece de la facultad psíquica de conocer y querer la conducta o hecho realizado, se anula la imputabilidad originándose el aspecto negativo de la misma que conocemos como - - inimputabilidad, cuya presencia torna imposible la existencia del - ilfcito.

28 Castellanos Tena Fernando; "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Editorial Porrúa S.A., México, 1964. pág. 217.

Así, Pavon Vasconcelos ocupándose de la misma cuestión, ha sostenido, "La inimputabilidad supone, la ausencia de dicha capacidad y por ello incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión", (29)

Al respecto consideramos, ajustarnos a lo señalado por Castellanos Tena al expresar: "las causas de inimputabilidad, son, pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad". (30)

Nuestro Código Penal vigente en su Artículo 15 fracción II, prevé como causa anulatoria de la imputabilidad, el trastorno mental transitorio o permanente, así como a los sujetos cuyo desarrollo intelectual retardado les impide comprender el carácter ilícito del hecho o bien conducirse de acuerdo con dicha comprensión.

El precepto en cuestión expresa: II. Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencionalmente o imprudencialmente".

Esta causa de inimputabilidad en relación con el delito de contrabando calificado, indudablemente puede presentarse, toda vez -

29 Pavon Vasconcelos, Francisco. Ob. cit. pág. 375.  
30 Idem. pág. 223.

que el individuo no se encuentra en el uso completo de sus facultades mentales en el momento de la consumación de la conducta delictiva.

Cabe indicar que por trastorno mental debe entenderse toda perturbación pasajera de las facultades psíquicas, innatas o adquiridas, cualquiera que sea su origen.

En tanto, los transtornos mentales transitorios para que opere por estado de inconciencia, precisa la reunión de todos y cada uno de los elementos consignados por el legislador, es decir lo relativo a lo previsto por el Artículo 15, fracción II.

Además, debemos considerar la existencia de otras causas de inimputabilidad, como son miedo grave y la sordomudez, así como a los menores infractores, ya que si bien es cierto nuestro Código punitivo no las considera de manera expresa como casos de inimputabilidad, sino de responsabilidad, al considerarlos socialmente responsables y no penalmente responsables, sin embargo en estos supuestos existe también la ausencia de la capacidad requerida por la imputabilidad.

Resumiendo para la integración del delito no basta la sola concurrencia de cierta conducta o hecho subsumible en la figura típica, ni la valoración objetiva realizada sobre aquél elemento que establezca su antijuridicidad, sino que además es necesaria la declaración judicial de que el agente del injusto típico es culpable.

## E) CULPABILIDAD

## INCULPABILIDAD

Corresponde ahora, delimitado el ámbito respectivo, externar una noción sobre la culpabilidad, por lo que, la misma para Villalobos "la culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del su jeto por el orden jurídico y por los mandatos prohibidos que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los - propios deseos, en la culpa". (31)

Con la finalidad de precisar la esencia de la culpabilidad, han surgido en la doctrina dos teorías: la Psicológica y la normativa. Dentro de la primera, la culpabilidad se fundamenta en un carácter psicológico, consistente en un nexo psíquico entre el sujeto capaz y su conducta o hecho. En esta concepción se da por supuesta la antijuridicidad como valoración jurídica sobre la conducta o el resultado concreto, para circunscribirse al estudio de la subjetividad o psiqué del autor, a fin de determinar su actitud respecto del resultado objetivamente delictuoso.

Al respecto, de acuerdo con la opinión de Vasconcelos, para la teoría psicológica, la culpabilidad "es la posición subjetiva del su jeto frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa". (32) Es decir, se presenta una relación subjetiva entre el au-

31 Villalobos Ignacio. Ob. cit. pág. 232.

32 Pavon Vasconcelos, Francisco. Ob. cit. pág. 364.

tor y su hecho, el primero implica una valoración normativa, el segundo está privado de toda valoración.

Así la culpabilidad se presenta integrada por un elemento emocional o volitivo, que abarca el querer la conducta o aceptar el resultado, en concurrencia con el factor intelectual o conocimiento que el propio individuo tenga de la antijuridicidad de su conducta o hecho.

Por su parte, expresa Carrancá y Trujillo, la teoría psicológica, "su fundamento radica en que el hombre es un sujeto con conciencia y voluntad, por lo que es capaz de conocer la norma jurídica, y de acatarla o no".(33)

De las ideas expuestas con antelación, Jiménez de Azúa señala que "la imputabilidad es de índole psicológica, pero tratándose de la culpabilidad, ésta reviste un carácter valorativo del tipo jurídico penal, toda vez que su contenido es un reproche".(34)

Por lo que, el desarrollo de la citada teoría se enfoca únicamente a la actitud dolosa del sujeto, prescindiendo de la culpa, resultando así insuficiente al no comprender esta segunda especie del género culpabilidad.

La teoría normativa reconoce un contenido psicológico implícito en la culpabilidad, ya que mediante la acción se quiere la conducta y el resultado, o bien, solamente la primera, pero expresa que

33 Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. cit. pág. 469.

34 Jiménez de Azúa, Luis. Ob. cit. pág. 354.

tal contenido no constituye la culpabilidad, puesto que viene a ser el objeto sobre el cual recae el reproche contra su autor. Por tanto el juicio valorativo de reproche se fundamenta en la exigibilidad - dirigida al sujeto capaz para comportarse de conformidad al deber - establecido en la norma penal. Luego entonces, cuando el juicio repro batorio se efectúa, surge la culpabilidad entendida normativamente.

A mayor abundamiento, para Carrancá y Trujillo, la teoría - normativa, al referirse a la culpabilidad, "no basta una relación - psíquica entre el autor y el resultado, sino que es preciso que ella dé lugar a una valoración normativa, a un juicio de valor que se tra duzca en un reproche".(35) Es por tanto, infiere el mismo autor, la culpabilidad, una reprobación jurisdiccional de la conducta que ha - negado aquello exigido por la norma.

Así, para afirmar que una conducta es culpable es necesario, previamente afirmar, a través del correspondiente juicio, que el in- justo típico perpetrado es reprochable a su autor por haberlo reali- zado intencional o imprudentemente y en circunstancias en que podía\_ exigírsele otra conducta diversa.

Es importante expresar, que en la comisión de un delito, la\_ conducta puede ser reprochada por su ejecución intencional o culposa, es decir, la culpabilidad reviste dos formas: Dolo y Culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipi--

35 Idem. pág. 469.

ficado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia, existiendo además como subespecie de las precedentes, la preterintencionalidad.

Dolo y culpa poseen un factor que les es común, ya que en ambos supuestos se debe y se está en posibilidades para obrar de otra manera, o sea, de conformidad a derecho.

El Código Penal vigente en sus Artículos 8 y 9, se refieren al dolo, culpa y la preterintencionalidad respectivamente.

Comunmente, en las figuras típicas, se admite indistintamente cualquiera de las dos formas de culpabilidad, salvo en los casos, en que la propia descripción se haga el señalamiento expreso de una de ellas, para que la conducta pueda ser reprochable exclusivamente en ese sentido.

Sin embargo el Código Fiscal de la Federación vigente, suprime tal aseveración, por tanto, consideramos que dado el tipo de delito (contrabando calificado), su complejidad, así como la especial preparación intelectual que se requiere, es difícil que pudiera admitirse en su comisión la culpa, en virtud, de que el resultado no puede presentarse por negligencia o imprudencia, ni mucho menos por olvido de las precauciones indispensables exigidas por el Estado.

Como elementos de la culpabilidad podemos mencionar, los que ubica la teoría normativa y son:

a) La imputabilidad (elemento que ya quedó establecido)

- b) Las formas de culpabilidad (dolo y culpa)
- c) La ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad, al existir una de ellas desaparece la misma.

El dolo como primera forma de la culpabilidad, puede ser considerado en su noción más general, sostiene Carrancá y Trujillo, "como intención, y esta intención ha de ser de delinquir o sea dañada. - Un querer algo ilícito, voluntaria e intencionadamente, es la base - sobre la cual se sustenta el concepto legal de dolo"(36).

Siendo el dolo la forma más grave de la culpabilidad, su estudio ha dado origen a controversias, considerando a nuestro parecer, que la teoría que conjuga las nociones de representación y voluntad como base en el establecimiento de su contenido es la más acertada.

Una definición que recoge estas notas distintivas, la ofrece Jiménez de Azúa, considerando la presencia del dolo "cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se - quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se - quiere o se ratifica".(37)

Del mismo concepto a su vez tenemos como elementos del dolo uno intelectual o (ético) y otro emocional o (volitivo). El primero

36 Ibidem. pág. 441.

37 Ibidem. pág. 394.

está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber, es decir, conocimiento que el sujeto tiene de las circunstancias del hecho, en el cual se representa un proceso causal entre su acción u omisión y el resultado. Ejemplificando tenemos el delito de homicidio en cuyo caso el autor debe prever que de su acción, disparar una arma de fuego habrá de resultar la muerte de un hombre.

Por tanto, el conocimiento del sujeto debe extenderse al carácter típico y antijurídico del resultado; tal conciencia no es necesario tenerla de modo técnico, sino de manera profana como quebrantamiento del deber de obrar o de abstención consagrado en la norma jurídica.

Con la intervención del elemento emocional se integra el dolo, ya que dicho elemento supone que el sujeto quiere realizar la acción u omisión que constituye la conducta o acepta el resultado que se ha representado como consecuencia de ella.

En el contrabando calificado existirá dolo directo cuando la voluntad del agente se dirige directamente al resultado previsto, existiendo además identidad entre el acontecimiento real y el representado, es decir, no solo basta el conocimiento de los hechos y su significación antijurídica, sino que además es necesario la presencia del elemento volitivo. Caso contrario, sucede cuando estamos en presencia del dolo indirecto o eventual, cuando el sujeto dirigiendo precisamente su voluntad hacia un resultado delictuoso, se representa

al mismo como contingente o posible, aceptándolo en caso de llegar a realizarse.

La culpa como segunda forma de la culpabilidad, nos concreta remos a seguir el criterio de Carrancá y Trujillo al expresar: "es la no previsión de lo previsible y evitable, que causa un daño anti-jurídico y penalmente tipificado".(38)

Por consiguiente, del análisis de algunas teorías Vasconcellos define a la culpa "como aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto y previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres".(39)

Por tanto no se presenta en la comisión del delito que analizamos, en virtud de que, el resultado no puede presentarse por negligencia o imprudencia.

En los mismos términos, por lo que, respecta a la preterintencionalidad, solo nos abocaremos a señalar algunas definiciones para comprender el fondo de su naturaleza.

La preterintencionalidad encuentra su fundamento legal en el Artículo 8 y 9 párrafo tercero del Código Penal al prescribir: "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia". Sostiene -

38 Idem. pág. 457.

39 Pavon Vasconcelos, Francisco. Ob. cit. pág. 411.

Vasconcelos que la redacción del citado precepto es correcta, en virtud, de la concurrencia del dolo o la intención respecto al resultado querido o aceptado (dolo directo y dolo eventual) y culpa o imprudencia en cuanto al resultado mayor sobrevenido.

También suele llamarse a la preterintencionalidad como una tercera forma o especie de la culpabilidad, si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto.

Sin embargo, no es posible hablar de una tercera especie de la culpabilidad participante a la vez de las esencias del dolo y de la culpa, toda vez que ambas formas se excluyen.

Si como se precisó, en la formación de la culpabilidad se requiere la existencia de un elemento cognocitivo, y además el emocional, es indudable que la ausencia de uno de los mencionados, hace imposible el nacimiento del cuarto elemento del delito, y por tanto, - la integración de éste.

Las causas genéricas de inculpabilidad son: el error y la no exigibilidad de otra conducta.

Se debe entender que estamos en presencia del error cuando - se tiene una idea falsa de la representación objetiva, misma realidad que puede darse en una cosa o bien, en una situación.

Para los efectos jurídicos penales, el error se subdivide; - en error de derecho y de hecho.

Su fundamento legal lo encontramos conforme a lo dispuesto - por el Artículo 15 fracción XI, del Código Penal, al expresar: "Son - - circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: realizar la - - acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los - elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta. No se excluye la responsabilidad si el error es vencible".

Caba aclarar aquí, que lo expresado en el párrafo anterior, - se refiere tanto al error de derecho (error juris), como al error de - hecho (error facti).

El error de derecho, diramos que se ha seguido el principio - casi universal de que la ignorancia de las leyes a nadie beneficia, - como puede verse, se equipara la ignorancia al error, haciendo consig - tir a éste en la ignorancia de la ley o en el falso conocimiento de - la misma. Esta especie en el Derecho Punitivo Mexicano, no es conside - rada como causa de inculpabilidad, conforme a la presunción legal de - intencionalidad establecida en el Artículo 9o. del Código Penal.

Analizando el principio rigorista que regula al error de der - recho, así como la actitud seguida al respecto por nuestro ordenamien - to penal, tenemos que el mismo se encuentra en correlación con el es - tablecimiento del Artículo 52 del mismo código, mediante el cual se - puede disminuir la penalidad conforme al arbitrio del juzgador, quien al efecto valorará en el caso concreto las circunstancias del hecho y del sujeto.

Lo referente al error de hecho, Vasconcelos infiere "que el mismo recae sobre circunstancias del hecho típico, cuando es insuperable, tiene la virtud de eliminar el dolo, pero si no es invencible el agente responderá del hecho típico a título de culpa, si la figura admitiere dicha culpabilidad".(40)

Ahora bien, el error de hecho admite como subespecies a: el error esencial y al error accidental o unisencial.

El error accidental, no funciona como causa de inculpabilidad ya que recae sobre los elementos accidentales del delito.

Este error comprende a la "aberratio ictus" y a la "aberratio in persona". El primero se presenta cuando el resultado no es precisamente el querido, pero a él equivalente, mientras que en el segundo se da cuando el error versa sobre la persona objeto del delito.

El error de hecho esencial e invencible, origina la inculpabilidad por ausencia del dolo, cuando se tiene desconocimiento:

I. De los elementos del tipo

II. De la realidad fáctica, jurídica penal o extrapenal, concernientes a las causas de licitud.

La eximente putativa del inciso I, opera cuando el individuo a consecuencia de un error de hecho esencial e invencible, o bien por

un error de derecho no penal, considera encontrarse bajo una causa de justificación, de inculpabilidad o excusa absolutoria.

Lo relativo a las eximentes putativas tenemos a: la defensa putativa, el estado de necesidad putativo, el consentimiento putativo, la obediencia jerárquica putativa, el ejercicio de un derecho putativo, el cumplimiento de un deber putativo, el impedimento putativo y la no exigibilidad de otra conducta putativa.

Luego entonces, el error de hecho esencial e invencible aún cuando no se reglamenta en el Código Penal, sin embargo, consideramos como se ha sostenido por los tribunales que, el mismo se encuentra a través de la interpretación a contrario sensu del Artículo 80., que habla de las formas de culpabilidad.

Creemos que los elementos descritos anteriormente no se configuran plenamente al delito de contrabando calificado, toda vez, que aplicándolos al caso concreto no se presenta la aberratio ictus, ni la aberratio in persona, como consecuencia tampoco puede existir el error de hecho esencial e invencible.

Otro de los aspectos negativos de la culpabilidad es la no exigibilidad de otra conducta, donde encontramos el estado de necesidad (cuando los bienes en conflicto son de igual valor), la violencia moral o vis compulsiva, llamada por la ley temor fundado irresistible. Estas excluyentes de responsabilidad, las recoge el ordenamiento punitivo en el Artículo 15, fracciones IV y VI respectivamente, regu-

lándose dentro del mismo precepto legal algunos otros casos específicos, de los cuales ya se hizo mención.

Villalobos opina al respecto, cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta, "nos referimos sólo a consideraciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho, por los cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en sentido determinado, aun cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del derecho y con el orden social".(41)

En el contrabando calificado tenemos que, la inculpabilidad puede presentarse en, la no exigibilidad de otra conducta putativa (temor fundado-Artículo 15, fracción IV del Código Penal) y la obediencia jerárquica putativa (cuando el inferior, conociendo la ilicitud del mandato y pudiendo rehusarse a obedecerlo, no lo hace ante la amenaza de sufrir graves consecuencias).

41 Villalobos Ignacio. Ob. cit. pág. 433.

## F) PUNIBILIDAD

## AUSENCIA DE PUNIBILIDAD

Es importante hacer mención, a que toda norma jurídica de carácter penal contiene un precepto que ordena o prohíbe, así como una sanción o pena, es decir, se determina el delito y la pena que le corresponde por la comisión del mismo.

Como se precisó al principio de nuestro ilícito en estudio una definición formal del delito, conforme al Artículo 7o. del Código Penal, quedó reducida a la conducta punible. Sobre la naturaleza de la punibilidad, la discusión se ha concentrado sobre si se trata de un elemento del delito o la consecuencia del mismo.

Ocupándose de la misma cuestión, Carrancá y Trujillo sostiene: "La acción antijurídica, típica y culpable para ser inculpada ha de estar conminada con la amenaza de una pena, es decir, que ésta ha de ser la consecuencia de aquélla, legal y necesaria".(42) Es así como explica a la punibilidad.

Por punibilidad entendemos, expresa Vasconcelos "la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social".(43)

En conclusión la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.

42 Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. cit. pág. 424.

43 Pavon Vasconcelos, Francisco. Ob. cit. pág. 453.

Ahora bien, las penas impuestas al comitente de un delito - pueden ser de diferente manera, mejor dicho de diversa naturaleza - atendiendo al bien jurídico tutelado sobre el cual recaigan, lo cual señalaremos cuatro categorías diferentes contempladas en nuestro Código Penal vigente y son:

I. Contra la vida

II. En contra de las personas en su patrimonio

III. Contra la vida y la integridad corporal

IV. Contra el honor

Luego entonces, dentro de la primera categoría, mencionaremos a la prisión, sanción variable en cuanto al tiempo de su duración y, - aplicable en el delito de contrabando calificado. El Artículo 21 - - Constitucional dispone, que compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones, y por su parte el Código Fiscal de la - Federación conforme a lo previsto por el Artículo 94 señala, que en los delitos fiscales, caso de la figura en estudio, "la autoridad ju - dicial no impondrá sanción pecuniaria delegando a las autoridades - administrativas con arreglo a las leyes fiscales de hacer efectivos - los impuestos aludidos y las sanciones administrativas correspondien - tes, sin que ello afecte al procedimiento penal. Es decir, como ya - ha quedado asentado dentro de nuestro segundo capítulo, el contraban - do calificado o contrabando simple, ambos serán sancionados en su - doble aspecto de infracción y delito, por distintas autoridades en -

cada aspecto que presente. Sin que dicha duplicidad sea violatorio de la garantía constitucional contemplada en el Artículo 23 de la Constitución Mexicana.

Cabe hacer mención, que en el derecho punitivo las personas morales no delinquen, no existiendo responsabilidad penal sobre ellas solamente cuando el caso lo amerite, se le aplicará una medida de seguridad, mas sin en cambio, en el derecho administrativo a tales entes jurídicos, se les considera y sanciona como responsables.

Respecto de la hipótesis del contrabando calificado por evasión fiscal, la clasificación arancelaria adquiere un carácter relevante en la fijación de la pena. Es oportuno recordar, que al tratar al tipo penal, se incluyó en el mismo, un elemento de carácter normativo; luego entonces, para establecer la calidad de mercancía extranjera de importación, y el monto de los impuestos omitidos, y cuales mercancías son prohibidas, así como las que requieren de permiso, sólo es posible mediante la clasificación arancelaria formulada por la autoridad administrativa. Por tanto la determinación presuntiva a que hace referencia el Artículo 103 del Código Fiscal de la Federación procederá independientemente de las sanciones a que haya lugar.

Ahora bien en el caso del contrabando si el monto de los impuestos omitidos no excede de \$500,000.00, se aplicará una pena de 3 meses a 6 años de prisión, en caso contrario, si excede, la pena será de 3 a 9 años de prisión. De no ser posible fijar el monto de los im

puestos omitidos, la sanción correspondiente será de 3 meses a 6 años de privación de la libertad. Asimismo, en la circunstancia de que la mercancía presente desperfectos, los mismos se tomarán en cuenta al determinar su valor, y el importe del impuesto cuando tales averías sean producidas antes del contrabando. (Artículo 104 del Código Fiscal de la Federación).

Es menester expresar que la máxima de Derecho Penal "Nullum Poene Sine Lege" la consagra como garantía individual el Artículo 14 de la Constitución, y en nuestro delito toda vez que se regula específicamente, y no de modo global una pena privativa de libertad variable en cada supuesto, tenemos que en el caso de mercancía prohibida la norma adquiere un carácter meramente declarativo, en virtud de que no se regula pena específica al efecto.

Luego entonces las penas del contrabando simple señaladas anteriormente, serán aplicables al precepto 105 del mismo Código, es decir, siendo que en la especie nuestro delito calificado en estudio nos remite al mismo precepto, y en obvio de repetición contendrá las mismas penas. Además de la sanción correspondiente tipificada por la comisión del ilícito, el Artículo 107 último párrafo expresa; que cuando los delitos a que se refiere el citado precepto sean calificados, la sanción aumentará de 3 meses a 3 años de prisión. Inclusive, si la calificativa constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación.

En caso de delito continuado, la pena podrá aumentarse hasta por una mitad más de la que resulte aplicable, entendiéndose por delito continuado cuando se ejecuta con pluralidad de conductas o hechos, con unidad de intención delictuosa e identidad de disposición legal, incluso de diversa gravedad. (Artículo 99 del Código Fiscal).

Nos hemos referido hasta ahora, a los elementos del delito y su aplicación a la figura del contrabando calificado, así como a su aspecto negativo de aquellos, a continuación y siguiendo el orden establecido, mencionaremos el aspecto negativo de la punibilidad que se constituye por las excusas absolutorias.

Ocupándose de la misma cuestión, en las excusas absolutorias falta sólo la punibilidad de la acción, así lo sostiene Carranca y Trujillo, por tanto, continúa diciendo "son circunstancias en las que, a pesar de subsistir la antijuridicidad y la culpabilidad, queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer la pena al autor". (44)

Congruente con su punto de vista, Villalobos expresa que la noción de excusas absolutorias, "se debe atender a caracteres o circunstancias de diversos hechos, por los cuales, no obstante que exista y esté plenamente integrado el delito, la ley no impone sanción por razones particulares de justicia o de conveniencia contra las cuales no puede ir la pena". (45)

44 Idem. pág. 651.

45 Ibídem. pág. 426.

En síntesis en nuestra legislación, se han considerado como excusas absolutorias las comprendidas en nuestro Código Penal, las que podemos agrupar de la siguiente manera:

- a) En razón del arrepentimiento y de la mínima peligrosidad del agente: Artículo 139 (deposición de armas por el rebelde) y 375 (robo cuyo valor no exceda de diez veces el salario).
- b) En razón exclusiva de la mínima o nula peligrosidad exhibida por el autor: Artículo 333, primera parte (aborto por imprudencia de la mujer embarazada).

Así con la denominación de excusas absolutorias, se hace referencia a aquellos casos específicos previstos en la ley y en los cuales el estado por razones de política criminal, deja impune la conducta delictuosa en presencia de ciertas circunstancias, por lo que, al referirnos al contrabando calificado tenemos que él mismo no cuenta con ninguna excusa absolutoria, esto es, con base a las ideas expuestas con anterioridad, motivo por el cual no es aplicable al caso concreto.

## G) ITERCRIMINIS

Concluido el estudio de la primera esfera del delito, es necesario referirnos enseguida a lo que se conoce como el "Iter-criminis" (camino del crimen), es decir, a las diversas etapas recorridas por el delito, desde su idea hasta su agotamiento.

Carrancá y Trujillo las menciona como fases del iter criminales, sosteniendo "es el camino que recorre el delincuente para dar vida al delito, advirtiendo dos fases la interna o psíquica y la externa o física".(46)

Asimismo, Castellanos Tena expresa: "el delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente, hasta su terminación; recorre un sendero o ruta desde su iniciación hasta su total agotamiento".(47) A este proceso se le llama iter-criminis.

Existen dos etapas al respecto, mismas que tradicionalmente se les han denominado interna o subjetiva y la externa u objetiva, abarcando por tanto cada una de ellas, diferentes fenómenos.

Respecto de la fase subjetiva podemos decir que se compone de:

I. La idea criminosa o ideación que se produce, cuando surge en la mente de un sujeto la idea de cometer un delito, pudiendo re--

46 Carrancá y Trujillo, Raul. Ob. cit. pág. 661.

47 Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit. pág. 275.

cañar la misma, en caso contrario, se inicia la segunda parte del proceso que viene a ser;

II. Deliberación, momento en que el sujeto habiendo aceptado con antelación la idea criminal, pondera los pro y contras que presenta, estando aun en posibilidades de rechazarla.

III. Resolución, es decir, si el sujeto en cambio persiste en la idea criminosa después de agotado el conflicto psíquico de la deliberación, concluyéndose la fase interna con la resolución o determinación para delinquir.

Sin lugar a dudas la fase interna puede concluirla el sujeto con relación al contrabando calificado, pero como el delito no ha salido de su mente, no se ha exteriorizado en actos materiales su trascendencia jurídica es nula, puesto que no se lesiona el interés protegido por la norma, siendo aplicable al respecto el principio de que el pensamiento no delinque.

A la determinación interna sucede la resolución manifestada a través de la palabra, por la cual el sujeto exterioriza la idea criminal. A tal resolución se le sitúa en una zona intermedia entre la fase subjetiva y objetiva, sin embargo en el derecho punitivo en algunos casos, la resolución manifestada verbalmente es elevada a la categoría de delito, a manera ejemplificativa tenemos las amenazas.

Sin en cambio, cuando la resolución criminal es exteriorizada a través de actos materiales, da lugar a la fase externa u objetiva,-

que por su parte comprende:

I. Manifestación, la idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente en la mente del sujeto.

II. Preparación, a los actos preparatorios idóneos e inequívocos, mediante los cuales el autor trata de acondicionar la ejecución del delito.

III. Ejecución, existe la misma cuando se integran los elementos que el tipo requiere, pues se alcanza de esta manera la plena objetividad jurídica que constituye el tipo especial de un delito - dado, (puede ofrecer dos diversos aspectos, tentativa y consumación).

## H) TENTATIVA

Es importante indicar que los actos preparatorios difieren de la tentativa, en virtud de que en el primero no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito, tales actos materiales lo mismo pueden ser lícitos o ilícitos; mientras que en la tentativa existe ya un principio de ejecución y, por ende, la penetración en el núcleo del tipo.

Por tanto son los actos ejecutivos, encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto.

La tentativa requiere la ejecución de actos idóneos e inequívocos, existe por la ejecución incompleta de un delito, o sea en tanto que la ejecución no se ha realizado por completo; como consecuencia sostiene Carrancá y Trujillo, "puede ocurrir que el agente suspenda los actos de ejecución que consumirían el delito (delito intentado o tentativa inacabada), o bien porque el agente realice todos esos actos de ejecución que han de producir el resultado, no ocurriendo éste por causa externa, imprevista o fortuita (delito frustrado o tentativa acabada)". (48).

Villalobos considera "que todo acto externo que se encamine a la realización de un tipo penal puede llamarse tentativa", restan-do distinguir en qué momento es punible, basándose en la proximidad

o inmediatez de los actos efectuados, y refiriéndose a la ejecución de hechos (actos) encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".(49)

Nuestro Código Penal en su Artículo 12, da el fundamento de la punición en la tentativa en los siguientes términos: "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". Es decir, es punible por el hecho de poner en peligro los intereses jurídicamente tutelados, originándose de esta manera los diversos grados en la tentativa mismos que son:

I. Tentativa acabada, en la cual se quiere el resultado, y para lo cual se ejecutan los actos tendientes a conseguirlo, pero no se realiza el ilícito por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

II. Tentativa inacabada, aquí se requiere el resultado, existe un comienzo de ejecución, pero no se produce el mismo por causas ajenas o propias a la voluntad del agente, y por último tenemos que;

III. En la tentativa imposible, el impedimento no nace ya de causas propias o ajenas a la voluntad del individuo, sino por falta de objeto jurídico, material, o de medios idóneos.

El Código Fiscal de la Federación hace mención a la tentativa, el cual se encuentra previsto en el Artículo 98 que en su parte\_ conducente expresa: "la tentativa de los delitos previstos en este \_ código es punible, cuando la resolución de cometer un hecho delictivo se traduce en un principio de ejecución o en la realización total de los actos que debieran producirlo, si la interrupción de éstos o la no producción del resultado se debe a causas ajenas a la voluntad del agente".

Luego entonces diremos que la misma se presenta dentro de \_ nuestro delito de contrabando calificado, cuya sanción en caso de \_ producirse será hasta las dos terceras partes de la que corresponda\_ por el delito de que se trate, si éste se hubiese consumado.

Pero si el autor desistiere de la ejecución, no se impondrá\_ sanción alguna, a no ser que los actos ejecutados constituyeren por\_ sí mismos delito.

## 1) CONCURSO

Lo relativo a la conducta en el delito de contrabando calificado, es oportuno recordar, que lo clasificamos en orden al resultado como un delito instantáneo, permanente, continuo y continuado, - por lo que, consideramos que su consumación puede ser instantánea, o bien presentar un período consumativo continuo o discontinuo, según el caso.

Ahora bien en el derecho punitivo se conoce con el nombre de concurso de delitos, a la presencia simultánea de normas compatibles entre sí, que se origina cuando el autor realiza varias figuras delictivas con una sola conducta, o bien con varias conductas, produciéndose distintas violaciones a las disposiciones penales. Al primer supuesto se le denomina concurso ideal o formal, en tanto que en el segundo, se trata de un concurso real o material.

Por otra parte, el concurso ideal en los delitos existe una unidad en cuanto a la conducta y una pluralidad de lesiones jurídicas, pudiendo ser los ilícitos de naturaleza homogénea o heterogénea, pero en ambos casos compatibles entre sí.

Con relación al concurso real o material de delitos podemos señalar que reúne los siguientes requisitos; identidad del sujeto activo, pluralidad de conductas o hechos y por último, pluralidad de delitos, pudiendo ser éstos al igual que en el concurso ideal, de carácter homogéneo (cuando las conductas sean las mismas) o bien -

heterogéneo (cuando las conductas sean diferentes)

Relacionando lo anteriormente expresado a nuestro precepto - en estudio, tenemos que su aplicación si es posible en el delito de contrabando calificado, y así cuando con una conducta el sujeto come te varios contrabandos calificados surge el concurso ideal homogéneo o bien, este delito y otros distintos, que sería el caso del concurso ideal heterogéneo. Además, se pueden realizar varias conductas, - cometándose varios contrabandos calificados, y otros delitos, es de cir, se tiene cabida conjuntamente al concurso real homogéneo y hete rogéneo respectivamente.

Luego entonces el precepto 107 último párrafo no hace men- - ción expresa como la consignada en el Artículo 64 del Código Penal - respecto del concurso ideal y real, para efectos de establecer la pe nalidad, concretándose sólo el primer precepto mencionado, a señalar que si la calificativa constituye otro delito se aplicarán las re - glas de la acumulación.

El tipo de contrabando calificado no requiere para su reali- zación la intervención de varios sujetos, toda vez que se clasificó como monosubjetivo, no obstante, se puede presentar en el delito un concurso de personas, es decir, la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad.

Así cuando varios hombres infringen una sola norma penal, - estamos en presencia del concurso de personas incluyendo dentro de - la misma a:

I. El autor intelectual o instigador, interviene con anterioridad a la comisión del delito, entendiéndose por tal, al sujeto que instiga, provoca o determina a otro a cometer un ilícito.

II. Autor material o inmediato, es aquel que realiza el delito, es decir, el que integra el tipo al realizar la conducta o el hecho que éste describe.

III. Coautor, es el que interviene conjuntamente con el autor para integrar el tipo.

IV. Autor mediato, aquel sujeto, que se vale de un inimputable o de un no culpable por error, para la ejecución material del delito.

Lo relativo al encubrimiento en materia de contrabando calificado, el Código Fiscal en su Artículo 96, lo regula en forma separada, no como una concurrencia de personas sino como un delito específico, en el cual se trata de prever supuestos, mereciendo esta conducta delictuosa una pena de tres meses a 6 años de prisión. (Artículo 96 dítimo párrafo).

En cuanto a los supuestos mencionados de la concurrencia de personas, tenemos que todos ellos pueden darse en nuestro delito a estudio, estableciéndose en el Artículo 95, la responsabilidad de tales sujetos.

## CAPITULO IV

## REPERCUSIONES ECONOMICAS DEL CONTRABANDO

## A) CONSECUENCIAS ECONOMICAS DEL CONTRABANDO.

El delito de contrabando lesiona ante todo el interés económico nacional, es decir, que la omisión de pago de impuestos de importación o exportación produce desequilibrios en el comercio que se desarrolla en un país determinado.

Ya sea por provocar fuga de divisas o por cualesquiera otra causa, trayendo como consecuencia el daño patrimonial, al momento de que el sujeto activo elude o trata de eludir el pago de las tasas impositivas. Luego entonces el contrabando trae consecuencias de tipo político, así como económico.

Por tanto, es de toda urgencia a nuestro punto de vista, contar con un instrumento legal que permita al Estado, por intermedio de sus ramas competentes, ejercer en este terreno una acción eficaz, para salvaguardar no sólo sus intereses legítimos económicos y fiscales, sino también la integridad del orden jurídico constituido.

Sin embargo el contrabando es un hecho real, resultado de la política comercial, que han llevado a cabo los países a lo largo de su historia.

La presencia del mismo ha puesto en tela de juicio la efectividad de las medidas de política proteccionista hacia las mercancías adoptada por diferentes países, en virtud de que sus efectos -

distorsionan parcialmente la política económica de las mercancías.

Agregando a lo anterior, la ganancia diferencial que obtienen al eludir el pago de cuotas arancelarias y otros requisitos establecidos, siendo el único beneficiado el sujeto activo.

Nosotros consideramos que dicho delito se presenta, en última instancia, por diferencias de productividad, traducidas en mejor calidad, así como en su adquisición por precios más bajos.

Asimismo el hecho de que sea una actividad anti social, constituye un obstáculo importante para la comprensión total del comercio exterior y sus efectos reales sobre el proceso económico y sobre su estructura económica.

Reflejando además problemas sociales, tal y como ya lo afirmamos en el capítulo anterior, toda vez que, afecta los niveles de vida, acentúa la diferenciación social, perjudica a la producción y al empleo, y disminuye a su vez los ingresos del Estado.

Cabe indicar por lo expresado, que resulta preocupante para el país, la comisión del ilícito, no sólo por sus aspectos administrativos, sino también por sus características y efectos económicos. No obedeciendo únicamente a la conducta ilícita de los particulares o de los empleados públicos, sino a una realidad económica, que enfrenta estructuras de política productiva.

No omitimos señalar, que las barreras aduanales, los aranceles y permisos, como medidas de protección a la industria nacional, han dado origen al delito de contrabando sea o no calificado.

Al respecto Miranda Gallino manifiesta: "En lo fiscal, donde el delito económico va asociado generalmente con el fraude al fisco\_ y en su forma específica al contrabando, incide gravemente en el -- desequilibrio de las finanzas públicas, además de repercutir sobre - la producción y el comercio honestos, expuestos a la ruina por la imposibilidad de igualar al inescrupuloso competidor que vende o utiliza productos o materias que han aludido los gravámenes aduaneros".(1)

Interpretando el párrafo anterior, la peligrosidad del contrabando deriva no sólo de sus amplios efectos, sino de sus modalidades de actuación y de impunidad.

Es conveniente hacer referencia a lo que se entiende por - Finanzas Públicas, ya que constituyen un aspecto de la administración pública que reviste primordial importancia no sólo por cuanto - provee los medios para la obtención y administración de los fondos - públicos base del sostenimiento económico de la maquinaria estatal, - sino también por su función en la planeación socio-económica.

Sin embargo adelantamos, que en términos generales es una - disciplina con diversos aspectos, donde encontramos los ingresos del Estado, gastos del Estado y la contabilidad pública y el control sobre la actividad financiera. Situación que se ajusta indudablemente\_ en los términos expresados subsecuentemente.

1 Miranda Gallino, Rafael: "Delitos contra el orden Económico" Editorial Astrea, Buenos Aires, 1970. pág. 13.

En el caso concreto Mario Pugliese define al derecho financiero como "la disciplina que tiene por objeto el estudio sistemático del conjunto de normas que reglamentan la recaudación, gestión y la erogación de los medios económicos que necesita el Estado y los otros órganos públicos para el desarrollo de sus actividades, y el estudio de las relaciones jurídicas entre los poderes y los órganos del Estado y entre los mismos ciudadanos que derivan de la aplicación de normas". (2)

2 Pugliese Mario: "Derecho Financiero"  
Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1939 pág. 22.

## B) REPERCUSION Y REPRESION SOCIAL

Comunmente a la repercusión se le ha llamado traslación, desarrollándose en cuatro momentos, principalmente desde la aplicación del impuesto.

Por tanto el primer momento es el efecto o acto por el cual el impuesto recae sobre el sujeto pasivo del impuesto, quien lo paga a la administración fiscal.

Respecto a este punto Francisco de la Garza infiere lo siguiente: "que el fenómeno expresado en el párrafo anterior se analiza con mayor claridad en los llamados impuestos al consumo, o a la producción".(3) Ejemplificando tenemos el impuesto al valor agregado que grava una empresa fabricante de cemento. La fábrica de cemento es el sujeto pasivo legal del cemento, teniendo la obligación de pagarlo de acuerdo con la ley.

Puede suceder, entonces, que el sujeto pasivo legal del impuesto acepte soportar su carga, asumiendo definitiva y totalmente el sacrificio. A tal situación se dice que el sujeto percutido es también incidido por el impuesto.

En otros términos, si la fábrica de cemento se conforma con la carga fiscal que le representa el pago del impuesto sobre su enajenación entonces es al mismo tiempo un sujeto percutido por el impuesto.

3 De la Garza Francisco, Sergio: "Derecho Financiero Mexicano" Editorial Porrúa S.A., México, 1986 pág. 386.

Pero también cabe la posibilidad que dicho impuesto sea por sí mismo de difícil o imposible repercusión. Como ejemplo tenemos - cuando no se tiene a su vez contra quien repercutirlo, caso concreto es lo relativo al contrabando.

Si por el contrario el sujeto pasivo decide recuperar esa - carga de otra persona, se produce el fenómeno de la traslación, como segundo momento, entendiéndose por ésta cuando se hace reembolsar o recuperar indirectamente la carga fiscal.

Continuando con nuestro ejemplo, si la fábrica de cemento - agrega el importe del impuesto a sus costos de producción, aumentándose el precio de la venta de cemento, se produce lo que mencionamos como la traslación del impuesto.

Y así sucesivamente quien adquiera dicho material, tratará a su vez, en caso de ser intermediario o distribuidor de recuperar el - impuesto del que tuvo la obligación de pagar, tomando en cuenta su - costo de adquisición, de administración y utilidad.

Ahora bien, dicho impuesto puede solo recaer sobre una sola - persona, lo que se le conoce con el nombre de la incidencia, por lo - que, tendremos un tercer momento. Es decir, se presenta cuando ya no se encuentra a ningún otro a quien trasladar la carga.

Por último, el fenómeno de la traslación puede ser ignorado, prohibido, tolerado o exigido, surgiendo lo que se conoce como la - regulación Legal.

De esta manera los efectos del impuesto afectan gradualmente a toda una serie de agentes económicos en condiciones variables.

Al lado de la repercusión se pueden producir otros efectos, tal es el caso de la remoción, presentándose la misma cuando el contribuyente reacciona ante la carga tributaria, ya que en vez de resignarse, se esfuerza en establecerlos a su primitivo nivel, como ejemplo diremos incrementando su productividad, utilizando mejor su mano de obra, etc.

En este orden de ideas, la finalidad de analizar la repercusión, es más que nada, para indicar como se presenta directamente la imposición de los impuestos.

Por lo que, nosotros consideramos que dentro de nuestro delito en estudio (contrabando calificado) no se ajusta al tipo de traslación ya mencionado anteriormente, dado que nuestro ilícito es un delito (salvo alguna excepción impuesta) y no una simple imposición de impuestos, es decir, en aquel existe una obligación tributaria de hecho y de derecho, en tanto que en la segunda, se caracteriza por la presentación de una traslación de la carga tributaria.

Ahora bien, respecto a la represión social que se puede presentar, en México se ha criticado el que se le asigne, a la pena pecuniaria fiscal la función de resarcimiento del daño sufrido por el Erario, ya que, aparte de que a veces no existe daño, el resarcimiento sería excesivamente desproporcionado al perjuicio para poderse con-

siderar como tal, a menos que se quiera reconocer en el Estado un voraz aprovechador.

Sin embargo Margarita Lomelf Cerezo señala "que todo tipo de multa tiene un fin primario de represión de la violación cometida y de amenaza o intimidación para los demás sujetos a la misma obligación".(4) Es decir, el contenido pecuniario que beneficia indudablemente al fisco, es una característica de orden secundario.

En otros términos las sanciones e inclusive las multas no se establecen con el propósito principal de aumentar los ingresos del Estado, sino que para castigar las transgresiones a las disposiciones legales se utilizan los medios represivos.

Por tanto se ha sostenido, que en algunos casos, las multas por infracciones de las leyes de impuesto, son puramente reparaciones de carácter civil, en virtud, de que tales infracciones no importan, más que la falta de cumplimiento de una obligación de carácter civil.

Ahora bien, es evidente que esta concepción civilista de la relación tributaria ha sido completamente desechada y que la nota fundamental del moderno derecho tributario es la naturaleza pública de la obligación fiscal, así como también es inadmisibles, sostener que la multa tiene el carácter de reparación civil del daño producido al fisco.

4 Lomelf Cerezo, Margarita: "Derecho Fiscal Represivo" Editorial Porrúa S.A., México, 1979 pág. 197.

En el Derecho Tributario, lo relativo a las multas, sólo existe la facultad de las autoridades Hacendarias para condonarlas, total o parcialmente, facultad que tiene la misma naturaleza que la potestad de indulto que se ejercita en materia penal no bastando para - - desvirtuar tal naturaleza el hecho de que la misma facultad no se - ejercite exclusivamente por el jefe de Estado, como sucede en materia penal, porque diferentes órganos pueden ejercitar la misma.

Luego entonces, en el Derecho Penal Tributario de nuestro país, la analogía entre la condonación de multas y el indulto penal es más palpable en virtud de que el Código Fiscal establece en su Artículo 74 dos clases de condonación: Forzosa y Discrecional, que corresponden precisamente a las dos clases de indulto que existen en el Derecho Penal.

Por tanto es importante hacer mención a lo que se entiende por condonación, siendo en su especie otra forma de extinción de los créditos fiscales, consistiendo la misma en el acto por virtud del cual el poder público declara que no deben hacerse efectivos, parcial o totalmente los créditos, en favor de la Hacienda Pública.

Será forzosa o necesaria, por analogía con el indulto necesario o forzoso en materia penal, que tiene lugar cuando aparece con posterioridad a la sentencia irrevocable que el condenado es inocente (Artículos 94 y 95 del Código Penal), o cuando una ley quita a un hecho u omisión el carácter de delito que otra ley anterior le daba (Artículos 56 y 97 del Código Penal).

En tanto que será discrecional, cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de una manera parcial, aprecie discretamente los motivos que tuvo la autoridad que impuso la sanción, así como las demás circunstancias del caso. Mas sin en cambio dicha condonación en la práctica está sujeta a ser combatible en juicio de amparo.

Ahora bien, una vez hecha la explicación anterior, cuando se trata de actos bilaterales la multa se impone a cada parte interviniente, lo que no se explicaría si no fuera por el fin de represión que se persigue en relación con las violaciones de las leyes tributarias y que requiere que cada culpable sea castigado.

Este principio se encuentra reconocido conforme a lo dispuesto por el Artículo 71 fracción II del Código Fiscal de la Federación que dispone: "cuando sean varios los responsables cada uno deberá pagar el total de la multa que se imponga".

Inclusive el Artículo 70 párrafo I del mismo Código distingue entre sanción y reparación del daño al señalar que: "La aplicación de las multas, por infracciones a las disposiciones fiscales, se hará independientemente de que se exija el pago de las contribuciones respectivas y sus demás accesorios, así como de las penas que impongan las autoridades judiciales cuando se incurra en responsabilidad penal".

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Fiscal de la Federación han admitido la naturaleza penal o represiva de la multa, en virtud de que han considerado que respecto de las penas administrativas impuestas por las autoridades fiscales, son aplicables los principios del Derecho Penal Común, tal y como se afirmó dentro de nuestro capítulo segundo del ilícito en estudio.

Cabe indicar que salta a la vista la gran similitud tanto en su propósito, como en ciertas formas específicas de castigo, tienen las sanciones penales o penas propiamente dichas, y las sanciones administrativas. Por lo que, el Derecho Penal y el Derecho Administrativo emplean formas de sanción que son, en consecuencia, las mismas. Sólo difieren en su gravedad o duración.

Lo que pretendemos señalar aquí, es que tanto las sanciones penales como las administrativas, son de tipo represivo o punitivo, cuya diferencia entre las mismas no está en un elemento sustantivo, sino de un carácter de procedimiento.

Las penas propiamente dichas se aplican por las autoridades judiciales, mediante un procedimiento especial señalado en el ordenamiento penal respectivo, en tanto que las sanciones administrativas se imponen por los órganos de la administración, siguiendo los procedimientos establecidos en leyes administrativas. Es decir, las penas administrativas se diferencian de las que caracterizan el delito, porque no se aplican por la autoridad judicial a través de un proceso, sino directamente por la administración.

La analogía de las sanciones administrativas con las penales se advierte también en que pueden clasificarse, en principales, accesorias y subsidiarias.

Margarita Lomeli acepta tal clasificación al decir: "Las principales son aquéllas que se imponen como castigo por transgresión de la norma infringida; las accesorias son las que recaen sobre los objetos ajenos y medios materiales con los que la transgresión se ha realizado, ejemplificando tenemos el comiso de las mercancías introducidas en contrabando; y las subsidiarias son las que se imponen cuando la sanción principal no puede ser cumplida".(5)

Clasificación aceptada en nuestro Derecho Administrativo, pues al lado de las sanciones principales, existen sanciones accesorias, y la prisión subsidiaria para el caso de insolvencia del infractor de reglamentos gubernativos sancionados con multa.

En este orden de ideas, la diferencia entre Derecho Penal Administrativo y el Derecho Penal Común, estriba en que la primera consiste en la competencia de las autoridades administrativas para imponer sanciones a las acciones u omisiones antijurídicas. La segunda se propone, previa la acuñación del tipo, reprimir y prevenir la delincuencia mediante penas de finalidad múltiple.

### C) DELITOS ECONOMICOS.

Algunos autores coinciden, que dar un concepto de delito económico, es un poco complejo en virtud de existir una imprecisión conceptual. La mayoría acepta la siguiente definición: "como a toda lesión al orden público económico".

Por su parte el tratadista Miranda Gallino considera, "que delito económico es la conducta punible que produce una ruptura en el equilibrio que debe existir para el normal desarrollo de las etapas del hecho económico, o bien, la conducta punible que atenta contra la integridad de las relaciones económicas públicas, privadas o mixtas y que como consecuencia ocasiona daño al orden que rige la actividad económica o provoca una situación de la que puede surgir este daño".(6)

Pero en sentido estricto, lo correcto es ubicarlo, como una figura jurídica, cuyo concepto va a incidir de manera determinante, - consideraciones de tipo económico, político y social.

Es decir, el citado concepto se refiere a las conductas que lesionan e interrumpen el normal desenvolvimiento de las relaciones económicas y que en una y otra, destruyen las fuentes de riqueza y el patrimonio económico de la nación.

Ahora bien, nuestro Derecho Penal no protege o tutela la realización del fenómeno económico como hecho en sí, sino que protege -

6 Miranda Gallino, Rafael: Ob. cit. pág. 25.

la integridad del orden, que se estima necesario para el cumplimiento de ese hecho, de manera que puedan producirse así los fines propuestos.

Resultando por tanto que cualquier conducta que produzca la ruptura de ese orden, trae como consecuencia una sanción.

Luego entonces, para ubicar esta categoría de delitos, debemos atender al bien jurídico lesionado, o mejor aún a la entidad penalmente tutelada, es decir, conocer objetivamente cuál ha sido el orden lesionado y sobre quién ha recaído la acción punible.

Sin embargo tal situación puede o no ser de carácter económico, lo importante es la entidad protegida, que sí debe estar comprendida dentro del amplio campo de la actividad económica, así como de su orden indispensable.

En el aspecto fiscal el delito económico va asociado generalmente con el fraude al fisco, y en su forma específica, el contrabando, el cual incide gravemente en el desequilibrio de las finanzas públicas.

Inclusive repercute además, como ya quedó asentado, sobre la producción y el comercio honestos expuestos a la ruina por la imposibilidad de igualar al competidor que vende o utiliza productos o materias que han eludido los gravámenes aduaneros.

Igualmente en la esfera administrativa se proyecta la delincuencia económica, como consecuencia de sus modalidades de actuación

función, y muchas veces por el efectivo poder corruptor (ejemplo el delito de contrabando calificado).

A razón de lo anteriormente expuesto, con respecto al contrabando, aparte de ser una infracción aduanera, y contemplado también en el Código Fiscal de la Federación, se le ha definido como un delito que atenta contra la economía nacional.

También al monopolio se le ha considerado como delito económico por el libre juego de la oferta y de la demanda, resultando graves consecuencias. A tal situación nos remitiremos al Artículo 28 Constitucional que dispone lo siguiente: "En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijen las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria". (primer párrafo).

Estos delitos consideramos, que tienen un carácter de tipo económico, encontrándose los mismos al margen del Código Penal.

Ahora bien, dentro de nuestro Código Penal vigente se encuentran los "Delitos contra la economía Pública", los cuales están comprendidos en el libro segundo, título decimocuarto, y dada su naturaleza y denominación resulta necesario realizar su estudio.

Por el momento cabe subrayar que dichos delitos se encuadran conforme a lo dispuesto por el Artículo 28 Constitucional. Por lo que tenemos delitos contra el consumo y la riqueza nacionales, vagos y malvivientes.

El primer párrafo del Artículo 253 del Código Penal, referente al delito contra el consumo nacional crea una categoría jurídica de tipo económico penal al expresar: "Son actos u omisiones que afectan al consumo nacional"; Fracción I. "Los relacionados con artículos de consumo necesario o generalizado o con las materias primas necesarias para elaborarlos, así como con las materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional...", que consistan en alguna de las conductas enumeradas y descritas en sus incisos de - - a) a h).

De lo anterior se desprende que los subsecuentes incisos, se ajustan a la materia de los delitos contra el consumo nacional.

Es decir, el propio Código Penal traza y deslinda los elementos, a través de las múltiples tipificaciones contenidas en el precepto ya mencionado.

Donde se presenta en cada uno de los incisos un elemento - - subjetivo de antijuridicidad, siendo necesario para la configuración de la conducta típica. En términos generales se produce un grave - - trastorno a la economía pública, afectando más que nada a las clases más necesitadas.

Igualmente "Son actos u omisiones que afectan gravemente al consumo nacional"... , Fracción II. "Envasar o empacar las mercancías destinadas para la venta, en cantidad inferior a la indicada..."

De la simple lectura del párrafo transcrito se desprende la comisión de actos preparatorios de un posible delito de fraude.

Otro caso similar se presenta, cuando se entrega mercancías en cantidades menores de las convenidas en el que se encuentra un comportamiento doloso, excluyendo las conductas culposas, y a su vez un tipo fraudulento que lesiona intereses exclusivamente individuales, situación que prevee la fracción III del precepto en estudio.

Ahora bien, las fracciones IV y V del mismo artículo además de ser delitos fraudulentos, afectan gravemente al consumo nacional, causando graves perjuicios a la economía nacional, toda vez, que la primera menciona la alteración o bien reducir las propiedades de las mercancías; mientras que la segunda se refiere a revender a un organismo público a precios mínimos de garantía a los autorizados por la Secretaría de Comercio.

Por último el Artículo 254 del Código Penal se refiere a los delitos que son netamente contra la riqueza nacional, señalando que se impondrán las mismas penas del precepto anterior en estudio.

Lo referente a los vagos y malvivientes, difícil es encontrar la relación que se presenta en nuestra legislación, como delitos en contra de los intereses económicos de la sociedad humana. Sin embargo nuestro código en vigor los encuadra dentro de los delitos contra la economía nacional.

Nosotros consideramos por tanto, que existe un vacío o vaguedad, el daño o peligro que puedan causar los mismos para la economía pública. Por lo que, desde nuestro punto de vista, sin alterar el cri-

torio del legislador, se deberfan de encuadrar dentro del capítulo - de delitos contra la paz y seguridad de las personas.

Inclusive, existen otros delitos de carácter económico, además de los anteriormente mencionados, como serían, los contemplados\_ por el capítulo tercero del título décimo tercero, relativos a: falsificación de sellos, llaves, cuños o troqueles, marcas, pesas y medidas; así como los del capítulo cuarto referente a la falsificación de documentos en general. Situaciones que a nuestro entender, son - posibles delitos económicos.

## D) RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

La idea de hacer referencia a este inciso, es en virtud de señalar, que si bien es cierto nuestro ilícito es calificado, es decir cometido por el infractor ostentándose como funcionario o empleado público, también lo es, que dicho delito puede ser cometido por quien realmente tenga esa investidura. Tal y como lo prevee el Artículo 97 del Código Fiscal de la Federación al expresar: "Si un funcionario o empleado público comete o en cualquier forma participa en la comisión de un delito fiscal, la pena aplicable por el delito que resulte se aumentará de tres meses a tres años de prisión".

En otros términos dicho precepto no crea un tipo legal, únicamente da vida a una gravación de la pena, tomándose en cuenta la calidad del sujeto activo; funcionario o empleado público.

Correspondiendo al Ministerio Público acreditar esa circunstancia, sin omitir lo relativo a su competencia, en virtud, de que la responsabilidad de empleados o funcionarios de la federación, son juzgados con sanción especial por el evento delictivo.

Por su parte Rivera Silva al externar su punto de vista, aclara que es pertinente indicar la necesidad de ser un delito fiscal el cometido y en caso de que el evento punible se ajuste en alguna infracción de responsabilidad oficial, sería discutible la aplicabilidad del Artículo 52 fracción IV del Código Penal por entrar

en juego el imperio de dos tribunales de diversa calidad el ordinario federal y el jurado popular. (7)

Ahora bien es conveniente mencionar que ningún funcionario público debe actuar en beneficio personal, es decir, anteponiendo sus intereses particulares al interés público, social o nacional.

Por tanto independientemente de los medios jurídicos de que se disponen para hacer respetar el régimen de legalidad e inclusive de constitucionalidad, existen otros que conciernen a la exigencia de responsabilidad a las personas físicas que encarnan a una autoridad cuando su comportamiento público ha sido ilícito y notoriamente antijurídico.

En nuestro orden constitucional se ha instituido, como garantía jurídica del mismo y del régimen de legalidad en general, un sistema de responsabilidades de los funcionarios públicos, consignado especialmente en los Artículos 108 a 114 de la Ley Suprema para los altos funcionarios de la federación y esbozado por todos los funcionarios y empleados federales y del Distrito Federal.

Haciendo la observación, de que la responsabilidad a que nos referimos en párrafos anteriores es la jurídica no la política.

El jurista Mexicano Ignacio Burgos expresa que la responsabilidad política "surge en el ámbito de las relaciones entre los - -

7 Rivera Silva, Manuel: "Derecho Penal Fiscal"  
Editorial Porrúa, S.A., México, 1984. pág. 55.

mismos gobernantes dentro de un orden jerárquico de funcionarios - públicos, así como de los nexos que éstos tengan con determinado partido político o con un cierto equipo de gobierno, traduciéndose generalmente, en el deber que a los propios funcionarios les impone la índole del grupo político al que pertenezcan. Implicando una basta gama de renunciaciones y sometimientos a los jefes de un grupo, de un sistema de gobierno".(8)

Por lo tanto, la responsabilidad jurídica se diferencia de la política, ya que aquélla se subdivide a su vez, en responsabilidad administrativa, civil y penal.

La responsabilidad administrativa tiene su origen comúnmente en el hecho de que el funcionario público no cumple con sus obligaciones legales en el ejercicio de su conducta como tal, haciéndose efectiva la misma mediante sanciones pecuniarias previstas en los diferentes ordenamientos legales.

Mientras que la responsabilidad civil consiste en la que asume todo funcionario público en el desempeño de los actos inherentes a sus funciones o con motivo de su cargo frente al Estado y los particulares, con la obligación indemnizatoria o reparatoria correspondiente. Ejemplificando diremos, en el supuesto de que el funcionario obra ilícitamente o contra las buenas costumbres en el ejerci-

8 Burgoa Orihuela, Ignacio: "Derecho Constitucional Mexicano" Editorial Porrúa S.A., México, 1984. pág. 551.

cio de su actividad pública causando un daño físico o moral, tiene la obligación de repararlo con sus propios bienes, pero si no los tuviera contrae responsabilidad subsidiaria el Estado.

Por último la responsabilidad penal de los funcionarios públicos es la que se prevé y regula constitucionalmente. Por lo que, respecta a este tipo de responsabilidad, jurídicamente existe una distinción entre los altos funcionarios de la federación y los que no tienen ese carácter, tanto por lo que respecta a la tipificación de los delitos oficiales como al procedimiento para aplicar las sanciones correspondientes a esta clase de delitos y a los órganos del Estado competentes para ello.

Nos remitiremos ahora a efectuar el análisis breve y conciso e inclusive sintetizado, en algunos casos, de los preceptos constitucionales de nuestra Carta Magna, incluidos en el inciso en estudio, dada su importancia en el supuesto de la comisión de un ilícito. Esto es con la finalidad de hacer una diferencia concreta respecto a la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Tomando en cuenta, claro está, que dicha responsabilidad puede o no ajustarse dentro de nuestro delito a estudio e inclusive puede encontrarse fuera del mismo. Sin embargo nosotros consideramos que es de relevancia hacer hincapie a dichos preceptos.

Lo previsto por el Artículo 108, dentro de la calidad de servidores públicos comprende "a los representantes de elección popular

a los miembros de los Poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito, a los funcionarios y empleados públicos, y en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal en el Distrito Federal".

Es decir, los mismos pueden incurrir en actos u omisiones en el desempeño de sus respectivas funciones.

Es claro que resulta ocurrir muy frecuentemente, mas no siempre, la negligencia y desdén con que suelen conducirse diversos servidores públicos de cualquier nivel. De este modo, se pretendió establecer la responsabilidad a nivel constitucional de todos los servidores públicos, independientemente de su jerarquía, rango, origen o lugar de su empleo cargo o comisión.

En estos casos, el proceso a seguir por dichos delitos, no es el juicio político, sino el penal común, de carácter federal o local según la índole del delito que se perpetre.

Además el citado precepto señala a los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia locales como responsables por violaciones a esta constitución y a las leyes federales, agregando en forma clara, el manejo indebido de fondos y recursos federales.

La fracción III del Artículo 109 Constitucional en su tercer párrafo, tipifica el delito llamado "enriquecimiento ilícito" de los servidores públicos, consistente en que éstos "aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran o se conduzcan como dueños sobre los

bienes que lo formen y cuya procedencia ilícita no pudiesen debidamente justificar".

Disponiendo que, lo anterior, además de las penas que correspondan, se sancionará con el decomiso y con la privación de la propiedad sobre dichos bienes.

Cabe señalar que cada tipo de responsabilidad contemplada en el presente artículo, se substancia a través de procedimientos separados y distintos, así como sanciones diferentes y órganos de llevar las a cabo, lo cual pueden ser, políticas, administrativas y penales, es decir, según el tipo de responsabilidad.

Luego entonces, dentro del mismo precepto fracción II dispone "que la comisión de delitos por parte, de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal".

Nosotros consideramos que este tipo de delitos son diferentes a los que consisten en (actos u omisiones) previstos en la fracción III, párrafo I, cuya sanción es de carácter administrativo. - - Mientras que aquéllos su finalidad principal, más que nada, es salvar guardar mejor el patrimonio del Estado, remitiendo directamente al - fuero común la punición de los mismos.

Máxime que se desprende en párrafo posterior, y como, ya lo afirmamos en nuestro capítulo segundo y tercero, que no hay impedimento alguno para que la conducta origine dos o más tipos de respon-

sabilidad, esto es, se puede dar el caso de que una misma conducta - acarree una sanción política o administrativa, como una penal, e incluso civil.

Donde realmente consideramos que se presenta un verdadero - juicio político, es en lo dispuesto por el Artículo 110 Constitucional, en virtud de que en el supuesto de llevarse a cabo dicho juicio la Cámara de Diputados exclusivamente es la que formula acusación - respectiva ante el Senado, previa declaración de la mayoría absoluta del número de sus miembros presentes en la sesión que corresponda.

A su vez el Senado, previa dicha acusación, se eregirá un jurado de sentencia, pudiendo aplicar las sanciones por resolución de - las dos terceras partes de los Senadores que concurran.

Respecto a este punto Burgoa Orihuela sostiene "que tanto - en la Cámara de Diputados como ante la de Senadores, el funcionario - presuntamente responsable tiene el derecho a defenderse, es decir, - goza de garantía de audiencia instituida en el segundo párrafo del - Artículo 14 Constitucional". (9)

Asimismo, continúa diciendo, "en cuanto al procedimiento ante uno y otro de dichos cuerpos colegiados en que se sustancie el juicio político, debe remitirse a las disposiciones de la Ley Federal - de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Las resoluciones y - declaraciones de ambas Cámaras en lo que a dicho juicio concierne - son inatacables, sin que proceda contra ellos recurso alguno ni el - más elemental, el amparo".

9 Burgoa Orihuela, Ignacio. Ob. cit. pág. 568.

Ahora bien, la sanción correspondiente permite la destitución e inhabilitación a aquellos servidores públicos federales de alto nivel, independientemente de haber incurrido en otro tipo de responsabilidad.

Por tanto se aplica una sanción eminentemente política por conducta exclusivamente también de un Órgano político.

Cabe indicar que el juicio político no procede contra el Presidente de la República, toda vez, que él mismo, sólo puede ser acusado durante el tiempo de su encargo, por traición a la patria y delitos graves del orden común, esto es conforme a lo previsto por el Artículo 108 Constitucional.

El precepto que analizaremos a continuación, hace referencia al fuero de no procesabilidad para los "Diputados y Senadores al Congreso de la Unión". (Artículo III Constitucional) Además dicho fuero señala que ninguno de los funcionarios mencionados dentro del citado artículo, puede ser procesado por cualquier delito tipificado en la legislación penal, en tanto la Cámara de Diputados no declare "por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión si ha o no lugar a proceder contra el inculcado".

Así pues, el artículo establece la prerrogativa de la inmunidad procesal, para los servidores públicos que el mismo precepto señala, consistente en que no se podrá proceder penalmente en su contra sin que previamente la Cámara de Diputados declare que ha lugar a proceder contra el inculcado.

Consideramos por tanto que si bien es cierto, dicha inmunidad se encuentra en determinados términos plenamente justificada, dada la función primordial de los mismos servidores públicos, así como para salvaguardar la continuidad de la función tan importante que desempeñan, también lo es que para evitar abusos que tal inmunidad propicia en la práctica, es conveniente establecer algunos límites a la misma, ya que dicha ilicitud puede presentarse en delitos flagrantes.

A diferencia del precepto anterior mencionado, algunos autores sostienen como posible, que aquí si proceda el juicio de amparo, cuando la sustanciación del procedimiento no se satisfagan los requisitos constitucionales, situación aceptada mediante jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A pesar del conocimiento que se tiene, de las resoluciones y declaraciones de ambas Cámaras considerándose como inatacables.

Respecto a la impunidad del Presidente de la República no se consagra la misma en el citado precepto, solo se establece la inmunidad temporal durante el período de su encargo, cuyo objetivo es proteger así la buena marcha de sus funciones.

Una vez concluido las mismas, podrá procederse penalmente en su contra ante los tribunales competentes, tomando en cuenta que los plazos de prescripción penal se encuentran interrumpidos durante su encargo.

Resulta claro que la inmunidad procesal a que hace referencia el Artículo 112 Constitucional, no constituye un privilegio, ni un derecho del servidor público, sino solo es una prerrogativa a determinado cargo o función pública.

Es decir, lo que se protege es la función, no al funcionario por la comisión de un delito.

En otros términos el citado precepto dispone "que no se requerirá declaración de procedencia de la Cámara de Diputados cuando los servidores públicos correspondientes cometan algún delito durante el tiempo que se encuentren separados de su encargo".

Si durante el período deja, por alguna razón, desempeñar dicho puesto, y durante el mismo comete un delito, podrá procederse penalmente en su contra, sin que se requiere la anuencia de la Cámara de Diputados.

Ahora señalaremos una sanción donde consideramos que es netamente de carácter administrativa, la cual es aplicable a todo servidor público que incurra en "actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia de su función" - tal y como lo dispone el Artículo 113 Constitucional.

La sanción que se prevé, consiste en la suspensión, inhabilitación y destitución, así como las de carácter económico que deban decretarse, tomando en cuenta "de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable, y los daños y perjuicios patrimo-

niales causados por sus actos u omisiones".

Remitiéndonos a su vez a la ley sobre Responsabilidades de los Servidores Públicos para determinar las obligaciones administrativas de los mismos, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlas, dando intervención directa a la Secretaría de la Contraloría.

Por último, y en obvio de repetición que también recae en los Servidores Públicos, el Artículo 114 Constitucional se refiere a lo que concierne a la prescripción de la acción penal, tanto las derivadas del juicio político, como las de carácter penal e inclusive administrativo.

Dicha figura jurídica se debe normar por lo que establezca la legislación penal aplicable, sin que los plazos respectivos deban ser inferiores a tres años, interrumpiéndose durante todo el tiempo en que los funcionarios que gocen de fuero desempeñen algún cargo de los que se refiere el primer párrafo del Artículo III Constitucional.

Así pues una vez transcurridos los plazos establecidos se extingue la acción y la sanción correspondiente, es decir, con posterioridad no se podrá exigir ya responsabilidad alguna al servidor público que presuntamente haya cometido alguna infracción política, penal o administrativa.

## CONCLUSIONES

Es necesario independientemente del carácter jurídico del delito de contrabando calificado abordado en este estudio, realizar desde el punto de vista social algunas consideraciones finales respecto de tal ilícito.

1. El comercio exterior a escala mundial se efectúa principalmente con los Estados Unidos de Norteamérica, esta situación de interdependencia, al adoptarse un libre cambio crearía una situación sumamente difícil, a menos que se lleven a cabo medidas necesarias para garantizar el equilibrio económico.

2. Ante la necesidad de conservar el equilibrio económico de nuestra economía interna, con situaciones tales como la desvalorización de nuestra moneda como poder adquisitivo, así como la realidad económica en que se encuentra nuestro país, es imperativo contar con las medidas de protección necesarias, con la finalidad de planear y estructurar la política comercial con otros países.

3. Se considera que los aranceles, las prohibiciones sobre mercancías y las autorizaciones administrativas, no pueden ser consideradas, separadamente de la política económica y funcional del gobierno, situación por la que nuestra legislación revela un nacionalismo reforzado por las sanciones, como en el caso del contrabando calificado.

4. El ilícito presenta un problema económico y un hecho constante, que actualmente se ha incrementado en escala ascendente, cuando han sido mayores las restricciones aduaneras, pudiéndose señalar como causas más relevantes: una producción nacional en desventaja competitiva, por la variedad de precio y calidad frente al mercado externo de otros países, principalmente con los Estados Unidos de Norteamérica, la extensión enorme de litorales y fronteras que presenta nuestro país, siendo en ocasiones imposible cubrir materialmente su vigilancia, y por último, considerando la más importante complicidad de los malos funcionarios y empleados públicos, o en su defecto los que se ostentan como tales.

5. El gobierno ha tomado medidas represivas, desde dos ángulos diferentes, es decir, desde el punto de vista penal y administrativo ambas con carácter intimidatorio, para disminuir la comisión del ilícito, sin embargo su punibilidad debe ser más enérgica, la misma en nuestro tiempo cobra una importancia muy relevante, para dar a conocer los fines que persigue la política proteccionista, creando a su vez una conciencia popular en los ciudadanos.

6. Solamente una labor de conjunto entre el particular y la autoridad encargada de reprimir y prevenir la evasión de impuestos, así como los delitos que se contemplan con ese carácter, hará posible que las leyes relacionadas con la política aduanal cumpla con sus objetivos: el de obtener recursos para sufragar los gastos públicos y fundamentalmente el fomento y desarrollo de la economía nacional.

## BIBLIOGRAFIA

- Aldana Rozo Luis Enrique: "Derecho Penal y Criminología"  
Revista del Instituto de Ciencias Penales, Colombia, 1977.
- Burgoa Orihuela Ignacio: "Derecho Constitucional Mexicano"  
Editorial Porrúa S.A., México, 1986.
- Carvajal Contreras Máximo: "Derecho Aduanero".  
Editorial Porrúa S.A., 1985.
- Carrancá y Trujillo Raúl: "Derecho Penal Mexicano, Parte General"  
Editorial Porrúa S.A., México, 1986.
- Castellanos Tena Fernando: "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Editorial Porrúa S.A. México, 1984.
- Estrada Velez Federico: "Derecho Penal, Parte General".  
Ediciones, Librería del Profesional, Colombia, 1981.
- Francisco de la Garza Sergio: "Derecho Financiero Mexicano"  
Editorial Porrúa S.A., México, 1986.
- Harry Leroy Jones: "Cooperación Interamericana en los Procedimientos Penales", Ediciones U.N.A.M., México, 1983.

Hernández Esparza, Abdón: "El delito de defraudación fiscal"

Ediciones Botas, México, 1962.

Jiménez de Azúa Luis: "La ley y el delito"

Editorial Sudamericana S.A., Buenos Aires, 1981.

Jiménez de Azúa Luis: "Tratado de Derecho Penal, Tomo III"

Editorial Sudamericana S.A., Buenos Aires.

Lomelf Cerezo Margarita: "Derecho Fiscal Represivo"

Editorial Porrúa S.A., México, 1979.

Miranda Gallino Rafael: "Delitos contra el orden Económico"

Editorial Astrea, Buenos Aires, 1970.

Pavón Vasconcelos Francisco: "Derecho Penal Mexicano"

Editorial Porrúa S.A., México, 1978.

Porte Petit Candaudap Celestino: "Apuntamientos de la Parte General"

Editorial Porrúa S.A., México, 1980.

Pugliese Mario: "Derecho Financiero"

Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1939.

Rivera Silva Manuel: "Derecho Penal Fiscal"  
Editorial Porrúa S.A., México, 1984.

Tung Andre: "El Derecho en Estados Unidos"  
Ediciones oikos-tau S.A., Universitaires de France, 1971.

Villalobos Ignacio: "Derecho Penal Mexicano"  
Editorial Porrúa, S.A., México, 1987.

#### LEGISLACION CONSULTADA

Código Fiscal de la Federación, Ed. Porrúa, México, 1987.

Código Penal para el Distrito Federal, Ed. Porrúa, México, 1987.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,  
Ed. Porrúa S.A.

Legislación Aduanera, Ed. Porrúa S.A., México, 1987.

Ley de Amparo, Ed. Porrúa S.A., México, 1987.