

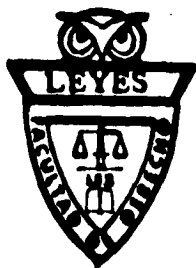


277
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA *Zij*
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**EL PERDON DEL OFENDIDO EN EL
DELITO DE DEFRAUDACION FISCAL**

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JOSE FILIBERTO HERNANDEZ TAMAYO



ASESOR: LIC. HUGO CARRASCO IRIARTE

MEXICO, D. F.

1996



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO FISCAL
Y FINANZAS PÚBLICAS.

Cd. Universitaria, D.F., 29 de noviembre de 1995.

COORDINADOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACION ESCOLAR
U.N.A.M.
Presente.

Por este conducto me permito comunicar a usted, que el pasante JOSE FILIBERTO HERNANDEZ TAMAYO, bajo la supervisión de este Seminario elaboró la tesis intitulada "EL PERDON DEL OFENDIDO EN JUICIO POR EL DELITO DE DEFRAUDACION FISCAL"

Con fundamento en los artículos 8o, fracción V del Reglamento de Seminarios, 19 y 20 del Reglamento General de Exámenes de la Universidad, por haberse realizado conforme a las exigencias correspondientes, se aprueba la nombrada tesis, que además de las opiniones que cita, contiene las que son de exclusiva responsabilidad de su autor. En consecuencia, se autoriza su presentación al Jurado respectivo.

Atentamente.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
La Directora del Seminario


LIC. M. DE LA ESPINOSA CAMACHO

MIGUEL ANGEL VAZQUEZ ROBLES
ABOGADO

MÉXICO, D.F., A 27 DE NOVIEMBRE DE 1995.

LIC. MA. DE LA LUZ NUÑEZ CAMACHO
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO
FISCAL Y FINANZAS PUBLICAS
FACULTAD DE DERECHO
P R E S E N T E .

ESTIMADA MAESTRA:

POR MEDIO DE LA PRESENTE ME PERMITO INFORMARLE QUE EL -
ALUMNO **JOSE FILIBERTO HERNANDEZ TAMAYO**, HA CONCLUIDO SU TE--
SIS TITULADA "**EL PERDON DEL OFENDIDO EN EL DELITO DE DEFRAU-**
DACION FISCAL", BAJO LA DIRECCIÓN DEL LIC. HUGO CARRASCO - -
IRIARTE, TRABAJO QUE REÚNE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS POR -
LA LEGISLACIÓN UNIVERSITARIA, POR LO CUAL LE SUPLICO, DE NO_
EXISTIR INCONVENIENTE SE AUTORICE LA IMPRESIÓN DEL TRABAJO -
PARA EFECTOS DE SU EXAMEN RECEPCION.

A T E N T A M E N T E .
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"



MIGUEL ANGEL VAZQUEZ ROBLES.

**EL PERDÓN DEL
OFENDIDO EN EL
DELITO DE
DEFRAUDACIÓN
FISCAL.**

A mis padres Enrique y Adela, pero en especial a mi madre, de quien recibí amor y apoyo para lograr mis metas y a quien le dedico todos mis triunfos.

Lo que nos crea no es lo que hicimos ayer si no lo que haremos mañana.

A mis hermanos en especial a mi hermana paty, esperando que este mi primer triunfo en la vida les sirva de ejemplo para lograr todo en su larga y feliz vida.

**"No es preciso adquirir sabiduría, si
no aprender a usarla"
Cicerón.**

***"La mas importante educacion
para el hombre, es la que se da asi
mismo."
Edward Gibbon.***

***"La educación es importante para el
futuro, pues el mañana es de la gente
que se prepara."***

Malcom X

Agradezco a la Universidad Autónoma de México y en forma especial a la Facultad de Derecho, agradeciendo la gran oportunidad que me ha brindado para cumplir con mi anhelo

A mis profesores y en forma especial al Lic. Miguel Angel Vazquez Robles por todos sus valiosos conocimientos y el amor a la profesión que compartieron e inculcaron en mí.

A mi asesor Lic. Hugo Carrasco Iriarte, a quien le doy las gracias por haber sacrificado parte de su valioso tiempo, así como el apoyo brindado para la realización de este trabajo.

EL PERDÓN DEL OFENDIDO EN EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL.

	Pag.
INTRODUCCION	
Capítulo I. Antecedentes Históricas.	
1.1 Roma	2
1.2 México.	9
a) Época Precortesiana.	9
b) Época Colonial.	11
c) Época Independiente.	13
Capítulo II. Perdón del Ofendido.	
2.1 Concepto.	25
2.1.1 Definición.	25
2.2 Querrela	35
2.2.1 Fundamento político de la querrela.	41
2.2.2 Características de la querrela.	42
2.2.3 Diferencias entre querrela y denuncia penal.	43
2.3. Naturaleza jurídica de la querrela y el perdón del ofendido.	44
2.4 Condiciones para ejercer la querrela y otorgar el perdón.	48
2.5 Formas del perdón	60
2.6 Características y efectos jurídicos que produce.	61
Capítulo III. El Delito de Defraudación Fiscal.	
3.1 El Derecho Penal Fiscal.	67
3.2 Antecedentes Legislativos.	74
3.2.1 La Ordenanza de Aduanas.	74
3.2.2 La Ley del Timbre de 1893.	75
3.2.3 La Tercera Convención Nacional Fiscal de 1947.	77
3.2.4 La Ley Penal de Defraudación Impositiva en materia fiscal de 1947.	78
3.2.5 Las Reformas Fiscales.	83
A) El Artículo 108 del C.F.F.	
B) El Artículo 109 del C.F.F.	
3.3 El Delito de Defraudación Fiscal.	90
3.3.1 De los Delitos Especiales.	98
3.4 Requisitos para Proceder Penalmente por los Delitos Fiscales.	102

Capítulo IV El Perdón del ofendido en el Delito de Defraudación Fiscal dentro del Juicio.

4.1	Planteamiento.	121
4.2	El Principio "Non Bis In Idem" en materia fiscal.	122
4.2.1	Tesis que sostiene que no hay violación Constitucional.	123
4.2.2	Tesis que sostiene que si existe violación Constitucional.	128
4.3	El Delito y la Infracción Fiscal.	135
4.3.1	Clasificación de los ilícitos Fiscales.	135
4.3.2	La Estructura de la norma fiscal penal.	143
4.3.3	Diferencia entre la infracción y el delito.	148
4.3.4	La Sanción en los delitos fiscales.	150
4.3.5	La Multa fiscal.	156
4.4	La Función del perdón en los delitos fiscales.	162

Anexo de Jurisprudencia y tesis aplicables al tema.	173
--	-----

CONCLUSIONES.	182
----------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	187
---------------------	-----

INTRODUCCIÓN

El Estado como un ente social no ha tenido siempre las mismas características, durante su proceso ha ido evolucionando y ampliando sus facultades, de esta manera en su primera etapa histórica, se encontraba reducido a un mínimo del ejercicio de sus fines y atribuciones como los que a la fecha muestra, ya que sus fines se limitaban al mantenimiento y protección de su existencia como entidad soberana, a la conservación del orden jurídico y material, pero fuera del desarrollo de las actividades de los particulares regido por el libre juego de las leyes sociales y económicas: por tanto decimos que en su primera etapa las atribuciones del Estado eran de policía, que lo obligan a abstenerse de intervenir en las esferas de acción de los particulares mas allá del limite necesario para el mantenimiento necesario del orden, motivo por el cual el Estado en esta etapa se le conoce con el nombre de "Estado Gendarme"

Sin embargo, con la imposibilidad e insuficiencia para la satisfacción de intereses generales, se produjo un desajuste entre el sistema liberal y la vida social que se fue agudizando por una serie de factores, como son el aumento de población, los progresos científicos y la ostensible desigualdad de las clases sociales; con lo cual se fue desarrollando una tendencia intervencionista o estatista en la que se considera que el Estado respetando la actividad privada va imponiendo ciertas restricciones o limitaciones para armonizar el interés general; encaminando su actuación con el fin de estructurar la sociedad de acuerdo a un ideal de justicia que no ha logrado el capitalismo del sistema liberal, transformándose de un "Estado Gendarme" a un "Estado Social de Derecho"

Con esta transformación el Estado tuvo una mayor participación en la sociedad por lo que tuvo que realizar un sin número de actividades, para las cuales necesito de recursos económicos, mismos que obtuvo de su actividad financiera, la cual se limita a tres momentos o fases: la obtención, manejo o gestión y la aplicación de acuerdo con planes y programas previamente elaborados.

Entonces decimos que el Estado en ejercicio de su función administrativa y con la finalidad de crearse un soporte económico para llevarlas a cabo, realiza su primera fase de *obtención* de recursos primordialmente de las contribuciones que los particulares deberán aportar, es decir, de los impuestos.

Dentro de la estructura administrativa se ha dejado entre otras cosas el cobro de los impuestos a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, órgano de la administración pública que fijara conforme a sus atribuciones las formas y términos en que se hará el cobro de los mismos, y naturalmente aplicara también las sanciones que se normen en cuanto al incumplimiento e inobservancia del pago de impuestos.

Al respecto el Congreso de la Unión tiene dentro de sus atribuciones la de definir cuales serán las infracciones y delitos (art. 73 Frac. XXI), estableció con respecto a la recaudación de las contribuciones o impuestos, una conducta ilícita dentro del código fiscal de la federación llamada "*Defraudación Fiscal*", que describe una conducta mediante la cual se lleva a cabo una omisión total o parcial del pago de una contribución, con engaños o

aprovechándose del error; aclarando que esta figura es mixta, esto por ser considerado como infracción y delito por el legislador.

De esta manera el presente trabajo titulado "El perdón del ofendido en el delito de defraudación fiscal" pretenderá como objetivo fundamental justificar que se instaure formalmente la figura penal del perdón del ofendido dentro del Código Fiscal, así como las condiciones de su procedencia aplicables específicamente al delito de defraudación fiscal; siendo lo más lógico para un mejor entendimiento de este proyecto, hacer un breve recorrido para situar los antecedentes de esta figura, primordialmente en el derecho romano y en el mexicano, continuando con una exposición completa para saber que se entiende por perdón del ofendido; que se requiere para su procedencia; como se aplica en nuestra legislación y la naturaleza del mismo; de tal manera que tengamos un total conocimiento de todo lo que ha esta figura concierne y poder saber si esta figura es la idónea como medio de solución para la privación de libertad de los contribuyentes que no tiene un propósito delictivo en sus acciones.

Posteriormente expondremos del delito de defraudación fiscal, sus antecedentes, mediante los cuales se contempla la evolución que ha tenido tal conducta delictiva hasta contemplar una defraudación genérica y una específica, ya que como veremos estos delitos anteriormente se encuadraban dentro del fraude genérico que se regulaba por el derecho penal;

Continuaremos con un breve apartado del derecho penal fiscal y la posición que guarda en el derecho administrativo, y finalmente expondremos conforme al código fiscal de la federación la forma como se procede contra estos delitos.

Siguiendo con la temática de este trabajo y una vez que hemos expuesto las características importantes de nuestra dos figuras como lo son el perdón del ofendido y el delito de defraudación fiscal, dedicaremos todo un capítulo para exponer algunos temas que serán fundamentales para sustentar el proyecto, partiendo de las diferencias que encontramos entre la infracción y el delito, tomando en cuenta su estructura y la forma como se castigan, para que por último exponamos dentro del último apartado la justificación de nuestro proyecto, es decir, que con base en todo lo desarrollado dentro del trabajo, haremos algunas consideraciones y argumentos a favor de que opere la figura del perdón del ofendido en el delito de defraudación fiscal.

Entonces decimos que el presente trabajo se justifica en la problemática que se presenta con los delitos que se realizan con más frecuencia en nuestra sociedad, donde se busca en todos los niveles socioeconómicos el interés privado antes que el beneficio común, en una pugna entre el estado y el contribuyente y que nos va llevando a llenar las cárceles de personas que muchas de las veces no tienen los perfiles de un criminal y que son víctimas de las circunstancias, es por ello que debemos buscar que la justicia se muestre y no se castigue a los infractores como criminales, creando más problemas económicos de los que pudieron haber causado con sus conducta, con ello no se justifica su conducta pero debemos establecer que es más benéfico para la sociedad.

"Es preferible un mal causante libre que un delincuente en prisión," puesto que el causante seguirá aportando ingresos al estado por poco que sean estos.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1 ROMA

Entraremos en el estudio de una figura del derecho como lo es el perdón del ofendido; Institución que para poder entender e interpretar en el derecho vigente, necesitamos acudir a sus orígenes, es por ello que por principio acudiremos al derecho romano que es el mas grande aportador a nuestra cultura jurídica y de donde la mayoría de los conceptos e instituciones de nuestro derecho se han formado y han encontrado su raíz, la cual ayuda para tener un criterio, comprensión, asimilación y conocimiento de sus principios, para su mejor interpretación, ya que los principios han sido considerados fuente supletoria del derecho, toda vez que la constitución lo enuncia como tal en su artículo 14 parte final.

Para tener una ubicación de donde encontramos los antecedentes de nuestra figura, haremos una enunciación de las etapas en que se dividió la historia del derecho romano, conforme al criterio de varios autores los cuales coinciden en alguna forma en dividirlo de la siguiente forma:

- a) Etapa Arcaica o Primitiva (desde que se fundo roma-753 a.C. hasta la promulgación de las leyes de las XII Tablas - 449 a.C.)
- b) Etapa Preclásica o República (desde la vigencia de las XII Tablas hasta la aparición de la Formula-Ley Julia -18 d.C.)
- c) Etapa Clásica o Principado (desde la Vigencia de la Ley Julia hasta la muerte de Ulpiano - 228 d.C.)
- d) Etapa Postclásica o Imperio (desde la muerte de Ulpiano hasta la Compilación de Justiniano - 527 d.C.)
- e) Etapa Justinianea

De acuerdo a la clasificación anterior; vemos que en la etapa arcaica no encontramos ningún antecedente del perdón del ofendido por haberse presentado en forma cronológica las etapas de la "venganza privada, la venganza divina, la venganza publica y el periodo humanitario; épocas que tuvieron una transición primero por el impulso de la defensa o venganza, provocada por ataques injustos que aunados a la falta de protección, sin duda fueron llevando primero, a los particulares en la época primitiva y posteriormente con la nueva forma de organización social a cada grupo familiar, con el pater familia como la autoridad suprema del núcleo familiar, a ejercer la venganza por propia mano sin limites, ocasionando que fuese esto un ataque lesivo entre familias por generaciones"¹, porque en ocasiones los vengadores, al ejercitar su reacción se excedían causando males mucho mayores a los recibidos, situación que trajo como consecuencia la aparición de la formula del talión, "ojo por ojo" y "diente por diente", formula que reconocía al ofendido el derecho de causar el mismo mal a él causado, cubriendo la necesidad de limitar la venganza; y mostrándose con ello un progreso ya que se tenía la existencia de un poder moderador que pronto nos llevaría a un "sistema de composiciones, según el cual el ofensor podía comprar al ofendido o a su familia el derecho de venganza,"²

Posteriormente esta facultad de ejercer la justicia paso a los tribunales y dejo de ejercerse por los particulares, que lo hacían por propia mano; los

¹Cortes Ibarra, Miguel A. Derecho Penal.
Ed. Cardenas Editor y Distribuidor. México, 1987. p. 21

²Castelanos Tena, Fernando. Lincamientos de Derecho Penal,
Ed. Porrúa, México, 1991. p. 33

primeros tribunales integrados por la clase sacerdotal en la época divina justificaban las penas por la ofensa que se hacía a los dioses con el delito, satisfaciendo con ello la ira de los mismos, época en donde predominó la religión; posteriormente los tribunales se integraron con jueces dependientes del Estado que se convirtió en el organismo impositor y ejecutor de las penas, observando normas de carácter procedimental constituyéndose la venganza pública, quienes actuaban supuestamente bajo el principal objeto de proteger los intereses de la sociedad, sin embargo, los jueces y tribunales en el ejercicio de sus facultades se excedían aplicando penas inhumanas e injustas contra las clases bajas, situación que nos llevó a la época humanitaria cuyo principal objeto fue el de buscar el equilibrio entre la pena y el delito, ya que anteriormente el sistema penal era excesivamente cruel, orientando la represión hacia su verdadera función que era la de ejemplaridad y rehabilitación del reo en sociedad.

Esta transición que comenzó con la decadencia de la jurisprudencia, provocó la tarea de extraer, ordenar y compilar las leyes, para que con miras a la práctica y a la etapa de una sociedad más avanzada, concluyera con la codificación de las doce tablas, en donde aparece una meritoria diferenciación entre el dolo y la culpa en relación con el delito de incendio, además de establecer la diferencia entre lo que son delitos públicos (delicta o maleficia) y privados (crimina); también es de importante trascendencia para nuestro tema lo que estableció en el digesto de Justiniano, el cual dice en su numeral 14 del libro 2, título 14, tomo I:

"Si pactare no intentar la denuncia de nueva obra, juzgan algunos que no vale el pacto, porque en este interviene el imperio del pretor. mas Labeón hace esta distinción; si la denuncia se hiciere

sobre cosa particular, es licito pactar; pero si fuese sobre cosa publica no es licito el pacto, cuya distinción es verdadera: y en todas las demás cosas que pertenecen al edicto del pretor, que no se perjudica a la causa publica, si no al interés particular; es licito pactar, porque también permite la ley pactar sobre el hurto."³.

Lo anterior se transcribió porque al hablar del acuerdo que se puede dar entre dos personas para que no se ejercite acción penal en contra de persona alguna, por la lesión que se provoque en bienes particulares, constituye el antecedente de los delitos que el mismo código penal enuncia como privados, ya que para estos delitos el ofendido como particular, tiene la potestad o facultad de obtener un resarcimiento del daño a través de un procedimiento judicial, siendo el ofendido el único facultado en instaurar el proceso en contra de su agresor, dejando a su arbitrio la potestad punitiva del Estado; lo cual es de gran relevancia para nosotros, ya que entonces se permitía al particular decidir si quería o no instaurar un proceso y correlativamente a ello la aplicación de una pena, entonces estamos frente a la querrela y una de las clases de perdón, que si bien no es la regulada por el código penal tiene cabida en la definición de la real academia que dice: en su numero 4) "renunciar a un derecho, goce o disfrute"⁴.

Así mismo Mommsen nos dice que "en la época republicana y en los primeros tiempos del principado, se permitía desistirse de la

³Rodríguez de Fonseca, Agustín. El Digesto del Emperador Justiniano. Trad. Don Bartolomé.

Ed. Ramón Vicente, Madrid, 1872. p. 196

⁴Diccionario de la Real Academia Española, ed. 12, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1970, p. 1006.

acusación (desistere) y el acusado injustamente tenía el derecho de incoar el proceso una vez absuelto, en contra del acusador por calumnia, considerado como abandono o deserción (tergiversatio); es por ello que en "el senado consulto turpiliano" se introdujo..... un procedimiento penal para los casos de desistimiento del acusador..... que podía ser expreso, pero también podía inferirse tácitamente de algunos hechos concluyentes, sobre todo, de que el actor dejara pasar un plazo determinado que le hubiera señalado el tribunal. para resolver era preciso tomar ante todo en consideración el fundamento en que el mismo se apoyara; en segundo termino la duración de la causa y los perjuicios que de ello se le hubieran seguido a la parte contraria"⁵;

Esto era necesario para saber la clase de proceso iniciado ya que no se podía proceder de igual forma con el delito de adulterio que con otro delito, por la clase de interés protegido.

"por lo que el tribunal ante el cual se hubiera acudido, encontrase que la conducta del actor no había sido culpable o cuando el emperador hubiere dado una decisión en este mismo sentido, entonces correspondía al actor la abolición que se denominaba abolitio privada, por contra posición a la extinción del proceso decretada por el gobierno, la cual recibía el nombre de abolitio publica"⁶ y en caso contrario de no justificar el desistimiento, el

⁵Mommsen, Theodor. Derecho Penal Romano, trad. P. Dora, Ed. La España Moderna, Madrid, s.a., t. I, p. 68.

⁶Idem.

acusador quedaba sujeto a la infamia, pena pecuniaria o mayores castigos.

Ahora veremos otros antecedentes del perdón que si bien se circunscriben en el derecho civil, es también importante mencionarlos; así la profesora Bialostovsky nos comenta que "a partir del derecho clásico, desaparecido ya el principio del *contrarius actus*, encontramos que los modos de extinción de las obligaciones pueden dividirse en dos grupos: *ipso iure* y *ope exceptionis*."⁷ así pues tenemos que las formas palpables de remisión de la deuda son las *ipso iure* y *ope* excepciones.

Dentro de las formas de extinción de las obligaciones *ipso iure*, los cuales tenían como característica principal que destruían directamente las obligaciones y todas las relaciones accesorias, encontramos la "*acceptilatio* la cual se utilizó en el derecho antiguo como la remisión de deuda formal (*acceptilatio*) sirvió como una imaginaria *solutio* para los contratos *verbis*, a partir del derecho clásico se utilizó este recibo simulado de pago para extinguir cualquier tipo de contrato."⁸

Por lo que respecta a las excepciones *ope* hay que señalar que "la *exceptio* no era conocida en el sistema de las acciones de la ley, pero el sistema formulario se va desarrollando bajo la influencia del pretor en su tenencia para atenuar los rigores del derecho civil; en el sistema formulario la *exceptio* es una *adiectio* - adición - inserta en la fórmula a petición del demandado y que

⁷Bialostovsky, Sara. Panorama del Derecho Romano.
Ed. UNAM, México, 1990. p. 135.

⁸*Ibidem* p. 136

obliga al juez a no pronunciar condena.....si la exceptio se justifica, su efecto es que absuelva al demandado o al menor para que se le disminuya la condena⁹.

De esta manera tenemos que como causas de extinción ope exceptionis, encontramos el pactum de non petendo que nos dice Juan Iglesias que es el

"acuerdo no formal por el que el acreedor promete no exigir al deudor la prestación; lo mismo que la acceptilatio, cumple una función liberatoria - de remisión de la deuda - pero se diferencia de ella en que no se destruye de raíz-*ipso iure* - la obligación. El pactum de non petendo da lugar a la *exceptio pacti conventi* mediante la cual el deudor, sin negar la obligación - *obligatio pacto convento non tollitur*, se opone a la acción por la que se reclama la prestación perdonada, este pacto se puede sujetar a condición o término e incluso da margen para otros pactos como lo es el de pactum de petendo, en donde la eficacia puede limitarse solo al deudor. Pactum de non petendo *impersonam*, o extenderse también al heredero, al fiador y codeudor solidario, *pactum de non petendo in rem*"¹⁰.

De todo lo visto hasta este momento, podemos decir que si existieron figuras que antecedan al perdón del ofendido, aclarando que por lo que respecta a la extinción de las obligaciones, si bien no pertenecen al derecho penal, los mencionamos por ser parte de los derechos privados que se tenían en Roma.

⁹Margadant S., Guillermo F. Derecho Romano. ed. 19ª, Ed. Esfinge, México, 1988. p. 370.

¹⁰Iglesias Redondo, Juan. Derecho Romano. ed. 11ª, Ed. Ariel, Barcelona, 1993. p. 320.

1.2 MÉXICO

a) Época Precortesiana

Por lo que respecta a los antecedentes en la historia del derecho mexicano, será un poco difícil estudiarlos, ya que son muy pocos los datos que se tienen sobre el derecho penal anterior a los conquistadores, en virtud de que la mayoría del material fue destruido por los colonizadores, además de haber sido nula la influencia del derecho precortesiano en el derecho contemporáneo, no obstante se mencionaran algunos datos aportados por autores que nos revelaran la existencia de la reglamentación penal que existió en aquella época.

De esta manera tenemos que el México prehispánico o precortesiano caracterizó su legislación en base a su crueldad e injusticia, "tal situación tenía su explicación: en el poder absoluto concentrado en el Rey y en un grupo de privilegiados, que se valían de atroces formas de represión con el objeto de mantener su despótica imposición sobre la masa popular."¹¹ y tampoco existía una unidad entre los aborígenes, porque no había una sola nación, sin embargo, en un orden de importancia los autores concuerdan en estudiar al pueblo Azteca y al Maya como los principales.

Así tenemos que los Mayas que se caracterizaron por tener un derecho penal severo y sangriento, tuvieron un antecedente importante en el delito de adulterio ya que "el adúltero, podía ser perdonado por el ofendido o bien

¹¹Cortes Ibarra, Miguel. Derecho Penal. ed. 3, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1987. p. 33

matarlo; sin embargo para la adúltera, la infamia y el menosprecio se consideraban suficiente castigo. El robo era castigado con esclavitud cuando la cosa no regresaba a su dueño.

Los que desobedecían las ordenes del Rey, eran muertos¹², con ello se demostraba la clara desigualdad que existía en su legislación, ya que las penas no eran equivalentes para quienes cometen un mismo delito, y su aplicación dependía de la situación jurídica que se guardara con el ofendido.

Ahora bien el pueblo Azteca además de haber establecido un dominio militar en la mayor parte de los reinos del altiplanicie mexicano y de haber influenciado en las prácticas jurídicas de los núcleos que conservaban su independencia a la llegada de los españoles; nos muestran que tuvieron una severa y sangrienta legislación penal, donde a menudo se preveía la aplicación de la pena de muerte que era transmisible y cruel, ya que morían en la hoguera, ahorcados, ahogados, apedrados, azotados a palazos, degollados, etc. Y los efectos de los castigos se extendían hasta el cuarto grado, además de que no había distinción entre autor y cómplice en la realización del ilícito.

"Otras sanciones frecuentemente contempladas fueron la esclavitud, el destierro, la confiscación e inclusive ciertas formas de encarcelamiento en el teipiloyan; para deudores y reos exentos de pena capital; el cauhcalli"¹³.

¹²Cortes Ibarra, Miguel A. Op Cit. p. 33.

¹³Margadant S. Guillermo F. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Ed. Textos Universitarios, México, 1971. p. 27.

El derecho civil azteca fue "objeto de tradición oral, y el derecho penal era escrito, pues en los códigos que se han conservado se encuentra claramente expresado; cada uno de los delitos que se representaban mediante escenas pintadas, lo mismo las penas....ha quedado perfectamente demostrado que los Aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía."¹⁴; "de su codificación que encontramos esta el código penal de Netzahualcoyotl; este cuerpo legal consignaba diversas penas como la de muerte, esclavitud, destierro, cárcel, etc..... y las leyes penales Tlaxcaltecas"¹⁵

b) Época Colonial

Una vez que se consolidó la conquista en nuestra patria entraron en contacto el pueblo español con nuestros indígenas y la legislación implantada en nuestro país fue netamente europea. lo cual se explica porque las costumbres y las leyes de los aborígenes no influyeron a los colonizadores; apesar de la disposición del emperador Carlos V, que más tarde se anotó en las leyes de india, y mediante la cual se dispuso que se respetaran y conservaran las leyes y costumbres de los aborígenes, a menos que se opusieran a la fe o

¹⁴Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. p.42

¹⁵Cortes Ibarra, Miguel A. Op. Cit. p. 33.

moral; una de las primeras leyes que nos rigieron fueron las instituciones jurídicas de la iberia.

"En 1528 se organizo el consejo de indias, órgano legislativo y a la vez tribunal superior, que creo una abundante y diversificada legislación de indias aplicable a la población de la colonia."¹⁶ que trajo como consecuencia la aplicación de otras leyes que las complementaran con una tendencia de adecuar los preceptos a las situaciones económicas y sociales que en ese momento prevalecían.

Tena Ramírez nos dice que durante esta época también estuvo "en vigor la legislación de castilla, conocidas con el nombre de las leyes del toro, vigentes por disposición de las leyes de indias"¹⁷

En 1596 se inicio la recopilación de leyes aplicables a la Nueva España de entre las que se mencionan:

"El Fuero Real, las Partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla, las de Bilbao, la Nueva y la Novísima recopilación, a mas de algunas ordenanzas dictadas para la colonia como la de Minería, la de Intendentes y las de Gremios,"¹⁸ así como, "El Cedulario de Puga, la Recopilación de Encinas, el Libro de Cédulas y Provisiones del Rey, los Nueve Libros de Diego de Zorrilla, la Recopilación de Cédulas, los Sumarios de Cédulas, Ordenes y Provisiones Reales de Montemayor"¹⁹.

¹⁶Cortes Ibarra, Miguel A. Op. Cit. p. 34.

¹⁷Tena Ramírez, Felipe. Op. Cit. p. 44.

¹⁸Tena Ramírez, Felipe. Op. Cit. p. 44.

¹⁹Cortes Ibarra, Miguel A. Op. Cit. p. 34.

El propósito de estas leyes era lograr un equilibrio de fuerzas por la marcada diferencia de castas ya que "los indígenas gozaron de leyes benévolas, las que aplicaban penas de trabajos personales, excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la colonia y siempre que el delito fuera grave, pues si resultaba leve, la pena sería la adecuada aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer; solo podían los indios ser entregados a sus acreedores para pagarles con su servicio, y los mayores de 13 años podían ser empleados en los transportes"²⁰ contrario con el cruel sistema intimatorio para los negros, mulatos y castas, a los que se les imponía vivir con amo conocido, penas de trabajo en minas y azotes, de esta manera los españoles se regirían por sus propias leyes y los aborígenes por leyes proteccionistas que se considerarían adecuadas.

c) Época Independiente

Apenas iniciado el movimiento de independencia en nuestro país en 1810 por Hidalgo, produjo en el país un estado de incertidumbre y confusión; el nuevo gobierno estaba preocupado por que las exigencias sociales y políticas pedían una organización, la cual comenzó primeramente con el ámbito constitucional y administrativo, y continuo con la "organización de la policía, porción de armas, uso de bebidas alcohólicas, vagancia y mendicidad, salteadores de caminos y ladrones. En seguida se fueron dictando algunas leyes aisladas de organización, sobre el turno de los juzgados penales,

²⁰Tena Ramirez, Felipe. Op. Cit., p. 44.

ejecución de sentencias, reglamento de cárceles, incluyendo sus talleres, colonias penales en las californias y tejas, indulto, conmutación destierro y amnistía."²¹

En este orden de ideas la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, decretada el 4 de octubre de 1824, adopto dentro de sus primeros artículos el sistema federal, dividiendo su territorio en estados libres y soberanos en sus regimenes interiores, dando con ello facultades a los estados federales para legislar en materia y jurisdicción local; Margadant "afirma que el primer texto penal de la etapa soberana que no alcanzo condición de ley fue un llamado "bosquejo o plan general de código penal para el Estado de México"²², sin embargo, fue el estado de Veracruz el primero en promulgar en 1835 por decreto del 8 de abril su código penal, obra legislativa de Fernando J. Corona, que algunos autores comentan que fue influenciado por el código español de 1822, así como autor de los proyectos del código civil y código de procedimientos penales de Veracruz de 1869; y el cual citaremos en este momento ya que presenta dentro de sus artículos la regulación del perdón del ofendido.

En su titulo II que se denomina "De los delitos contra la honra, fama y tranquilidad de las personas"; Sección I De las calumnias, injurias y revelación de secretos.

²¹Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. ed. 5ª, Ed. Porrúa, México, 1990. p. 113

²²Margadant S, Guillermo F. Introducción a la Historia del Derecho. Op. Cit. p. 44

Artículo 680.- El juicio por calumnias ó injurias cesara al momento en que el calumniado remita su ofensa al calumniador ó injuriante, pero en el caso de que con la injuria ó calumnia se hubiese ofendido gravemente la moral publica ó de que verse delito publico, continuara de oficio el procedimiento para imponer al reo la pena a que hubiese lugar en derecho.

Este mismo precepto prevaleció hasta el código penal del estado de Veracruz-Ilave de fecha 17 de diciembre de 1868. en su artículo 695; código que ademas en su artículo 240 y siguientes del título cuarto denominado "Extinción de la acción penal"; legislo sobre la institución del perdón del ofendido que dice:

El perdón del ofendido no extingue la acción penal, si no cuando reúna estos tres requisitos: Que el delito sea de aquellos en que no se puede proceder de oficio; Que se otorgue el perdón antes de que se haga la acusación y por persona que tenga facultad legal de hacerlo.

Artículo 241.- Una vez concedido el perdón no puede revocarse.

Artículo 242.- Si fueren varios los ofendidos, el perdón concedido por alguno de estos no extinguirá la acción de los otros. Si los delincuentes fueren varios, el perdón no podrá otorgarse si no a todos ellos.

Artículo 243.- El previo consentimiento del ofendido para que se cometa un delito en su persona, contra su honor o contra sus intereses, extinguirá la acción penal solo en los casos siguientes.

I Cuando no pueda proceder si no por queja de parte;

II Cuando el delito sea solo contra intereses del ofendido, si este tuviere la libre disposición de ellos, y no resultare daño, peligro o alarma a la sociedad, ni juicio a un tercero.

Sin embargo. "los obstáculos para que prosperara la legislación fueron muchos y aun después de la constitución federal de 1857 se mantuvo la vigencia de la legislación colonial, operando supletoriamente la de España.

Durante la presidencia de Benito Juárez (1867), y restablecida la tranquilidad con el fusilamiento de Maximiliano de Miramón y Mejía; el secretario de instrucción pública, Antonio Martínez de Castro, organizó y presidió la comisión redactora del primer código penal federal de México; como vocales intervinieron José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. de Zamacona; Esta comisión, que trabajó con verdadero entusiasmo y constante dedicación, logró cristalizar sus anhelos el 7 de diciembre de 1871, fecha en la cual fue promulgado y aprobado el proyecto elaborado para comenzar a regir el primero de abril de 1872 en el Distrito Federal y territorios de la Federación"²³;

"Este ejemplar estableció en su exposición de motivos que este ordenamiento se fundó en los postulados de la denominada escuela clásica, apoyada en la responsabilidad moral y el libre albedrío,

²³Cortes Ibarra, Miguel A. Op. Cit., p. 37.

mantuvo restringido el arbitrio judicial e incluyo atenuantes y agravantes."²⁴

Este contemplo en su titulo cuarto denominado de la Extinción de la acción penal, Capitulo primero:

Art. 253.- La Acción penal se extingue:

III Por perdón y consentimiento del ofendido.

Art. 254.- El Reo puede alegar, en cualquier estado del proceso, las excepciones que producen las causales enumeradas en las fracciones 2ª, 3ª, 4ª y 5ª del articulo anterior

Art. 258.- El Perdón del ofendido no extingue la acción penal si no cuando reúne tres requisitos: Que el delito sea de aquellos en que no se puede proceder de oficio, que se otorgue antes de que se haga la acusación y por persona que tenga facultad legal de hacerlo.

Art. 259.- Una vez otorgado el perdón no puede revocarse.

Art. 260.- Si fueren varios los ofendidos, el perdón concedido por algunos de estos no extinguirá la acción de los otros. si los delinquentes fueren varios, el perdón no podrá otorgarse si no a todos ellos.

²⁴Código Penal para el Distrito Federal y territorios de la Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos contra la federación de 1872.

Ed. Talleres tipograficos de la casa editora J de Elizalde.

Art. 261.- El previo consentimiento del ofendido para que se cometa un delito en su persona, contra su honor ó contra sus intereses, extinguirá la acción penal solo en los casos siguientes:

I Cuando no se pueda proceder si no por queja de parte;

II Cuando el delito sea solo contra los intereses del ofendido, si este tuviere la libre disposición de ellos, y no resultare daño, peligro o alarma a la sociedad, ni perjuicio a un tercero.

El Delito de adulterio se contemplo en el artículo. 825.- No obstante lo que previene el artículo 258 cuando el ofendido perdona a su cónyuge y ambos consientan en vivir reunidos, cesara todo procedimiento si la causa estuviere pendiente.

En el año de 1912, una nueva comisión presidida por don Miguel S. Macedo, presento un proyecto de reformas al código de 1871, no habiéndose reconocido legalmente en virtud de que nuestro país se encontraba bajo la convulsión revolucionaria; sin embargo, el 30 de septiembre de 1929, el presidente de la república Emilio Portes Gil, expidió el nuevo código penal, uno de sus principales autores fue José Almaráz

"Este texto esta formado por 1233 artículos, ha sido gravemente criticado por sus notorias contradicciones, irregular estructura y deficiente redacción, que lo hacia inaplicable.... no estableció diferencias esenciales respecto al anterior; mantuvo el catalogo de atenuantes y agravantes, el arbitrio judicial fue restringido, se

suprimió la pena de muerte, la responsabilidad penal se funda en la responsabilidad social"²⁵,

Ademas de que quiso modificar la orientación del derecho mexicano en favor del positivismo y tuvo al delincuente como preocupación central, motivo que solo lo mantuvo dos años. Por lo que a nuestra institución corresponde agregar que para que pudiera otorgarse el perdón en los delitos que se perseguían a petición de parte ofendida, el ofendido no podía ser menor de edad o incapaz.

"El Código penal vigente, fue promulgado el 13 de agosto de 1931, la comisión redactora se integro por José López Lira, José Ángel Cisneros, Alfonso Teja Zabre y Ernesto G Garza. Este fue un texto eclético, pragmático, quiso huir de cuestiones doctrinales, y redujo el casuismo; Estableció en su titulo quinto de la extinción de la responsabilidad penal, el capitulo tercero del perdón y consentimiento del ofendido, contempla lo siguiente:"²⁶

Art. 93.- El Perdón y el consentimiento del ofendido extinguen la acción penal, cuando concurran los siguientes requisitos:

- I Que el delito no se pueda perseguir sin previa querrela;
- II Que el perdón se conceda antes de formularse conclusiones por el ministerio publico;

²⁵Cortes Ibarra, Miguel A., Op. Cit., p. 39.

²⁶Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia de fuero Federal. de 1931
Ed. Botas, México, 1931.

III Que se otorgue por el ofendido o por la persona que reconozca este ante la autoridad como su legitimo representante, por quien acredite legalmente serlo, o en su defecto, por tutor especial que designe el juez que conoce del delito.

El delito de adulterio se contemplo en la siguiente forma:

Art. 276.- Cuando el ofendido perdona a su cónyuge, cesara todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si esta se ha dictado, no producirá efecto alguno: Esta disposición favorece a todos los responsables.

Delito de abandono de personas contemplado en:

Art. 338.- Para que el perdón concedido por el cónyuge ofendido pueda producir la libertad del acusado, deberá este pagar todas las cantidades que hubiere dejado de ministrar por concepto de alimentos y dar fianza u otra caución de que en lo sucesivo pagara la cantidad que le corresponda.

El Código penal de 1931, ha sido el que prevalece hasta nuestros dias, no sin algunas reformas y proyectos que intentaron sustituirlo, entre los que figuran de modo importante el de 1949 debido a Luis Garrido, Francisco Arguelles y Celestino Porte Petit; En 1958 se elaboraron dos proyectos en los que participaron Ricardo Franco Guzmán, Francisco H. Pavón Vasconcelos, Celestino Porte Petit y Manuel del Rio C, y en 1963 hubo otra comisión redactora que se constituyo por el mismo Porte Petit, Moreno y Garrido Luis como asesor, bajo la presidencia de Fernando Roman Lugo.

Los Proyectos de código penal que comentamos también legislaron sobre el perdón del ofendido; Así el proyecto de código de 1949 en su capítulo quinto de la extinción de la responsabilidad penal contempla.²⁷

Art. 79.- El Perdón del ofendido extingue la acción penal, cuando concurran los requisitos siguientes:

- I Que el delito se persiga por querrela de parte;
- II Que el perdón se manifieste expresamente antes de dictarse sentencia, y
- III Que el perdón se otorgue por el ofendido o por su legítimo representante.

El Proyecto de Código Penal de 1958 hace lo mismo en el.²⁸

Art. 84.- El Perdón o consentimiento del ofendido extinguen la acción penal cuando concurran los siguientes requisitos:

- I Que el delito no se pueda perseguir sin previa querrela;
- II Que el perdón se conceda antes de dictarse sentencia;
- III Que se otorgue por el ofendido o por la persona que reconozca aquel ante la autoridad como su legítimo representante, por quien acredite legalmente serlo, o en su defecto por tutor especial que designe el juez que conoce del delito.

De lo anterior podemos decir que el código que sigue vigente es el de 17 de septiembre de 1931, con algunas reformas como la que tuvo en 1983.

²⁷México, leyes y decretos. Anteproyecto de Código Penal de 1949. Ed. Herber, México, 1949. p. 103.

²⁸Comisión de Estudios penales de la PGR. Anteproyecto de Código Penal de 1958. Ed. Herber. México, 1958. p. 46.

publicada en el diario oficial el día 13 de enero de 1984, con la cual se modifico el artículo 93 en su parte primera, en donde se amplia el termino para otorgar el perdón, hasta antes de dictarse sentencia de primera instancia, ya que anteriormente se preveía que fuera antes de que el ministerio publico formulara sus conclusiones.

Y la ultima reforma se presento en el diario oficial de la federación el día 10 de enero de 1994, en donde se agregaron dos párrafos mas, para quedar de esta forma:

"Artículo 93.-El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Publico si este no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón este no podrá revocarse.

Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que solo puedan ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por algún otro acto equivalente a la querrela, siendo suficiente para la extinción de la acción penal la manifestación de quien esta autorizado para ello de que el interés afectado ha sido satisfecho.

Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón solo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga. El perdón solo beneficia al inculpado en cuyo favor se

otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiara a todos los inculpados y al encubridor.

El perdón del ofendido y del legitimado para otorgarlo en delitos de los mencionados en los dos párrafos anteriores, también extingue la ejecución de la pena, siempre y cuando se otorgue en forma indubitable ante la autoridad ejecutora."

CAPITULO II

PERDÓN DEL OFENDIDO

2.1 CONCEPTO

2.1.1 DEFINICIÓN:

Para que podamos entender la institución del perdón del ofendido veremos primero como se encuentra definido en los distintos diccionarios la palabra *Perdón*.

De esta manera tenemos que lo define primeramente el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, y dice que perdón es: "Remisión de la pena merecida, de la ofensa recibida o de alguna deuda u obligación pendientes; por otra parte también indica que por perdonar debe entenderse: 1) Redimir la deuda, ofensa, falta, delito u otra cosa que toque al que redime 4) Renunciar a un derecho, goce o disfrute."²⁹

Rafael de Pina Vara lo define como: "Remisión de la deuda por el acreedor"³⁰

Emilio Catalagud lo define como: "Remisión de la pena merecida, de la ofensa recibida o de alguna deuda u obligación recibida."³¹

²⁹ Diccionario de la Real Academia Española.
ed. 19ª, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1970. p. 1006

³⁰ De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho.
ed. 16ª, Ed. Porrúa, México 1989. p. 383.

³¹ Catalagud Perez, Emilio. Diccionario Jurídico.
ed. 3ª, Ed. Comarcia, España 1991. p. 300.

Cabanalleras lo define como: "Remisión que de la ofensa que hace el agraviado // liberación que concede el obligado al acreedor // indulgencia o compasión o clemencia del ofendido."³²

En este orden de ideas se ha mencionado repetitivamente la palabra **remisión**, la cual se define por Pina Vara y Catalagud como el acto jurídico en virtud del cual el acreedor libera al deudor del cumplimiento de una obligación // condonación, perdonar una pena de muerte o deuda; con esto podemos decir que de las definiciones aquí expuestas los autores coinciden en señalar al perdón como la liberación que el ofendido otorga al acusado de cualquier relación contraída con él, sin importar la naturaleza de la misma.

Una vez entendido el significado de la palabra perdón pasaremos a ver como se define al perdón del ofendido en los diccionarios y en la doctrina, con el fin de allegarnos un concepto propio a nuestra institución, y que sirva de base para el desarrollo del tema.

La nueva enciclopedia jurídica nos dice primeramente que perdón del ofendido "es el acto mediante el cual la persona ofendida, por si o a través de sus representantes legales o de hecho con intervención de la autoridad judicial o sin ella, realiza una manifestación expresa de voluntad o de acciones inequívocas en el mismo sentido, en orden a renunciar a la exigencia de responsabilidades penales, que derivadas de la conducta delictiva de otro, habían sido reclamadas previamente ante los tribunales de justicia."³³

³²Cabanalleras de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico. Ed. Heliasta S.R.L., Argentina, 1988. p. 242.

³³Nueva Enciclopedia Jurídica. OMEBA 20v. Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1989. t. XIX p. 526.

Cabanalleras nos dice: es el "olvido que de la falta o delito hace la víctima o alguien de su familia, renunciando a reclamar la responsabilidad civil o anulando la persecución o resultas penales."³⁴

Díaz de León lo define como: "Causa que extingue la responsabilidad penal en el proceso, en delitos perseguibles a instancia de parte ofendida."³⁵

Y más adelante el mismo dice: "El perdón es un acto judicial o posterior al delito, por el que el ofendido hace remisión del agraviado o manifiesta su voluntad de que no se inicie o no se continúe el procedimiento contra el culpable."³⁶

Colin Sánchez dice: "El perdón es el acto a través del cual el ofendido por el delito, su legítimo representante o el tutor especial, manifiestan ante la autoridad correspondiente que no desean que se persiga a quien lo cometió."³⁷

El Instituto de Investigaciones Jurídicas se refiere a él como causa extintiva de la acción penal exclusivamente en aquellos delitos que se persiguen por querrela necesaria el perdón para adquirir relevancia jurídica requiere de determinados elementos³⁸ señalados en el código penal en su artículo 93.

³⁴Op. Cit. p. 242

³⁵Díaz de León, Marco A. Diccionario de Derecho Procesal Penal. 2v. ed. 2ª, Ed. Porrúa, México. 1989. p. 1298

³⁶Idem.

³⁷Colin Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. ed. 13ª, Ed. Porrúa, México 1992. p. 272

³⁸Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. ed. 4ª, Ed. Porrúa, México, 1991. p. 2382

Por su parte Osório y Nieto dice: "El perdón es una manifestación de voluntad expresada por persona facultada para hacerla, en virtud de la cual se extingue la acción penal o en su caso hace cesar los efectos de la sentencia dictada."³⁹

De lo anterior podemos decir que de los conceptos citados, el que da Osório y Nieto se acerca a lo que es la institución del perdón del ofendido, sin embargo, creo que al autor le faltó enunciar que el perdón se otorga dentro del juicio y por delitos perseguibles a petición de parte, aunque estos sean vistos como uno de los requisitos de validez del perdón.

También hay que mencionar que la definición de Díaz de León, intenta definir en buena forma la institución, pero se le critica que no solamente se otorga por el ofendido, si no también por su legítimo representante, además de que la manifestación de voluntad debe ser expresa y no tácita, como oportunamente lo veremos, ya que esto daría lugar a comparar al abandono procesal (tácito) con el perdón del ofendido, y esto no es posible; por lo que en base a estas definiciones consideramos que la que nos da Osório y Nieto, es la más aceptable por reunir casi todos los elementos y es la que tomaremos como base para proponer nuestra definición que consideramos reúne todos los requisitos de validez y forma.

Es la manifestación expresa de la voluntad del ofendido o legítimo representante que hacen ante el órgano jurisdiccional en los delitos

³⁹Osorio y Nieto, Cesar A. La Averiguación Previa. ed. 3ª, Ed. Porrúa, México, 1985. p. 29.

perseguidos por querrela de parte, en el sentido de dejar sin efectos el procedimiento y la responsabilidad penal que de este se derive.

En este orden de ideas podemos decir varias cosas;

Primero: que el ofendido puede perdonar de varias formas:

- A) No presentando su denuncia o querrela.
- B) No ejercitando la acción civil en los delitos perseguibles por querrela.
- C) Con el desistimiento o abandono de la querrela.
- D) Manifestando en forma expresa tal remisión (perdón).

La última forma de perdón es la regulada en nuestra legislación penal, para ser más preciso en su artículo 93 que más adelante analizaremos.

Segundo: que de las distintas definiciones se desprenden elementos comunes entre ellas los cuales son:

- A) Que sean delitos perseguibles por querrela de parte.
- B) Que se otorgue dentro del proceso.
- C) Que extingue la responsabilidad penal o la acción.

Tercero: para que tenga validez se tienen que llenar los requisitos que marca el artículo 93 del código penal, que a continuación transcribiremos para analizar los puntos citados:

Artículo 93.- "El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo, extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si este no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón este no podrá revocarse.

Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que solo puedan ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por algún otro acto equivalente a la querrela, siendo suficiente para la extinción de la acción penal la manifestación de quien está autorizado para ello de que el interés afectado ha sido satisfecho.

Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón solo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga. El perdón solo beneficia al inculpado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiaría a todos los inculpados y al encubridor.

El perdón del ofendido y del legitimado para otorgarlo en delitos de los mencionados en los dos párrafos anteriores, también extingue la ejecución de la pena, siempre y cuando se otorgue en forma indubitable ante la autoridad ejecutora."

La Doctrina ha criticado bastante la redacción del código penal y los principios que lo rigieron ya que en la evolución del sistema de los delitos y las penas se ha conducido algunos de ellos a un régimen privado, sistema que tuvo su origen en la venganza por el talión y la composición, y que pasaron a potestad estatal, con el *jus puniendi*, que comprende la titularidad de la pretensión punitiva.

La potestad punitiva del orden penal se ejerce por ministerio público, quien dentro del proceso es el titular de la acción penal, como representante del Estado en su *jus puniendi*, consideraciones que también fueron plasmadas en el artículo 17 de nuestra constitución:

"Ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho".

No obstante se contemplan en materia penal formas de autocomposición: de esta manera se critica la institución del perdón del ofendido en su redacción del presente artículo diciendo que respecto de los delitos de acción privada, el perdón extingue la acción penal, suspende y extingue la pena, consideraciones que no se entienden respecto a los delitos que no pueden ser perseguidos sin previa denuncia o consentimiento del agraviado, como tampoco se entiende que el título hable de extinción de la responsabilidad penal y el artículo de la extinción de la acción penal, sin distinción alguna y en contraposición, o como sinónimos.

Como causas de extinción de la pena se debe entender que son:

"aquellas circunstancias que sobrevienen después de la comisión del acto punible, y que destruyen la acción penal originada. En esto se diferencia de las causas de exclusión de la pena, las cuales impiden que se origine la acción penal"⁴⁰

De esta manera "los penalistas lo consideran como una causa de extinción de la acción penal, criterio este erróneo por lo mismo de que la acción penal, como derecho a la jurisdicción, es inextinguible: que se trata de una causal de sobrecimiento de la instancia penal."⁴¹

⁴⁰Liszt Franz, Von. Tratado de Derecho Penal. t. III
Trad. Jimenez de Asúa Luis. ed. 3ª. Ed. Reus, Madrid S.A. p. 463

⁴¹Díaz de León, Marco Antonio. Op. Cit. p. 1298

En el mismo sentido Rivera Silva manifiesta que:

"el perdón extingue la acción penal, debiéndose entender por tal afirmación, que cesa el derecho de persecución en el caso concreto, mas nunca la facultad abstracta del Estado de perseguir los delitos, la cual no puede desaparecer, por constituir un elemento mismo del Estado contemporáneo,"⁴².

De acuerdo con lo anterior es correcto hablar del perdón como causa que extingue la acción procesal penal, porque el ministerio público como representante del Estado es quien ejerce la acción penal, y si tal derecho punitivo cesa con el perdón, como consecuencia también lo hará la acción procesal penal que en esa potestad encuentra su fundamento.

Por otra parte lógicamente también es absurdo hablar de extinción del delito, ya que este como "hecho histórico, permanece tal como es. *factum infectum fieri nequit* [lo hecho no puede dejar de existir]"⁴³ ya que una expresión legal puede destruir la materia, pero no un suceso histórico, como la muerte de Francisco I Madero, que siempre será considerado como un asesinato, sin embargo, Maggiore comenta que el hecho histórico queda, pero se extingue el delito como ente jurídico, cosa que tampoco es cierta, ya que el delito se puede declarar como inexistente, es decir, como si este jamás hubiera existido; "en cambio el delito llamado extinguido, continúa mostrándose por

⁴²Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. ed. 22ª, Ed. Porrúa, México, 1993. p.118.

⁴³Giuseppe, Maggiore. Derecho penal. ed. 2ª, Ed. TEMIS, Bogota-Colombia, 1989. p.351

sus efectos, en el sistema legislativo, mas vivo que antes,"⁴⁴ pues el delito que se supone se extingue con el perdón de la parte ofendida. se toma en consideración con respecto a las agravantes o atenuantes del delito, tal es el caso de la reincidencia, la declaración de habitualidad o de profesionalidad (Art. 20); el delito extinguido constituye un obstáculo para la concesión de la condena condicional (Art. 90), además de que el perdón otorgado a uno de los imputados o inculcados. no se extiende a los demás, esto no sería posible si el delito como tal ya no existiera, e aquí la impropiedad de la formula usada por nuestra legislación penal, ya que la supuesta extinción del delito no es otra cosa mas que la extinción de la potestad punitiva o de la perseguibilidad del delito.

Entonces la extinción no tiene nada que ver con el delito o la acción penal, si no como los autores lo han manifestado con el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, por lo que ahora debemos definir bien lo que se entiende por potestad punitiva o *jus puniendi*; Franco Sodi define esta potestad como "un derecho penal subjetivo" y mas adelante nos dice "facultad del Estado para determinar los delitos, señalar y aplicar las penas, "jus puniendi o derecho a castigar."⁴⁵ y nos señala que esta facultad se describe en cuatro puntos:

- 1.- La facultad del Estado para establecer en general la pena que corresponda a los delitos.
- 2.- La facultad del Estado para determinar los actos que tienen el carácter de delitos.

⁴⁴Maggiore. Op. Cit. p. 351.

⁴⁵Franco Sodi, Carlos. Nociones de Derecho Penal.
Ed. botas, México 1940. p.137.

- 3.- La facultad del Estado para imponer la pena correspondiente a cada delincuente y,
- 4.- La facultad del mismo Estado para ejecutar dicha pena.

Siendo las dos primeras facultades inherentes al poder Legislativo, estas no se podrán extinguir, pero dejaran de tener efectos por un acto de la misma naturaleza que los creo, es decir, una nueva ley que deje sin efectos a la anterior.

El tercer punto, indudablemente se encuentra conferido al poder Judicial, el cual es susceptible de extinguirse, extinción provocada por el perdón del ofendido, y lo mismo ocurre con el cuarto punto que esta encomendado al poder Ejecutivo. (Casos excepcionales de extinción de la pena)

Franco Sodi comenta que cuando se habla de extinción penal, se refiere a la "aplicación concreta de la pena a un delincuente y a la ejecución de la que fue impuesta por resolución judicial;"⁴⁶

En este caso no estamos de acuerdo en todo, ya que si bien el perdón extingue la pena, también es causa que extingue la acción procesal o el derecho persecutorio en proceso, dejándolo sin efectos, y sin tener que llegar hasta el resultado de todo un procedimiento que termina con la pena, en caso de encontrarse culpable.

⁴⁶Franco Sodi, Carlos. Op. Cit. p. 138.

Entonces diremos que de acuerdo a lo visto anteriormente, la potestad punitiva del Estado puede sufrir limitaciones, ya sea por una renuncia parcial de la potestad (Querrela) o por una renuncia total de la misma potestad (perdón) que nos puede llevar a la nada o extinción, termino que "desde tiempos bastantes lejanos, fue adoptado por la ciencia del derecho penal para significar, que en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, el Estado se desarma definitivamente del *ius gladii*, o de su ejercicio, al renunciar a la persecución del delito."⁴⁷

En este orden de ideas podemos establecer que la formula extinción de la acción, es errónea, porque carece de toda lógica jurídica, como quedo expuesto anteriormente, por lo tanto es correcto hablar de la extinción de la responsabilidad penal o de la acción procesal, lo cual queda mas claro con la definición que al respecto nos da Fontecilla que dice: "entendemos por extinción de la responsabilidad penal, la ocurrencia de determinadas causas externas del proceso, que impiden su desenvolvimiento, o la ejecución de la sentencia condenatoria, en su caso."⁴⁸

2.2 QUERELLA

De las características que anteriormente obtuvimos de las distintas definiciones, la querrela es uno de los elementos intervinientes en la institución

⁴⁷Maggiore. Op. Cit. p. 349.

⁴⁸Riquelme Fontecilla, Rafael. Tratado de Derecho Procesal Penal. ed. 2ª, Ed. Jurídica, Chile, 1978. p. 129.

del perdón del ofendido, como sabemos el titular del ius puniendi es el Estado y es arbitro absoluto de ella, y esta claro que el mismo puede modificarla y extinguirla, es decir, en cuanto el Estado es el depositario exclusivo de la potestad punitiva, en vez de hacerla valer esta prerrogativa de su soberanía, en algunos casos, y por razones apreciables, renuncia en todo o en parte al ejercicio de ella, ya que entran en juego el interés particular, en donde el daño sufrido por la sociedad con la comisión del delito no se compararía con el daño recibido por el ofendido; ya que si se procediere de oficio, se podrían ocasionar al particular daños mayores que los que experimenta la sociedad con el mismo delito, de esta manera podemos establecer que la potestad punitiva esta condicionada a una declaración de voluntad del ofendido, dándole libertad al mismo para que ejercite la acción penal por medio de la querrela, facultad exclusiva del ofendido, y requisito inexcusable para ejercer la potestad punitiva.

La legislación penal con respecto al tema de la querrela, hace una clasificación de la acción penal en "publica" y "privada". La primera es aquella cuyo ejercicio corresponde al órgano jurisdiccional investigador, que es el ministerio publico, quien actúa sin perjuicio de la intervención del ofendido como querellante conjunto. Y la privada cuyo ejercicio incumbe exclusivamente al ofendido, denominada como acción penal de ejercicio privado, por la cual se instituye la querrela como el acto idóneo para incitar la acción jurisdiccional y que por extensión se le llama querellante al titular de la acción.

De esta manera tenemos que el artículo 93 del código penal, establece en su primera parte que el perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo,

extingue la acción penal respecto de los delitos que solamente puedan perseguirse por querrela; institución que sirve para dar inicio al proceso, tal y como lo vimos anteriormente, además de así establecerlo el artículo 16 de la constitución que en su parte primera prevé que: "..... No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal", precepto que nos deja claro que la iniciación de un proceso no queda al arbitrio del órgano investigador, si no que es menester, para iniciar la investigación el cumplimiento de los requisitos legales o de iniciación, los cuales son la presentación de la denuncia o de la querrela.

La cual se define por Esriche, como: "La acusación o queja que uno pone ante el juez contra otro que le ha hecho algún agravio, que ha cometido algún delito en perjuicio suyo, pidiendo se le castigue. Es pues, la querrela un modo de iniciar una causa criminal".⁴⁹

Claria Olmedo la define como: "La petición o reclamo producido, con las formalidades legales y ante la autoridad jurisdiccional, esencialmente por el querellante, quien continuara como tal durante toda la tramitación del proceso provocado con este acto; pero si la causa se inicio por otro medio, podrá introducirse en ella sin necesidad de entablar formalmente querrela"⁵⁰

⁴⁹Navarro, Rafael G. La Querrela. ed. 2ª, Ed. Pensamiento Jurídico Editora. Buenos Aires, 1985. p. 17

⁵⁰Claria Olmedo, Jorge. Derecho Procesal. t. II, Ed. Palma, Buenos Aires, 1982. p. 317.

Colin Sánchez la define como: "Un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido"⁵¹

Rivera Silva la define como: "La relación de hechos expuesta por el ofendido ante el órgano investigador con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito."⁵²

Osório y Nieto la define como: "Una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el ministerio público, tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite acción penal."⁵³

De las definiciones anteriores se obtienen elementos comunes entre ellas, que son:

- a) Una relación de hechos,
- b) Que la relación se rendida por la parte ofendida, y
- c) Que se manifieste el deseo de perseguir al delincuente.

a) Una relación de hechos.- Exige una exposición de los hechos que vienen a integrar el acto u omisión sancionada por la ley penal; el artículo 276 del código de procedimientos penales; requiere que la querrela se concrete a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente.

⁵¹ Colin Sanchez, Guillermo. Op. Cit. p. 265.

⁵² Rivera Silva. Op. Cit. p. 112

⁵³ Osorio y Nieto, Cesar A. La Averiguación Previa. ed. 3ª, Ed. Porrúa, México, 1985. p. 7

Por lo que respecta a este precepto no indica de ninguna manera el elemento esencial de la querrela y que lo diferencia de la denuncia, que es la exigencia o anuencia expresa de perseguir al autor del hecho y que tal manifestación debe hacerse por el querellante, y esta manifestación deberá hacerse por escrito o en forma verbal, de manera pacífica y respetuosa, ante la autoridad correspondiente, cumpliendo con los requisitos del derecho de petición que contempla la Constitución Federal en su artículo 8º.

Ahora bien, cabe hacerse la pregunta de si los hechos deberán de contener un mayor número y precisión de datos o bastará con decir lo que se acuerde.

Este problema se presentará de acuerdo a los requisitos del tipo legal, ya que como sabemos hay delitos que contienen elementos subjetivos que se tienen que cumplir, como es el demostrar el tipo de palabras que causan un daño al honor en las injurias, y hay otros en que se pide que solamente se hable sobre el hecho delictivo para que se llenen los requisitos objetivos del tipo legal (Fraude) para que se proceda con la indagatoria, ya que una falta de precisión en la relación circunstanciada del hecho obligaría a una desestimación de la querrela, lo que comúnmente pasa en los delitos privados, en donde el particular deberá tener una mayor aportación de los elementos necesarios para proceder con la consignación, ya que en los delitos que se persiguen de oficio el ministerio público tendrá la carga de investigar y reunir los elementos necesarios para consignar.

b) Que la relación sea rendida por la parte ofendida.- Cuando se lleva a cabo una conducta o hecho delictivo, concurren generalmente dos

sujetos; el sujeto activo, que es el que lleva acabo todos los actos tendientes a realizar esta conducta y el sujeto pasivo es sobre quien recae la acción; por excepción existen delitos en donde no encontramos que la lesión recaiga sobre una persona física y si sobre un ordenamiento jurídico, como la traición, portación de armas, etc.

El termino ofendido es usual en el campo del derecho de procedimientos penales, sin embargo, no se le debe de confundir con el término víctima. es decir, el ofendido, es la persona física sobre quien recae directamente la acción, lesionando sus bienes tutelados por el derecho penal, mientras que la víctima "es aquel que por razones sentimentales o de dependencia económica con el ofendido resulta afectado con la ejecución del hecho ilícito."⁵⁴

El ofendido en el proceso penal mexicano, es un sujeto procesal, no es parte, porque esto se adquiere cuando demanda la reparación del daño; como sujeto procesal tiene facultades conferidas para presentar denuncias o querellas, y aportar al ministerio público o el juez de la instancia todos los elementos de prueba que estén a su alcance, e interponer los recursos necesarios para proteger sus intereses.

c) **Que se manifieste el deseo de perseguir al delincuente.-** Este requisito es un elemento esencial en la querrela, ya que representa la anuencia o permiso del ofendido del delito, de perseguir al autor de tales hechos y lograr la punibilidad; ya que de no existir este nos encontraríamos en la situación de una denuncia, en la que solo es necesario poner en conocimiento de la

⁵⁴Collín Sánchez. Op. Cit. p. 211

autoridad los hechos que pueden ser constitutivos de delito, para que la actividad jurisdiccional se produzca, lo cual es comprensible en los delitos que no se persiguen a petición de parte.

2.2.1 FUNDAMENTO POLÍTICO

La querrela es una institución bastante discutida por los estudiosos de la materia penal; ya se vio anteriormente que existen una categoría de delitos en que la punibilidad esta condicionada a una declaración voluntaria del injuriado, dejando el Estado al sujeto pasivo en libertad para iniciar o incitar el ejercicio de la acción penal, dicha facultad delegada fundamenta sus razones en dos consideraciones:

La primera es por la existencia de ciertos hechos típicos, que no tienen relevancia social o comunitaria; y segundo se explica en el sentido de preguntarnos quien resultaría mas dañado si se hicieran públicos los hechos delictivos, es decir, existen delitos que ocasionarían un mayor daño al ofendido, cuando intervenga en las conveniencias e inconveniencias del proceso, en comparación con lo que pudiere obtener de la reparación del daño o la satisfacción judicial, de tal manera que la voluntad privada no es posible proscribirla, porque ello propiciaría consecuencias desastrosas para el sujeto, para la paz y tranquilidad de ciertos núcleos como la familia, que constituye la base de nuestra estructura social.

"De todas formas, los dos supuestos vienen a desembocar en el principio de la subordinación del interés público al particular, subordinación producida, o por la conveniencia para el Estado de atender al interés particular frente a un interés público , o por lo tenue del interés público"⁵⁵

2.2.2 CARACTERÍSTICAS DE LA QUERELLA

Por lo que respecta a las características de la querella se mencionan primero la de ser

A) Divisible.- Significa que la querella alcanza a todos los que han participado en la comisión del delito o simplemente a los que el querellante haya decidido acusar por el hecho delictuoso perpetrado en los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, teniendo este principio una excepción en el delito de adulterio, previsto en el artículo 274 del código penal, donde establece que: "cuando el cónyuge ofendido formule su querella contra uno solo de los culpables, se procederá contra los dos y los que aparezcan como codefincuentes;" dejándonos claro que en este caso no queda al arbitrio del ofendido proceder contra quien quiera presentar la querella, ya que una vez presentada se procederá contra todos los que intervienen en el hecho.

⁵⁵Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op. Cit. p. 2650

B) Revocable.- Esta característica es consecuencia de la naturaleza de la misma, ya que la potestad que el Estado le otorga al sujeto ofendido. de presentarla o no ante la autoridad jurisdiccional, se extiende hasta el grado de retirar tal pretensión en cualquier etapa del proceso, aun después de haberse dictado sentencia al inculpado.

C) Intranscendente.- Esta característica se da en acatamiento del artículo 22 constitucional, que limita la aplicación de la pena a los responsables del acto ilícito, sin que se extiendan las consecuencias de la pena a los familiares.

2.2.3 DIFERENCIAS ENTRE LA QUERRELLA Y LA DENUNCIA PENAL

Se diferencia a la denuncia de la querrela en que la primera tutela intereses de naturaleza publica y la querrela tutela intereses de particulares que el Estado considera como indisponibles, de esta manera la querrela es una manifestación de voluntad por el directamente afectado o lesionado por el hecho que se considera ilícito, en forma de reclamo hacia la actividad jurisdiccional sobre la pretensión punitiva que se le somete, siendo esto un requisito o impedimento para que el Estado ejerza su acción penal; mientras que la denuncia no es mas que una manifestación de conocimiento. mera "*notitia criminis*" que puede proporcionar cualquier persona capaz sin que ello signifique que ejercite pretensión alguna; de esta manera el Estado administra justicia de oficio con el mero conocimiento del hecho delictivo, mientras que en

los delitos que se persiguen a petición de parte, el querellante pide al Estado se le administre justicia.

2.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LA QUERRELLA Y EL PERDÓN EL OFENDIDO

La Naturaleza de la querella ha sido muy discutida en la doctrina, sin embargo, los autores han coincidido en acotar el tema a dos tendencias, las cuales son: Primero situar a la querella como una condición objetiva de punibilidad y la segunda como un instituto procesal; además de los que la consideran con un carácter mixto.

Condición objetiva de punibilidad: "Corresponde en algunos casos excepcionales en que el delito, aun siendo perfecto, no queda sometido a la pena si no se produce determinado acontecimiento futuro e incierto, pues al ser la punibilidad una consecuencia normal de la comisión de un delito, no excluye que en alguna hipótesis el ordenamiento jurídico, por razones de conveniencia práctica, la subordine a la verificación de una condición."⁵⁶

La teoría que considera a la querella como una condición objetiva de punibilidad, y no como un mero presupuesto procesal tiene su origen en la literatura "Alemana, la cual reconoce al ofendido un poder para disponer de tal

⁵⁶Antolisei, Francisco. Manual de Derecho Penal. ed. 8ª, Ed. Temis, Bogotá - Colombia, 1988. p. 526

derecho, reconociendo que la voluntad privada guarda una relación con la punibilidad del delito; o con mas precisión, decimos que es un derecho publico subjetivo personalisimo, que pertenece al ofendido o perjudicado por el delito, y de las personas a quienes se le atribuya especialmente la ley, y de la cual es correlativa la facultad de remisión"⁵⁷

Además de ser el medio por el cual se promueve la acción penal, por ser esta una condición de derecho sustantivo para la punibilidad; entonces decimos que "el evento delictuoso se hace punible y constituye, por consiguiente, delito solo en cuanto se ha querellado. El Estado ve limitado su poder de sancionar, al quedar en manos del sujeto pasivo del delito la posibilidad de poner en movimiento la acción penal."⁵⁸

Frente ha esta postura, destacados especialistas nos hablan de la querrella como de un requisito o condición de procedibilidad, teoria que predomino en Alemania y tiene amplia aceptación en Italia; se define al requisito de procedibilidad de la siguiente manera:

"Son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal contra el probable responsable de la conducta tipica."⁵⁹

El fundamento de esta posición reside en que se trata de una manifestación de voluntad del derecho potestativo del ofendido del delito, para hacer del

⁵⁷Maggiore. Op. Cit. p. 329.

⁵⁸Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op Cit. p. 2650.

⁵⁹Osorio y Nieto. Op. Cit. p. 129.

conocimiento de las autoridades la existencia de un hecho que ya por si mismo es un delito, pero cuyo proceso se encuentra condicionado a la queja de la parte ofendida; dejando claramente que la actuación de la maquina judicial se encuentra condicionada a la manifestación de la voluntad del particular, sin la cual no es factible proceder, lo que de otro modo seria que la persona privada decidiera sobre la punibilidad de un hecho, llevando al absurdo de considerar a la voluntad privada como creadora de delitos: "Absurdo porque, en nuestro ordenamiento jurídico, es únicamente la voluntad del Estado la que le imprime a ciertos hechos la marca de delitos"⁶⁰

Antolisei agrega que las "condiciones de punibilidad tienen un acontecimiento no solo futuro e incierto, si no también extrínseco al hecho que constituye el delito"⁶¹ ya que es necesario que este acontecimiento sea ajeno al precepto jurídico, es decir, que sea de tal naturaleza que no se pueda concebir, respecto del agente, una prohibición de realizarlo, por lo que decimos que no tiene nada que ver con el delito, por ser una acción libre y consciente de otras personas; entonces la conclusión es que estos razonamientos se imponen para considerar a la querrela como un requisito de procedibilidad.

Los autores están de acuerdo en establecer que la aplicación de la pena se trata de un derecho subjetivo publico, y creemos que es así; porque no queda al arbitrio del particular el decidir si la pena será o no aplicada. ya que la extinción de la pena esta legislada por el Estado; por otra parte interpuesta la querrela no se sigue indefectiblemente la llegada de la sentencia, ni tampoco significa que esta vaya a ser automáticamente condenatoria.

⁶⁰Giuseppe Maggiore. Op. Cit. p. 333.

⁶¹Antolisei. Op. Cit. p. 526.

"Por ultimo, la posibilidad de que el particular pueda desistirse de la querrela, no significa, como ya anotamos, que quede a su arbitrio o capricho la punibilidad del acto delictuoso"⁶², ya que esta es una posibilidad otorgada por el mismo Estado.

Por lo que toca a la *naturaleza del perdón*, este tiene su fundamento en la razones que imponen a la querrela, de esta manera algunos autores hablan de la remisión de la querrela y no de la extinción de la responsabilidad: por lo que Antolisei agrega que "la querrela es de naturaleza puramente procesal. por lógica, se impone que se considere del mismo modo a la remisión"⁶³.

Otros autores consideran a la figura del perdón del ofendido como parte esencial al derecho penal material, mientras que solo las formalidades de su aplicación entran en el derecho procesal, en el mismo sentido Franz Von dice que: "cuando la extinción de la acción penal se produce por actos procesales, como la avenencia, la retirada de la querrela o de la acción civil el estudio de estas causas extintivas pertenece, indudablemente, al derecho de procedimiento criminal,"⁶⁴

En este orden de ideas diremos que las razones que imponen a la querrela y al perdón del ofendido como requisitos de procedibilidad y no como condiciones objetivas de punibilidad, son acertadas desde nuestro punto de vista. por considerar que no son parte de los elementos del delito y si son un

⁶²Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. p. 267.

⁶³Antolisei. Op. Cit. p. 530.

⁶⁴Franz Von. Op Cit. p. 393.

requisito para que el Estado ejerza su potestad punitiva, sin que esto afecte la estructura y validez de los tipos penales.

Al respecto mencionaremos la presente tesis jurisprudencial que si bien no discute la naturaleza del perdón y la querrela, los menciona como requisito de procedibilidad.

PERDÓN DEL OFENDIDO, EN LOS DELITOS DE QUERRELLA
NECESARIA. REQUISITOS.

"Para que el perdón judicial opere en los delitos que se persiguen por querrela necesaria de parte ofendida, que constituye el requisito de **procedibilidad** de la acción persecutoria, es menester que el mismo se otorgue conforme y dentro de los plazos que señala la ley, pero además, el mismo deberá ser amplio, liso llano e incondicional. De no reunir tales características, dicho perdón carecerá de eficacia. (Semanao Judicial de la Federación, época 8ª, tomo V, tesis 174, p 334)"

2.4 CONDICIONES PARA EJERCER LA QUERRELLA Y OTORGAR EL PERDÓN

La primera condición que deberán reunir las partes será la de ser capaces, dicha capacidad se ve desde un doble aspecto: Capacidad de goce y de ejercicio.

Por capacidad debemos entender que es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones y para ejercitarlos; entonces la capacidad de goce es la aptitud

de ser titular de derechos y obligaciones, y la capacidad de ejercicio es la capacidad de ejercitar a los mismos.

Ahora bien la capacidad de goce que se le otorga a una generalidad de personas, se le es negada a un especial tipo de personas como son los extranjeros, en el especial caso de que quieran adquirir el derecho del dominio de tierras y aguas de la República Mexicana en una franja de 100 Km. a lo largo de las fronteras y 50 Km. sobre las costas. (artículo 27 Constitucional). y otros casos a los mexicanos que se encuentren en los supuestos de los artículos 503 y 1680 del código Civil.

Entonces la capacidad o incapacidad de ejercicio de una persona en ese sentido, puede resultar de las disposiciones de las distintas legislaciones, así tenemos que la legislación civil nos habla de la situación que guardan al respecto los menores, dementes, sordomudos, ausentes, personas jurídicas, sociedades civiles, asociaciones; por su parte la ley comercial lo hará con las sociedades comerciales, los acreedores en concurso, la legislación laboral de las asociaciones profesionales obreras; la legislación penal por su parte lo hará del imputado, procesado, condenado, prófugo y los domiciliados en el extranjero.

De lo anterior podemos decir que la legislación civil en su artículo 22.- establece: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por no nacido para los efectos declarados en este código (capacidad de goce)."

En relación a la incapacidad de ejercicio el artículo 450 establece:

"I los menores de edad. II los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo, o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos. III Los sordomudos que no saben leer ni escribir. IV Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas, enervantes."

Y como estos no podrán "obrar por si en la ejecución de los actos jurídicos, si no por medio de representantes, debemos concluir que no pueden comparecer por si, al juicio criminal, los que necesitan de tales representantes"⁶⁵, sin embargo, la incapacidad de derecho, que obra a manera de prohibición de actuar en razón del sujeto, es relativa pues de ser absoluta se carecería de toda aptitud, lo cual seria inadmisibile en nuestro sistema jurídico.

Atendiendo a lo que hemos visto, se dice que pueden formular la querrela de acuerdo a lo que establece el artículo 264 del código de procedimientos penales, cualquier ofendido por el ilícito aun cuando sea menor; en cuanto a los incapaces podrán presentar la querrela los ascendientes, hermanos o representantes legales.

El artículo 425 del código civil, establece: Que son representantes legales de los menores no emancipados sus padres o tutores, la patria potestad sobre los hijos de matrimonios, se ejerce:

"I por le padre y la madre; II por el abuelo y la abuela paternos;

⁶⁵Fontecilla Rafael. Op. Cit. p. 86.

III por el abuelo y abuela maternos;"

Por lo que respecta a los hijos adoptivos el artículo 414 dispone que la patria potestad, se ejerce:

"I por le padre y la madre; II por le abuelo y la abuela paternos.
III por el abuelo y abuela maternos."

Además establece en su artículo 419 que:

"La patria potestad se ejercerá únicamente por las personas que lo adopten."

Maggiore habla de que la representación compete también al progenitor que haya perdido la patria potestad, "pues la ley no distingue cuando el padre se halla en la imposibilidad de proponer la querrela, por enfermedad, ausencia temporal, etc. En caso de divergencia entre los padres, se dará preferencia a la voluntad del que manifestó la decisión de querrellarse, si no ejerce la patria potestad ya que el otro cónyuge no haya presentado querrela o renunciado ha este derecho o haya hecho remisión"⁶⁶

El marido es tutor legítimo forzoso de su mujer y esta lo es de su marido.
(Art. 486)

Hay autores que hablan mas bien de la institución del derecho civil que ha sido transplantado al derecho penal como lo es la substitución procesal, la cual

⁶⁶Maggiore. Op. Cit. p. 338.

se verifica cuando la persona legalmente autorizada (substituto) ejerce en juicio un derecho ajeno, a nombre propio, derecho perteneciente a otro (substituto), no actuando en representación legal o convencional; podría pensarse que cuando el denunciante se presenta ante el órgano correspondiente, lo hace en nombre propio, aunque los intereses son ajenos. por existir el ofendido a quien corresponde tal derecho, sin embargo, no es posible hablar que aquí exista la sustitución, ya que "la denuncia en general, es un deber, y el tercero denunciante, al igual que todas las personas resulta afectado por el mismo, ya que el delito debe importarle como miembro integrante de la sociedad"⁶⁷.

El Ministerio Público que representa a la sociedad ofendida por el delito, tampoco actúa en nombre propio, lo hace en nombre de la institución que representa, ya que este al ejercitar la acción penal, no actúa en interés de un particular ofendido substituyéndolo, si no en representación de la sociedad.

Los menores serán representados por los padres o tutores, como antes lo vimos, en este sentido el código federal de procedimientos penales, establece que: Cuando el ofendido sea menor de edad, pero mayor de dieciséis años, podrá querrellarse por si mismo o por quien este legitimado para ello.

Tratándose de menores de esta edad o de otros incapaces, la querrela se presentara por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (Art. 115), en el mismo sentido establece que se permite la presentación de la querrela por medio de apoderado, siempre y cuando este, tenga poder con cláusula especial

⁶⁷Collín Sánchez. Op. Cit. p. 271.

o instrucciones concretas de sus mandantes para el caso. (Art. 120), sin embargo, a este precepto le cabe la excepción de los poderes que establece el código de procedimientos penales en su artículo 264 parte final, salvo en los casos de rapto, estupro, o adulterio, en donde solo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final.

De esta manera tenemos que el código penal, establece en ciertos delitos que a continuación describiremos, quien será el facultado para presentar la querrela, como excepción a la representación, por ejemplo el artículo 263 en el delito de estupro se requiere de la queja del ofendido o de sus representantes legales.

El artículo 337 del código penal establece que:

"El abandono de cónyuge, se persiguiera a petición de parte agraviada. El delito de abandono de hijos se persiguiera de oficio y, cuando proceda, el ministerio público promoverá la designación de un tutor especial que represente a las víctimas del delito, ante el juez de la causa, quien tendrá facultades para designarlo."

Para los delitos de difamación o calumnia, el artículo 360 del mismo ordenamiento requiere para que sean perseguidos, de la queja de la persona ofendida y solamente cuando esta ha muerto y la injuria, la difamación o la calumnia fueren posteriores a su fallecimiento, entonces solo se podrá proceder en virtud de la queja del cónyuge, de los ascendientes, de los descendientes o de los hermanos; cuando la ofensa sea contra la nación o contra una nación o gobierno extranjero o contra sus agentes diplomáticos en este país. En estos casos "correspondería hacer la acusación al ministerio

publico, pero será necesaria la excitativa en los demás casos."⁶⁸ que compete a gobiernos extranjeros.

En cuanto a los delitos patrimoniales el artículo 399 bis, del mismo ordenamiento establece que:

"Los delitos previstos en este título se persigueran por querrela de la parte ofendida cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad, así mismo hasta el segundo grado....."

Los delitos de abuso de confianza y daño en propiedad ajena siempre se perseguirán a petición de la parte ofendida.

Asimismo, se perseguirá a petición de la parte ofendida el fraude, cuando su monto no exceda del equivalente a quinientas veces el salario mínimo general vigente en el lugar y en el momento en que se cometió el delito y el ofendido sea un solo particular"

Interpuesta la querrela por el menor, su representante se encarga de seguir gestionando los actos de representación durante la secuela procedimental y aun después de él, ya que debemos de recordar que el ofendido sigue durante el proceso con carácter de coadyuvante del ministerio público, además de poder otorgar el perdón y de poder interponer los recursos necesarios cuando alguna

⁶⁸Colín Sánchez. Op. Cit. p. 269.

resolución le cause agravio directamente a él, como puede ser el caso de la reparación del daño.

El mismo artículo 264 del código de procedimientos penales establece en su segunda parte que: "Las quejellas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario poder especial para el caso concreto."

La Suprema Corte confirma en jurisprudencia la forma como habrá de ejercerse la representación de las personas morales en juicio.

QUERRELLA FORMULADA POR APODERADO

"El código de procedimientos penales vigente en el distrito y territorios de federales, no contiene norma alguna en la cual se indique que para formular querrela por conducto de apoderado se requiera un poder especial; por otra parte, el código civil no establece tal requisito y tampoco se halla esa exigencia en algún otro ordenamiento legal que rija negocios del fuero común en el distrito y territorios federales. por tanto, mientras no se acredite que al formular querrela el mandatario de un ofendido, que se óbste con un poder general para pleitos y cobranzas. desatendió instrucciones de su mandante, los tribunales del fuero común de las entidades mencionadas, no pueden dejar de tener como plenamente eficaz la actuación del apoderado. situación distinta de casos que recaigan bajo el régimen del código federal de procedimientos penales (artículo 120) o de la legislación de algunos estados que como el de Puebla (artículo 71 del código de procedimientos en materia de defensa social), si

exigen "poder con cláusula especial o instrucciones concretas del mandante". (Informe 1956, parte II, p 74.)"

QUERRELLA, REQUISITOS QUE DEBE REUNIR EL PODER. EN
TRATÁNDOSE DE PERSONAS MORALES.

"El artículo 121 del código de procedimientos penales de la entidad exige, como imperativo legal, que quien formule querellas, como apoderado jurídico de una persona moral, este autorizado expresamente, a virtud de instrucciones precisas, para formularla contra persona determinada y por hechos específicos en el caso, indebida disposición de numerario en perjuicio de la ofendida, por tanto, si en la especie el apoderado jurídico de la empresa ofendida, tenía resultados generales pero no concretas para proceder en el caso determinado no puede tenerse por satisfecho el requisito de procedibilidad, consistente en la querella, por satisfacerse las exigencias del precepto en comento. (Informe 1986, parte II, p 21.)"

Al respecto Colin Sánchez comenta que de acuerdo con las facultades que se otorgan al representante de la persona moral, este actuara como persona física; por ende, la querella será a nombre de su representada"⁶⁹

"Por lo que respecta a las personas colectivas, esta se da por la lesión que recae y puede violar un derecho individual o un derecho, como lo es el derecho de los asociados, los bienes de un colectividad. Este código no tiene normas que regulen la representación del ejercicio

⁶⁹Colin Sanchez, Guillermo. Op Cit. 271.

del derecho de querrela, valen entonces los principios generales sobre la representación"⁷⁰

El código civil en su artículo 25 nos dice que son personas morales:

- I La Nación, los Estados y los Municipios
- II Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley
- III Las sociedades, civiles o mercantiles
- IV Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la frac. XVI del art. 23 de la Constitución Federal
- V Las Sociedades Corporativas
- VI Las Asociaciones distintas de las enumeradas, que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidos por la ley
- VII Las Personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736."

En relación con lo anterior el artículo 26 dice: "Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución."

Por lo que toca al *perdón*, se dice que es la forma de extinguir el derecho de querrela, entonces si ha habido capacidad para querrellarse, es lógico que en el mismo sentido se puede perdonar.

⁷⁰Maggiore. Op. Cit. p. 341-

Entonces decimos que todos los que hayan sido reconocidos ante la autoridad como querellante, legítimos representantes o mandatarios, en este caso con poder o cláusula especial, tendrán tal facultad de perdonar; aunque en la realidad se encuentran situaciones con respecto a los menores, de ser voluntades contrapuestas, situación en la que prevalece la voluntad de los representantes legales, esto por "razones de madurez psíquica y experiencia, ya que la decisión de otorgar el perdón entraña consecuencias definitivas"⁷¹, en razón de ser una persona dotada de madurez y reflexión que le permita valorar y conocer los efectos de otorgar el perdón.

Al respecto presentamos la presente jurisprudencia que confirma lo dicho anteriormente.

MENORES OFENDIDOS, PERDÓN DE LOS.

"Cuando se trata de iniciar un procedimiento penal a petición de la persona ofendida, el interés de esta y de la sociedad coinciden en el propósito de salvaguardar los intereses mutuos; por ello la ley exige, en este caso, menos requisitos, y faculta al menor para representar directamente la querrela; en cambio, cuando se trata de extinguir la acción penal y de suspender la persecución de los delitos, el interés de la sociedad y de la persona ofendida se encuentran en conflicto; aquella necesita la represión de la delincuencia, el ofendido juzga conveniente detener la acción penal, mediante el desistimiento, que pone fin a la persecución judicial, como resultado de esa oposición de intereses, la ley ha fijado mayor número de requisitos, ya que la extinción de la acción penal pone en peligro la seguridad de la colectividad; por ello se exige en

⁷¹ Osorio y Nieto. Op. Cit. p. 30.

estos casos . que el menor se encuentre debida y legalmente representado. a fin de evitar que su inexperiencia sea explorada por el reo. obteniendo el perdón que pondrá fin a la actividad judicial, mediante maniobras indebidas, que deben ser evitadas, en caso de existir, por el legítimo representante de la parte ofendida, portanto. para que el desistimiento del menor, como resultado del perdón concedido al delincuente, sea bastante para extinguir la acción penal. es preciso que ese se halle legítimamente representado. (Semanario Judicial de la Federación, época 5ª. t XXXIV. p. 1832)"

Otra situación se presenta si son varios los ofendidos o los autores del hecho. en este caso nos remitiremos al artículo 93 del código penal que establece lo siguiente:

".....cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor. el perdón solo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga. Quedando subsistente el derecho de los demás ofendidos.

En el caso de que sean varios los acusados el perdón solo beneficia al inculcado en cuyo favor fue otorgado, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos. caso en el cual beneficiara a todos los inculcados y al encubridor."

La Corte en jurisprudencia lo confirma.

PERDÓN DEL OFENDIDO.

"Si el ofendido no expreso su perdón en favor del reo y se declaro extinguido el derecho de proceder en contra del acusado. en lo que se

refería al delito de daño en propiedad ajena por imprudencia, por el perdón que a este le otorgo dicho ofendido. ello no afectaba la formal prisión que por el mismo se dicto en contra del reo. (Semanao Judicial de la Federación, época 5ª, t CXV, p 1026.)"

2.5 FORMAS DEL PERDÓN

El perdón del ofendido puede ser manifestado en forma expresa o tácita y puede otorgarse durante el proceso o en forma extraprocetal.

Lo cierto es que solo se puede presentar en forma expresa ya que en nuestra legislación penal el llamado abandono de la querella, que implicaría una voluntad tácita no existe.

La siguiente jurisprudencia establece y confirma la forma en que se habra de otorgar el perdon del ofendido.

PERDÓN EN LOS DELITOS QUE SE PERSIGUEN POR QUERELLA DE PARTE.

"Para que exista el perdón en los delitos que se persiguen por querella de parte, **este debe constar expresamente**, la circunstancia de que el ofendido exhiba ante el juzgado de los autos una carta del acusado en que precisa el monto del daño y promete repararlo, no puede surtir efectos legales de perdón"(Semanao Judicial de la Federación, época 6ª, v LXXXII, p 17,)

Ahora bien si este debe proceder dentro de una actuación procesal o en forma extraprocesal, al respecto diremos que el perdón procede solo durante el proceso por así establecerlo la legislación. al decir que puede ser otorgado en cualquier momento del proceso y aun ante el ministerio publico en la etapa de investigación; e incluso en el delito de adulterio es posterior a la sentencia de segunda instancia para que este tenga los efectos legales. efectos que no tendria el perdón extraprocesal, por ser desconocido para el titular de ejercer la acción penal.

2.6 CARACTERÍSTICAS Y EFECTOS JURÍDICOS.

Son *características* del perdón del ofendido las siguientes:

A) La Irrevocabilidad.- El perdón una vez otorgado, no puede validamente revocarse cualquiera que sea la razón que se invoque, en razón de que la legislación establece el perdón como causa extintiva de la responsabilidad penal, y la revocación del perdón no puede invocarse como motivo valido para que renazca una responsabilidad extinta, además podemos agregar que para que el perdón surta efectos legales este debe ser aceptado por el acusado, entonces no se trata de una voluntad arbitraria del ofendido, si existe un consenso entre las partes como forma de convenio, entonces la voluntad del inculpado también tiene relevancia en lo efectos del perdón.

B) La Divisibilidad.- Al respecto el código penal en su artículo 93 nos establece que cuando existan pluralidad de ofendidos puede cada uno de ellos

otorgar por separado el perdón, en cuyo caso solo surtirá efectos por lo que respecta a quien lo otorga; mas adelante agrega, que el perdón únicamente beneficia al inculpado e indiciado, en cuyo caso fue otorgado, excepto cuando el ofendido haya obtenido la total satisfacción de sus intereses, caso en el cual se extendería a todos los inculpados o indiciados.

Al respecto el mismo código establece una excepción en su artículo 276 en el caso de adulterio que dice así: "cuando el ofendido perdona a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si esta se ha dictado, no producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables;" de donde se deduce que solamente en este caso concreto y especial es la única excepción establecida por la legislación penal.

C) Incondicional.- EL perdón del ofendido debe ser otorgado simple y llanamente, es decir, que no debe mediar condición alguna que se le imponga al inculpado o indiciado, para que el ofendido le otorgue el perdón, ya que si existiere condición alguna se atentaría contra la misma naturaleza de la institución del perdón, por considerarse como un medio autocompositivo en donde el ofendido renuncia a su pretensión; y no como transacción en donde las partes se otorgan recíprocas concesiones para dar solución al proceso.

Característica que se confirma con la siguiente jurisprudencia.

**PERDÓN DEL OFENDIDO CONDICIONADO, INEFICACIA
LEGAL DEL.**

"Si bien es verdad que el perdón del ofendido, en los delitos que se persiguen por querrela necesaria, constituye una forma extintiva de la acción penal, el mismo no producirá efectos legales si se le subordina al

cumplimiento de alguna condición por parte del acusado, porque la correcta interpretación de la ley precisa que el perdón se otorgue sin condición de ninguna especie y no que se pueda supeditar al cumplimiento de alguna obligación. (Semanao Judicial de la Federación, época 7ª, v 19, p 45.)"

Por los *efectos* que produce, Colin Sánchez dice que:

"Hace cesar toda intervención de autoridad; ya que si el perdón es presentado durante la averiguación previa o en el curso de la instrucción procesal, y satisface los requisitos legales; al dictarse la resolución respectiva, produce efectos plenos, de tal manera que no existirá la posibilidad de presentar recurso alguno en contra de la misma persona y por los mismos hechos."⁷²

Al respecto presentamos la siguiente jurisprudencia que confirma lo anteriormente expresado:

PERDÓN DEL OFENDIDO.

"Si bien es cierto que al ministerio público compete de modo exclusivo el ejercicio de la acción penal y es el único que puede desistirse de ella, también lo es que cuando se trata de los delitos privados, ese ejercicio está subordinado a la existencia de la querrela del ofendido, y si no existe, el ministerio público no puede ejercer la acción penal; y por tanto, una vez comprobado el perdón del ofendido, ya no hay motivo alguno para

⁷²Colin Sánchez, Guillermo. Op. Cit. p. 275.

que se siga el proceso hasta pronunciar sentencia. (Semnario Judicial de la Federación, época 5ª, t XXXVI, p 250.)"

Otro de los efectos es la puesta en libertad del Inculpado o indiciado, con respecto a este caso los autores señalan que existe una excepción en el delito de abandono de persona, que prevé el código penal en su artículo 338 que dice: "para que el perdón concedido por el cónyuge ofendido pueda producir la libertad del acusado, deberá este pagar todas las cantidades que hubiere dejado de ministrar por concepto de alimentos y dar fianza u otra caución de que en lo sucesivo pagara la cantidad que le corresponda."

Al respecto Colin Sánchez comenta que:

"Este precepto riñe con la naturaleza de la querrela, porque al no existir la voluntad del ofendido, no se esta dentro de lo previsto por la Constitución, en euanto a la libertad de la persona, puesto que, toda la actividad jurisdiccional, esta subordinada a la querrela, sin la cual no debe prolongarse."⁷³

Al respecto diremos que es buena la apreciación del autor, sin embargo, no considero que se atente contra los efectos del perdón ya que debemos recordar que el perdón no extingue los efectos de la reparación del daño, y que en realidad es un requisito legal que se tiene que cubrir en el precepto que dice:

"Para que el perdón pueda producir la libertad del inculpado deben garantizarse o pagarse las cantidades que dejaron de pagarse por concepto de;"

⁷³Colin Sánchez. Op. Cit, p. 275.

En este sentido podemos concluir que no esta pendiente ningún procedimiento o pena en su contra, ni condición por el ofendido respecto del caso concreto por el que se le otorgo el perdón y se esta condicionando la libertad por ley con una obligación que tendra que cumplir por la naturaleza del bien que tutela el precepto.

Circunstancia que nos queda mas claro con la siguiente jurisprudencia que al respecto dice:

**PERDÓN DEL OFENDIDO CONDICIONADO, INEFICACIA
LEGAL DEL.**

"Si bien es verdad que el perdón del ofendido, en los delios que se persiguen por querrela necesaria, constituye una forma extintiva de la acción penal, el mismo no producirá efectos legales si se le subordina al cumplimiento de alguna condición por parte del acusado, porque la correcta interpretación de la ley precisa que el perdón se otorgue sin condición de ninguna especie y no que se pueda supeditar al cumplimiento de alguna obligación. (Semanao Judicial de la Federación, época 7ª, v 19, p 45.)"

CAPITULO III

EL DELITO DE
DEFRAUDACIÓN FISCAL

3.1 EL DERECHO PENAL FISCAL

En el presente capítulo trataremos de precisar el lugar que ocupa el derecho penal fiscal dentro del derecho general, para que podamos situar debidamente la materia que se ocupa del delito de defraudación fiscal.

El Derecho administrativo debe contemplar que el mantener la organización y funcionamiento del Estado, le implicara necesariamente gastos que este debe de procurar por el mismo; entonces la actividad necesaria para hacerse llegar los recursos y su regulación que necesitan, "forman parte de una sección del derecho administrativo que, por su importancia y por sus especiales relaciones con la economía, esta tiende a segregarse constituyendo el derecho financiero o derecho de las finanzas publicas como una rama especial y autónoma del derecho publico."⁷⁴

De esta manera se dice que las finanzas publicas constituyen un aspecto de la administración publica revistiendo importancia cuando prevé además de otras cuestiones, los medios para la obtención y administración de los fondos publicos que son la base económica de la maquinaria estatal, y su función en la planeación socioeconómica.

Al respecto decimos que la actividad financiera del Estado esta íntimamente ligada con la realización de la función publica y la naturaleza de dicha actividad la coloca en el seno de la competencia del poder Ejecutivo.

⁷⁴Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. ed. 30ª. Ed. Porrúa, México, 1991. p.316.

Entonces decimos que el derecho administrativo "es el sistema de normas que regulan las relaciones entre la administración pública, es decir, que se encarga de regular la actividad de la administración pública"⁷⁵ y el derecho financiero se encargara de las finanzas publicas.

Los autores pretenden darle autonomía científica por la importancia y por los nexos con la economía, segregándola del derecho administrativo, pero ya que los principios fundamentales están incluidos en el mismo, decimos que forma parte de esta rama troncal.

Entonces el derecho financiero fijara los principios y las normas con los que se habrán de regir las finanzas publicas y se define como: "el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad financiera del Estado en sus tres momentos a saber: "En el establecimiento de tributos y obtención de diversas clases de recursos, en la gestión o manejo de sus bienes patrimoniales y en la derogación de recursos para gastos públicos, así como las relaciones jurídicas que en el ejercicio de dicha actividad se establecen entre diversos órganos del Estado o entre dichos órganos y los particulares, ya sean deudores o acreedores del Estado"⁷⁶.

Por su parte Pugliese define al derecho financiero como la "disciplina que tiene por objeto el estudio sistemático del conjunto de las normas que reglamentan la recaudación, la gestión y la erogación de los medios económicos que necesita el Estado y los entes públicos para el desarrollo de

⁷⁵Maggiore, t. I p. 45.

⁷⁶De la Garza, Sergio Francisco. Derecho Financiero Mexicano. ed. 8ª. Ed. Porrúa, México, 1994. p. 17.

sus actividades, y el estudio de las relaciones jurídicas entre los pobladores y los órganos del Estado, entre los ciudadanos y el estado, y entre los mismos ciudadanos que derivan de la aplicación de esas normas"⁷⁷

Dentro de esta disciplina encontramos diversos aspectos:

- a) Ingresos del Estado
- b) Gastos del Estado
- c) La contabilidad pública y el control sobre la actividad financiera.

El primer punto es lo que se refiere al derecho tributario o fiscal; ya que los impuestos, tasas, contribuciones, etc. constituyen los recursos que pueden ser creados por el Estado, antiguamente este poder tributario constituyó una facultad propia del poder absoluto del soberano, que discrecionalmente recaudaba de sus súbditos los tributos que aquel entendía como necesarios para el normal ejercicio de su actividad financiera.

Por lo que corresponde a este inciso cabe hacer la reflexión que muchos autores no hacen el distingo entre lo que es el derecho tributario y lo que es el derecho fiscal, utilizándolos como sinónimos, sin embargo, De la Garza los diferencia y expone que:

"la materia fiscal se encarga de todo lo relativo a impuestos (determinación, liquidación, pago, devolución, exención, prescripción o control de los créditos fiscales.) y sanciones aplicadas con motivo de la infracción. El derecho tributario es el conjunto de normas que se refieren al establecimiento de los tributos (impuestos.

⁷⁷Puglicse, Mario. Instituciones de Derecho Financiero. Op. Cit. p. 19.

derechos o tasas y contribuciones especiales), a las relaciones jurídicas que se establecen entre la administración y los particulares con motivo de su nacimiento, cumplimiento o incumplimiento, a los procedimientos que pueden surgir y a los ilícitos y las sanciones establecidas por su violación."⁷⁸ de lo que podemos decir que el derecho fiscal trasciende en el derecho tributario por ser este mas amplio en su contenido.

Bielsa define al derecho fiscal como "el conjunto de disposiciones legales y de principios del derecho publico que regulan las actividades jurídicas del fisco"⁷⁹.

Sainz de Bujanda define al derecho tributario como: "La rama del derecho financiero que tiene por objeto la organización material del tributo y el desarrollo de las funciones publicas dirigidas a su aplicación."⁸⁰

La doctrina comenta que en todo sistema jurídico existe como rama la injerencia del derecho penal calificado como común u ordinario, por ser este quien represente el conjunto total de normas jurídicas que establecen los ilícitos y sanciones represivas, compilados en un ordenamiento como lo es el código penal, constituido por un conjunto sistemático de normas jurídicas que establecen las conductas delictivas y sus sanciones, el cual con la evolución de la sociedad ha tenido que diversificarse para tener competencia en otras ramas del derecho, como el derecho administrativo, en donde su sistema de normas en forma general esta encaminado a regular las relaciones entre la administración

⁷⁸De la Garza Sergio, Op. Cit. p. 19.

⁷⁹Bielsa citado por Hernández Esparza, Abdón. El Delito de Defraudación Fiscal. Ed. Botas. México, 1962, p. 37

⁸⁰Sainz de Bujanda citado por De la Garza. Op Cit. p. 20.

publica, sin embargo, cuando este sistema se acompaña de sanciones penales, se da lugar al llamado derecho penal administrativo o derecho represivo de la administración pública, mismo que se define como el conjunto de disposiciones legales punitivas de las violaciones a las normas jurídicas administrativas .

Jiménez de Asúa dice que el derecho penal administrativo es "el conjunto de disposiciones que asocian al incumplimiento de un concreto deber de los particulares con la administración una pena determinada."⁸¹

Sin embargo, dentro del derecho penal administrativo encontramos también algunas divisiones de las cuales tienen relación con el tema el derecho penal tributario, que hace indispensable la protección de la hacienda pública en la realización de las actividades de la administración pública, teniendo injerencia el derecho penal en el derecho fiscal, ya que la infracción de las leyes fiscales requieren de una mayor represión para evitar entre otros el fraude al fisco.

El amplio campo reservado a las sanciones penales en materia fiscal da origen al derecho penal fiscal y este debe ser absorbido por la teoría del delito que se ha elaborado tras incesantes esfuerzos en el derecho penal general, ya que las normas jurídicas se integran por una hipótesis, un mandato y una sanción, siendo esta la misma estructura común en las normas jurídicas, por lo que será la misma estructura de las normas jurídicas tributarias, es decir, aquellas que mandan un determinado comportamiento que se traduce, directa o indirectamente, en el pago del tributo, por lo que ahora es el turno de los penalistas, ser los encargados de ampliar las normas penales al campo fiscal,

⁸¹Jimenez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal.
Ed. Losada, Buenos Aires, 1963. p. 50

ya que sería un absurdo pretender elaborar un régimen de sanciones fiscales y penales fiscales al margen de lo que constituye la doctrina penal.

Así De la Garza Sergio define al derecho penal fiscal como "el conjunto de normas jurídicas que definen los hechos ilícitos en materia tributaria, o como el conjunto de disposiciones que vinculan una sanción o pena determinada al incumplimiento de las normas que establecen deberes para con el fisco."⁸².

En este sentido diremos que el derecho penal tributario se divide en dos aspectos:

Primero, como el derecho penal tributario en la administración, que se define como el conjunto de normas jurídicas penales que tipifican y sancionan hechos que tienen el carácter de contravenciones o simples infracciones y cuya aplicación es encomendada por el legislador a las autoridades administrativas.

Segundo, un derecho penal tributario propiamente dicho, constituido por el conjunto de normas jurídicas penales que tipifican y sancionan hechos que tienen un carácter de delitos y cuya aplicación a sido conferida a la autoridad judicial.

Abdón Esparza, refiriéndose al derecho penal fiscal también lo define desde dos puntos de vista, en un sentido amplio "comprende el conjunto de principios y normas de carácter penal que la administración pública tiene a su alcance para reprimir la delincuencia contra la hacienda pública" y en el sentido

⁸²De la Garza, Sergio. Op. Cit. p. 26.

restringido "es el conjunto de disposiciones que asocian a la lesión de los intereses financieros del Estado una sanción penal determinada."⁸³

De esta manera decimos que el derecho penal tributario, establece que se trata de un conjunto de normas que bajo la amenaza de una pena garantizan la observancia de un deber particular con respecto a la administración, definiendo de esta manera cuales son las hipótesis que tienen el carácter de ilícitos o de infracciones que se pueden cometer contra el patrimonio del Estado y la hacienda pública, así como las sanciones aplicables; comprendiendo entonces todas las transgresiones a los tres aspectos del derecho financiero como son los egresos, ingresos y su patrimonio.

Entonces el derecho penal tributario forma parte del derecho penal administrativo, ya que la doctrina así lo considera, pues los autores subdividen al derecho penal administrativo en derecho penal financiero, derecho penal de policía y derecho disciplinario.

Por lo que se concluye que si la actividad financiera del Estado es un aspecto importante dentro de las funciones de la administración pública y siendo los delitos fiscales típicas conductas contra la administración pública, es por consecuencia que el derecho penal fiscal es una rama del derecho penal administrativo.

⁸³De la Garza, Sergio. Op. Cit. p. 45.

3.2 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

A principios de la época Independiente en México fue legada una legislación española diversificada, incompleta e inadecuada a la realidad del país, por lo que los primeros ordenamientos jurídicos se encaminaron a establecer el orden público y a organizar al Estado; por lo que tocó a la materia penal-fiscal se reglamento únicamente al contrabando y no fue sino hasta la ordenanza de aduanas cuando se normó la defraudación fiscal.

3.2.1 La Ordenanza de Aduanas

En la Ordenanza de aduanas del 12 de Junio de 1891 se establecieron tres tipos de infracciones a las normas fiscales a saber: Delitos, contravenciones y faltas.

"Por lo que se refiere a nuestro tema de estudio, los delitos son el contrabando, el cohecho, el peculado, la alteración de documentos oficiales, el quebrantamiento doloso de sellos o candados fiscales, la desobediencia y resistencia de particulares, así como la omisión culposa.

Por otro lado, las contravenciones podrían ser: La defraudación, la omisión de requisitos esenciales en documentos relativos a la

importación de mercancías, e infracciones de los preceptos cuya finalidad era evitar la duda y dar seguridad.

Y por último las faltas que consistían en la inexactitud de documentos aduanales.⁸⁴

De las anteriores violaciones a los ordenamientos hacendarios solo los delitos estaban sancionados con pena corporal, además de la sanción meramente administrativa. La pena establecida para la defraudación fiscal consistía en la pérdida de la mercancía y pago doble del impuesto que se hubiere omitido al realizar tal conducta.

3.2.2 La Ley del Timbre de 1893

En la ley del Impuesto General del Timbre del 25 de Abril de 1893, se establecieron dos clases de responsabilidades, que son:

- a) Por infracción simple, y
- b) Las infracciones con responsabilidad penal.

"En el primer caso de las infracciones simples, se comprendían las violaciones cometidas por causantes, en la falta de pago del impuesto, las cuales estaban afectadas por una sanción administrativa exclusivamente.

⁸⁴Hernández Esparza Abdón. Op. Cit. p. 41.

En el caso de las infracciones con responsabilidad penal, las mas importantes ha mencionar son cuando los causantes llevan dos o mas libros de contabilidad y los que verifiquen la defraudación fiscal o contribuyan a ella por algún acto que el código penal castigara; en dicha legislación por tanto no se consideraba a la defraudación fiscal como delito en si, si no que, era necesario que el causante cometiera un delito que pudiera traer aparejada la defraudación fiscal."⁸⁵

por otro lado, en el ámbito internacional, el problema de la defraudación fue tan importante, que fue materia de estudio especial por el comité financiero de la Sociedad de Naciones.

Este comité entre otras cosas, convoco a una reunión a los funcionarios fiscales de siete países, para estudiar la doble imposición o tributación y la evasión fiscal; entre los países que formaron parte se mencionan a: Bélgica, Gran Bretaña, Italia, Los Países Bajos, Suiza, Francia, Checoslovaquia: con los que se celebraron cinco cesiones en los años de 1923 y 1925; los acuerdos a los que se llegaron constaron de tres partes a saber:

- 1.- La parte Inductiva,
- 2.- La relativa a la doble imposición. y
- 3.- La evasión fiscal.

"Por lo que respecta a la figura de la evasión fiscal es de comentarse que apareció en nuestro derecho positivo hasta fechas recientes, ya que con anterioridad a la tipificación del delito de defraudación

⁸⁵Hernández Esparza Abdón. Op. Cit. p. 42.

fiscal, se procedía de manera distinta, acusando al causante con fundamento en el fraude genérico contenido en el código penal; ya que el tipo no exigía cualidades especiales en el sujeto pasivo, entonces el fraude en contra de la hacienda pública quedaba comprendido dentro del fraude genérico.

De esta manera se dice que en el proyecto de la ley de ingresos del erario federal del año de 1947; el presidente de la república solicitó a las autoridades hacendarias, asumir una actitud, en principio de mayor confianza en la buena fe del contribuyente, mas las leyes habrán de proveer el castigo severo de la evasión fiscal asimilándola, cuando proceda, como se hace en otros países, a un verdadero delito⁸⁶, de esta manera se inicio una nueva tendencia dentro de la política fiscal en nuestro país.

3.2.3 Tercera Convención Nacional Fiscal de 1947

En el año de 1947 se convocó a la Tercera Convención Nacional Fiscal en México, obteniendo como resultado una profunda revisión a la legislación impositiva apoyándose en los siguientes principios:

"1.- Una hacienda pública fuerte y organizada no puede basarse en la desconfianza reciproca entre el fisco y los causantes.

Hernández Esparza Abdón. Op. Cit. p. 43.

2.- Es necesario iniciar una política de mutuo entendimiento y lealtad entre el fisco y los causantes del impuesto.

3.- El fisco declara su fe en las declaraciones de los causantes y suprime los procedimientos de inspección y calificación, como nueva forma de control de los gravámenes.

4.- Unificación y diversificación de los nuevos impuestos.

5.- En principio cada causante no debe pagar si no un solo impuesto.

6.- Se establece la pena corporal como castigo para el fraude al fisco.⁸⁷

3.2.4 Ley Penal de Defraudación Impositiva en materia Fiscal de 1947.

Al respecto tendremos que limitar nuestro campo de estudio y mantenerlo en el estudio de la defraudación fiscal, diremos que como consecuencia del ultimo inciso expuesto, en lo relativo al castigo por fraude al fisco, se expidió la ley penal de defraudación impositiva en materia federal.

"En dicha ley se elevó como objetivo a la categoría de delito el fraude fiscal, penándolo con sanción corporal; estas sanciones eran producto de los delitos cometidos en contra de los impuestos interiores, puesto que la omisión de los impuestos exteriores siempre había estado prevista"⁸⁸.

⁸⁷Hernández Esparza Abdón. Op. Cit. p. 44.

⁸⁸Hernández Esparza Abdón. Op. Cit. p. 45.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Esta ley tuvo trascendencia dentro del orden jurídico penal positivo y que por primera vez se contemplan como delictivas las conductas que anteriormente no tenían este carácter y que el fin de legislar al respecto de estas conductas explica la necesidad que representaba reprimir penalmente a las conductas fraudulentas que ofenden el derecho del Estado al cobro de las contribuciones que engrosan su patrimonio.

Ademas de expedir una ley con este carácter, se penso que las prevenciones hechas por el código penal en su capitulo del fraude no eran del todo adecuadas a los casos que se les estaban presentando, ya que el delito de defraudación fiscal incluía en opinión de los autores una serie de hipótesis, a saber:

- 1.- La simulación de un acto jurídico que importe la omisión total o parcial del pago de contribuciones.
- 2.- No hacer entrega dentro del plazo señalado en el requerimiento legal de pago a las autoridades fiscales, las cantidades retenidas a los causantes por concepto de impuesto.
- 3.- Declarar ante las autoridades fiscales ingresos o utilidades menores a las realmente obtenidas o hacer deducciones falsas en las declaraciones.
- 4.- La omisión en la expedición de documentos por los que conforme a las leyes fiscales se deba cubrir el impuesto.
- 5.- Ocultar bienes o consignar el pasivo total o parcialmente falso en los inventarios de un juicio sucesorio.
- 6.- Negarse a proporcionar los datos necesarios a la autoridad fiscal para determinar la base gravable o proporcionar esta con falsedad.
- 7.- El ocultamiento de la producción sujeta a impuesto ante las autoridades fiscales.

8.- El resistirse a proporcionar los datos necesarios para la correcta determinación de los impuestos al comercio o bien, proporcionar estos con falsedad.

9.- Ocultar ante las autoridades fiscales, total o parcialmente, el monto de las rentas o de los ingresos gravados.

"En este primer código penal mexicano en materia fiscal como lo llamo el Lic. Alberto Sánchez Cortes, se aplicaba una sanción de tres meses a dos años de prisión, si el monto de lo defraudado o de lo que se intento defraudar, era inferior a cincuenta mil pesos y prisión de dos a nueve años si excedía de dicha cantidad. en caso de no poder precisar la cantidad defraudada, la pena fluctuaba de tres meses a nueve años"⁸⁹

Esta ley tuvo una fugaz vigencia, ya que solamente estuvo vigente durante ese año, sin embargo, no tuvo aplicación debido esto a la novedad de la misma, y de la carencia de conocimientos y preparación que respecto de las obligaciones fiscales que tenían los causantes.

Por lo que se reformo al código fiscal, que dentro de su titulo sexto recogió a los delitos fiscales que se encontraban dispersos en varias leyes, por lo que el 30 de diciembre de 1948 se publico en el diario oficial de la federación las reformas al código fiscal en donde se incluyo al delito de defraudación fiscal: Este nuevo capitulo de defraudación fiscal aparece en un nuevo tipo delictivo, el cual la ley anterior no había previsto, y es la "Defraudación Genérica", la

⁸⁹Hernández Esparza, Abdón. Op. Cit. p. 46.

cual consistía en: "Comete el delito de defraudación, el que haciendo uso del engaño o aprovechándose de un error omite total o parcialmente el pago de los impuestos", comentando "Abdón Esparza que con esta nueva conducta, se permitió al fisco contemplar una amplia gama de lo que el mismo estimara que lesionan sus intereses"⁹⁰

Por lo tanto, los casos de defraudación se ampliaron, ampliando los casos específicos y añadiendo otras figuras quedando de esta manera:

1.- Simular un acto jurídico que implique la omisión total o parcial del pago de los impuestos.

2.- Declarar ante autoridades fiscales ingresos o utilidades menores que los realmente obtenidos o hacer deducciones falsas en las declaraciones fiscales.

3.- No entregar a la autoridad fiscal las cantidades retenidas a los causantes por impuestos dentro del plazo legal.

4.- Omitir la expedición de documentos en que deba cumplirse una obligación tributaria mediante el uso de estampillas o expedir los documentos omitiendo total o parcialmente el pago del impuesto.

5.- Ocultar bienes o consignar un pasivo total o parcialmente falso en los inventarios de un juicio sucesorio.

6.- Resistirse a proporcionar los datos necesarios para determinar la producción gravable o proporcionarlos con falsedad.

7.- Ocultar total o parcialmente la producción sujeta a impuestos, el monto de las ventas o de los ingresos gravables.

8.- Negarse a proporcionar los datos necesarios para determinar los impuestos comerciales o proporcionar los mismos con falsedad.

⁹⁰Hernández Esparza, Abdón. Op. Cit. p. 48.

9.- Llevar dolosamente con distintos asientos o datos dos o mas libros de contabilidad, autorizados o no

10.- Hacer circular productos que deban llevar timbre, sin este sea fabricante, importador, comerciante expendedor el que los haga circular.

11.- Destruir o semidestruir por acción u omisión voluntaria los libros de contabilidad, sociales o especiales fiscales, dejándolos en estado de ilegalidad.

12.- Sustituir o cambiar las paginas foliadas de los libros de contabilidad especiales fiscales o sociales, utilizando pastas, encuadernaciones o primeras paginas en que consta la encuadernación.⁹¹

Las penalidades establecidas para estos sujetos es de tres meses a dos años de prisión, cuando lo defraudado era inferior a cincuenta mil pesos y prisión de dos a nueve años cuando lo defraudado sea mayor.

Establecía ademas una pena determinada por arbitrio judicial que fluctuaba de los tres a nueve años cuando no podía precisarse lo defraudado.

Finalmente el legislador consigno un precepto en virtud del cual se hace prácticamente nulo el proceso penal, al permitirse el sobreseimiento del proceso penal en dos casos (art. 274):

1.- Pagando las prestaciones fiscales originadas por el hecho imputado antes de que el Ministerio Publico Federal formule sus conclusiones.

2.- Celebrando convenio entre el inculpado y la secretaria de Hacienda, en que depurada su situación fiscal y garantizando el interés del fisco

⁹¹Hernández Esparza, Abdón. Op. Cit. p. 49.

previamente a que formule conclusiones el Ministerio Público Federal, evitando de esta manera la aplicación de la sanción penal.

Es importante mencionar que el anterior artículo se relaciona con el artículo 275 de la misma ley, ya que se establecía que:

"Una vez realizando el pago o celebrando el convenio con la Secretaría de Hacienda, esta otorgaría el perdón expreso eliminándola por razones de utilidad pública."⁹²

y esto se entiende por ser el patrimonio del fisco el bien jurídicamente tutelado, y el único interés del Estado se centra en el pago de los impuestos que se le adeudan ya que es más conveniente para el Estado que el sujeto siga contribuyendo al gasto público, que convertirlo en una carga más para el Estado como recluso.

3.2.5 Las Reformas Fiscales respecto a la Defraudación

Para continuar con la evolución que ha tenido el delito de defraudación fiscal a través de las reformas legislativas, nos enfocaremos entonces a los artículos 108 y 109 del código fiscal de la federación, que se encuentran en el capítulo II relativo a los delitos fiscales en el título IV de las infracciones y delitos fiscales.

⁹²Hernández Esparza Abdón. Op. Cit. p. 56.

A) El Artículo 108 del Código Fiscal de la Federación.

En el Diario oficial de la federación del jueves 19 de enero de 1967, se publicó el artículo 71 del código fiscal que establecía la defraudación fiscal de la siguiente manera:

Artículo 71.- Comete el delito de defraudación fiscal quien haga usos de engaños o aproveche errores, para omitir total o parcialmente el pago de algún impuesto.

En el Diario oficial del jueves 31 de diciembre de 1981, apareció publicado el nuevo código fiscal de la federación, que entraría en vigor por disposiciones transitorias el primero de octubre de 1982 y que abrogaba el código fiscal del 30 de diciembre de 1966.

Esta nueva ley establecía lo siguiente de la defraudación fiscal en su forma genérica.

Artículo 108.- Comete el delito de defraudación fiscal quien con uso de engaños o aprovechamiento de errores, omita total o parcialmente el pago de alguna contribución u obtenga un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal.

El delito de defraudación fiscal se sancionara con prisión de tres meses a seis años si el monto de lo defraudado no excede de \$ 500,000.00; cuando exceda de esta cantidad la pena será de tres meses a seis años de prisión.

No se formulara querrela si alguien hubiere omitido el pago de la contribución u obtenido el beneficio indebido conforme a este

artículo, lo entera espontáneamente con sus recargos antes de que la autoridad fiscal descubra la omisión o el perjuicio, o medie requerimiento, orden de visita o cualquier otra gestión notificada por la misma, tendiente a la comprobación del cumplimiento de las disposiciones fiscales.

Para los fines de este artículo y del siguiente, se tomara en cuenta el monto de las contribuciones diferentes y de diversas acciones u omisiones"

En el Diario oficial del miércoles 31 de diciembre de 1986 se publico una reforma al artículo 108 en su segundo párrafo para quedar como sigue:

El delito de defraudación fiscal se sancionara con prisión de tres meses a seis años si el monto de lo defraudado no excede de 500 veces el salario, cuando exceda, la pena será de tres a nueve años de prisión.

De acuerdo a lo anterior podemos establecer que se actualizo el artículo de acuerdo a la tabla de salarios mínimos, con el objeto de no volverse obsoleto, es decir, que por el transcurso del tiempo no dejen de tener aplicabilidad.

En el Diario oficial de la federación de fecha 20 de diciembre de 1991, se publico la reforma que tuvo en su segundo párrafo; para quedar así:

El delito de defraudación fiscal se sancionara con prisión de tres meses a seis años si el monto de lo defraudado, incluyendo

actualización y recargos no excede de \$ 30'000,000.00; la pena será de tres a nueve años de prisión.

Cuando no se pueda determinar

Con esta reforma se establece un monto fijo regresando a la forma anterior, pero la situación reviste importancia al establecer el precepto que serán incluidos los recargos y la actualización.

En el Diario oficial de la federación de fecha 31 de diciembre de 1994, se publico la reforma que tuvo una modificación en el limite de la cantidad; para quedar así:

El delito de defraudación fiscal se sancionara con prisión de tres meses a seis años si el monto de lo defraudado, incluyendo actualización y recargos no excede de NS\$ 100,000.00; la pena será de tres a nueve años de prisión.

Cuando no se pueda determinar

Con esta reforma lo único que se hizo fue actualizar las cantidades a nuevos pesos y reducir el monto base.

B) Artículo 109 del Código Fiscal de la Federación.

En el Diario oficial de al federación del jueves 19 de enero de 1967, se estableció en el artículo 72 la defraudación fiscal específica:

Artículo 72.- La pena que corresponda al delito de defraudación se impondra también, a quien:

I.- Mediante la simulación de actos jurídicos omita total o parcialmente el pago de los impuestos a su cargo.

II.- Consigne en las declaraciones que presente para fines fiscales, ingresos o utilidades menores que los realmente obtenidos, o deducciones falsas.

III.- Proporcione con falsedad a a las autoridades fiscales que lo requieran, los datos que obren en su poder y que sean necesarios para determinar la producción, el ingreso gravable o los impuestos que cause.

IV.- Oculte a las autoridades, total o parcialmente, la producción sujeta a impuestos o el monto de las ventas.

V.- No expida los documentos en los que deba acreditarse el pago de un impuesto mediante la fijación de estampillas.

VI.- Como fabricante, importador, comerciante o expendedor haga circular productos sin el timbre o el marbete que deban llevar.

VII.- No entere a las autoridades fiscales dentro del plazo de requerimiento que se le haga, las cantidades que haya retenido o recaudado de los causantes, por concepto de impuestos.

VIII.- Registrar sus operaciones contables con distintos asientos o datos, aun cuando se trate de libros autorizados.

IX.- Destruya, ordene o permita la destrucción total o parcial, dejándolo ilegibles, de los libros de contabilidad que prevengan las leyes mercantiles o las disposiciones fiscales.

X.- Utilice pastas o encuadernaciones de los libros a que se refiere la fracción anterior para subsistir o cambiar las paginas foliadas.

En el Diario oficial del jueves 31 de diciembre de 1981, aparecía el nuevo artículo que establecería la defraudación específica:

Artículo 109.- Será sancionado con las mismas penas que el delito de defraudación fiscal, quien:

I.- Consigne en las declaraciones que presente para efectos fiscales, ingresos menores a los realmente obtenidos o deducciones falsas.

II.- Omita enterar a las autoridades fiscales, dentro del plazo que la ley establezca, las cantidades que por concepto de contribuciones que hubiere retenido o recaudado.

III.- Se beneficie sin derecho de un subsidio o estímulo fiscal.

En el Diario oficial del 28 de diciembre de 1989, se adiciono la cuarta fracción del artículo 109 para quedar como sigue:

Artículo 109.- Será sancionado

I.-.....

II.-.....

III.-.....

IV.- Realice dos o mas actos relacionados entre ellos con el único propósito de obtener un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal.

En el Diario oficial del 26 de diciembre de 1990, se adiciono una quinta fracción del artículo 109 quedando de la siguiente manera:

Artículo 109.- Será sancionado

I.-.....

II.-.....

III.-.....

IV.-.....

V.- Sea responsable por omitir presentar, por mas de seis meses, la declaración de un ejercicio que exijan las leyes fiscales, dejando de pagar la contribución correspondiente. Es aplicable a esta fracción lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo anterior.

En el Diario oficial del 20 de diciembre de 1991 se reformo el artículo 109 en su fracción primera para quedar de esta manera:

Artículo 109.- Será sancionado.....

I.- Consigne en las declaraciones que presente para efectos fiscales, deducciones falsas o ingresos menores a los realmente obtenidos o determinados conforme a las leyes. En la misma forma será sancionada aquella persona física que perciba dividendos, honorarios o en general preste un servicio personal independiente o este dedicada a actividades empresariales. cuando realice en un ejercicio fiscal erogaciones superiores a los ingresos declarados en el propio ejercicio y no compruebe a la autoridad fiscal el origen de la discrepancia en los plazos y conforme al procedimiento señalado en el artículo 75 de la Ley del impuesto sobre la renta.

II.-.....

III.-.....

IV.-.....

V.-.....

3.3 EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL

Como introducción al presente capítulo iniciaremos con el análisis e interpretación del término "*Delito Fiscal*"; Debido esto a que es la denominación y encuadramiento de la conducta delictiva que estamos estudiando en el presente capítulo.

La Ley penal nos suministra la definición formal del *Delito*. Este es el acto u omisión que sancionan las leyes penales (Art. 7); La doctrina ha criticado mucho esta definición, diciendo que carece de los elementos que constituyen la esencia del mismo acto delictivo; por su parte Jiménez de Asúa nos dice que:

"Es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". Para Cuello Calón es "la acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con la pena". Celestino Porte Petit elabora también su definición: "Es una conducta típica, imputable, antijurídica, culpable, que requiere a veces alguna condición objetiva de punibilidad y punible"⁹³, sin embargo, una definición descriptiva, puede acumular datos o propiedades de la cosa definida, pero esos datos y propiedades han de ser tales que sean propios del objeto que se define o se relacionen con el de manera que, a través del tiempo y del espacio no se vuelvan

⁹³Cortes Ibarra Miguel. Op. Cit. p. 50.

obsoletos es por ello que solamente diremos que el "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".⁹⁴

La palabra *Fiscal* proviene del termino fisco, cuya definición a variado a través de la historia y que partiendo de su aceptación latina "fiscus; Que significa "cesta de mimbre", cesta que los romanos utilizaban para guardar el dinero, llega a su sinónimo de erario, tesoro publico que se destinaba para sufragar los gastos del Estado con la finalidad de dar cumplimiento a sus obligaciones que le están conferidas."⁹⁵

Entonces cuando hablamos de la denominación "De los delitos fiscales" entendemos que dentro de su contenido se enumeran las distintas conductas ilícitas contra el fisco, que dañan el tesoro publico; y donde se contempla el delito de defraudación fiscal.

El delito de defraudación fiscal es un delito exclusivo del derecho tributario, ya que esta figura esta fuera del código penal y de la legislación vigente sobre delitos del orden común.

Este delito prevé un daño, mediante una acción u omisión de cualquier indole, encaminada a evitar en todo o en parte el cumplimiento de una obligación fiscal;

Ya vimos anteriormente que el delito de defraudación fiscal aparece en nuestro código en fecha reciente, ya que anteriormente se procedía en contra

⁹⁴Tena Castellanos, Fernando. Op. Cit. p. 133.

⁹⁵De la Garza, Sergio. Op. Cit. p. 81.

del causante con fundamento en el fraude, que se encuentra consignado en el código penal, ya que este tipo no exigía cualidades especiales en el sujeto pasivo, y el fraude contra la hacienda pública quedaba comprendido dentro de la figura del fraude genérico.

Por otra parte se critica el termino -De los delitos fiscales-, en el sentido de que en la mayoría de los delitos encontramos la preposición -contra-, la cual indica hacia que bien jurídicamente tutelado va dirigida la conducta prevista por los tipos, es decir, cual es el bien jurídicamente tutelado por la norma, ya que sin esta preposición debemos de recurrir al contenido del titulo y de sus normas para saber cual es el bien jurídicamente protegido.

Don Manuel Rivera Silva,⁹⁶ expone que si bien se mejoro con la reforma, ya que anteriormente se consignaba bajo el titulo -De los delitos-, situación que por su extrema amplitud dejaba sin connotación precisa el sentido de los preceptos, la falta de un rubro en el que se incluyera la preposición -contra-, hizo que la interpretación al titulo -De los delitos fiscales- nos llevara al absurdo de hacer pensar que se trata también de delitos cometidos por el fisco y no simplemente contra el fisco. Situación que si bien para los especialistas en la materia resulta no solo absurda sino también ilógica, no lo es para la gente que desconozca el tema pero que, sin embargo, es sujeto de régimen fiscal.

Haremos un análisis del artículo 108 del código fiscal que prevé el delito de defraudación.

⁹⁶Rivera Silva, Manuel. Derecho Penal Fiscal. Ed. Porrúa, México, 1984, p. 6.

El Artículo 108.- "Comete el delito de defraudación fiscal quien con uso de engaños o aprovechamiento de errores, omite total o parcialmente el pago de alguna contribución u obtenga un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal."

Del presente artículo se desprenden 3 elementos, a saber:

- a) El engaño o aprovechamiento del error
- b) Omite total o parcialmente el pago de alguna contribución u obtener un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal: y
- c) Una relación entre los dos elementos señalados.

a) El primer elemento se refiere al engaño inducido, el cual requiere de una acción consciente para hacer llegar a una persona a un conocimiento falso de la realidad, de tal manera que el sujeto pasivo se convence de los hechos, mismos que en verdad son falsos, el engañador (contribuyente) suma elementos inexistentes a una realidad, la cual se modifica con el fin de que el engañado (Fisco) tome como realidad algo que no lo es.

Por aprovechamiento del error, pasa algo similar, ya que aquí la conducta es omisiva, es decir, el sujeto pasivo en una interpretación de los hechos reales se forma una imagen que no corresponde a la realidad y el sujeto activo enterado de esta falsa apreciación lo aprovecha para obtener un propósito o fin por el perseguido y el cual le reportara beneficios.

Para entender esto citaremos la presente jurisprudencia:

DEFRAUDACIÓN FISCAL NO CONFIGURADA.

"La defraudación fiscal mediante engaño o aprovechamiento del error. implica el aprovechamiento del error de la autoridad o el engaño en el que se le hace caer, lo que no ocurre cuando se trata de actos de mera omisión. (Semanario Judicial de la Federación. época 7ª. v 57, p 17.)"

Entonces tanto en el engaño como en el aprovechamiento del error, existe una conducta del sujeto activo para obtener un beneficio, aprovechándose del falso conocimiento que tiene de la realidad el sujeto pasivo.

b) El segundo elemento contiene dos hipótesis, una relacionada con las contribuciones y otro con un beneficio indebido que cause perjuicio: por lo que respecta a las contribuciones debemos citar el artículo 2º del mismo ordenamiento, en donde se mencionan como contribuciones los impuestos, aportaciones de seguridad social y los derechos, de esta manera la falta de pago total o parcial de alguno de estos renglones que comprenden las contribuciones constituirá la hipótesis delictiva.

En la segunda hipótesis se dice que obtenga un beneficio en perjuicio del fisco federal, de lo que podemos decir que todo aquel que obtenga una ventaja o ingreso económico en su patrimonio afectando el patrimonio del Estado constituirá el delito, sin importar los medios que se ocupen para lograr tal propósito, ya que la ley no establece nada al respecto.

c) El tercer elemento nos dice que debe haber una causalidad para que tipifique el delito, pues si faltare el vínculo entre el engaño o aprovechamiento

en el error con el beneficio económico, impide hacerse presente la defraudación, es decir, la falta entre la conducta y el efecto que es un daño.

EL segundo párrafo del artículo 108 establece:

"El delito de defraudación fiscal se sancionara con prisión de tres meses a seis años si el monto de lo defraudado no excede de \$100,000.00; cuando exceda de esta cantidad la pena será de tres a nueve años de prisión."

El párrafo tercero del artículo 108 establece:

"Cuando no se pueda determinar la cuantía de lo que se defrauda, la pena será de tres meses a seis años."

Aquí parece que el legislador no quiso dejar fuera ningún supuesto y aunque no se determine la cuantía se le impone una pena, la cual por cierto es la pena mínima, en relación con la anterior fracción.

El cuarto párrafo del artículo 108 establece:

"No se formulara querrela si quien hubiere omitido el pago de la contribución u obtenido el beneficio indebido conforme a este artículo, lo entera espontáneamente con sus recargos antes de que la autoridad fiscal descubra la omisión o el perjuicio, o medie requerimiento, orden de visita o cualquier otra gestión notificada por la misma, tendiente a la comprobación del cumplimiento de las disposiciones fiscales."

Al respecto diremos que la no formulación de la querrela implica una imposibilidad para la persecución del delito, para lo cual se exige:

Primero que se haga entrega de lo omitido con los correspondientes recargos; y segundo que esta entrega sea espontanea, es decir, que no se haya dado cuenta por cualquier medio de notificación que la secretaria tenga previsto para ello.

EL quinto párrafo del artículo 108 establece:

"Para los fines de este artículo y del siguiente, se tomara en cuenta el monto de las contribuciones defraudadas en un mismo ejercicio fiscal, aun cuando se trata de contribuciones diferentes y de diversas acciones u omisiones."

Del contenido del texto anterior se determina que en la querrela se tomaran en cuenta el monto de las contribuciones defraudadas en un mismo ejercicio fiscal, aun cuando se trate de contribuciones distintas, sin embargo, esto no significa que se restrinja la acción a un solo ejercicio, si no que se especifique y determine el ejercicio fiscal, de tal manera que podemos ejercer la querrela por diversos ejercicios fiscales.

El artículo 109 del mismo ordenamiento establece las que son tres figuras equiparables al delito de defraudación fiscal, de esta manera se establece que:

"Será sancionado con las mismas penas del delito de defraudación fiscal, quien:"

"I Consigne en las declaraciones que presente para efectos fiscales, ingresos menores a los realmente obtenidos o deducciones falsas."

Por lo que toca a esta primera fracción suena razonable tal equiparación, ya que estamos hablando de la omisión y el engaño en las obligaciones fiscales o de contribución, ya que al consignarse las declaraciones con ingresos menores, se esta afectando directamente el patrimonio del fisco, ocasionando una omisión en el pago del impuesto que es lo mismo que la defraudación; ahora bien en la segunda hipótesis se habla de deducciones falsas, en el supuesto de que se presentaron las declaraciones correspondientes, pero estas no son exactas, es decir, no son acordes con las que realmente se produjeron, de tal manera que se esta engañando al fisco.

El artículo 109 establece:

"II Omite enterar a las autoridades fiscales dentro del plazo que la ley establezca, las cantidades que por concepto de contribuciones hubiere retenido o recaudado."

En la segunda fracción hablamos de una hipótesis, la cual es no enterar de las contribuciones dentro del lapso de tiempo establecido por el fisco para ello, es decir, la ley establece un termino legal de tiempo, para que se lleven acabo las actividades por el establecidas, y cuando no se llevan acabo estas actividades ante el fisco, en esta caso el pago de las cantidades a que tiene derecho, se le causa un perjuicio económico, daño que se estima igual al producido por la defraudación.

El artículo 109 establece:

"III Se beneficie sin derecho de un subsidio o estímulo fiscal."

En cuanto a los que establece esta fracción decimos que el subsidio es una ayuda extraordinaria concedida para el logro de algunos fines benéficos y el estímulo es cierta ayuda que se brinda para incitar a la actuación o funcionamiento de una empresa. En los dos casos lo que se intenta es obtener el mejoramiento de un negocio o empresa, pero nunca se otorga para ayudar a un particular, pero si este particular lo utiliza en beneficio propio, ocasiona daños análogos a la defraudación, mediante el engaño.

3.3.1 De Los Delitos Especiales

Es evidente que cuando se piensa en un ordenamiento cuyo principal contenido es la regulación del delito, hablamos del código penal, sin embargo, dentro de nuestra legislación vigente nos encontramos con leyes administrativas que incorporan dentro de su estructura un capítulo referente a las infracciones y sanciones o delitos; considerándose a los mismos ordenamientos como legislación paralela al código penal, constituyendo lo que se considera como las leyes especiales y a sus conductas delictivas en ellas previstas como delitos especiales.

"La doctrina ha considerado más apropiado el término de los delitos especiales, ya que así puede comprenderse cualquier delito

previsto en las diferentes leyes, en cambio la ley especial o la ley penal especial, dan una concepción gramatical mas abundante, comprendiendo aquel ordenamiento jurídico con una jurisdicción propia y limitada y con sanciones determinadas en la propia ley."⁹⁷

En este orden de ideas entendemos por *Delitos Especiales*

"aquellas disposiciones normativas penales que no forman parte del código penal y que tipifican un delito. O bien aquellas disposiciones en las que el sujeto activo o el autor del delito se encuentra en un plano diferente en relación a cualquier otro sujeto del delito"⁹⁸

Ahora bien estas leyes especiales están aceptadas por el artículo 6º del código penal, ya que se refieren a situaciones jurídicas abstractas y determinadas, no contempladas en leyes privadas, ni prohibidas por el artículo 13 de la Constitución Federal, ya que son como antes lo mencionamos, normas impersonales, generales y abstractas.

Por su parte el Dr. Jesús Zamora Pierce en su artículo publicado bajo el título de "Introducción a los Delitos Fiscales" comenta en torno a este tipo de delitos que el código penal tipifica un poco menos de 150 delitos, y las leyes especiales, en número de 47, tipifican mas de 350 delitos.

⁹⁷Acosta Romero, Miguel. et al. *Delitos Especiales*.
ed. 2ª, Ed. Porrúa, México, 1990. p. 9.

⁹⁸Acosta Romero, Miguel. *Op. Cit.* p.10.

Crítica el mencionado autor que pareciera como si los autores de las legislaciones especiales se sintieran satisfechos por realizar una labor bien hecha, completa y exhaustiva, usando el garrote penal como arma máxima para sancionar alguna conducta mencionada en la ley.

Es de comentarse que en el código fiscal de la federación hay aproximadamente 20 tipos penales, y 20 tipos especiales. De esos ilícitos, los que usualmente se han aplicado son el contrabando y la defraudación.

Anteriormente mencionamos que los delitos especiales son aceptados por el código penal, ya que en su artículo 6° como principio de estabilidad establece que: "cuando se cometa un delito contenido en alguna ley especial o tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicara tal ley, observándose en lo conducente las disposiciones generales del código penal."

Relacionado con el anterior ordenamiento, debemos hacer referencia previamente a determinados preceptos del mismo código los cuales están relacionados directamente con el artículo 5 del código fiscal que dice:

"Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a la misma, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa."

Como se puede observar, el artículo en cuestión establece la aplicación estricta, es decir, la interpretación estricta a la fijación de infracciones y sanciones. Al contener el código fiscal en el mismo capítulo supuestos de

infracciones, por lo que resultaría importante exponer la crítica hecha por el Dr. Eusebio González G. de la universidad de Salamanca, España, al mencionado artículo 5º; consistente en el sentido de que la interpretación en un texto se admite o no se admite, pero una vez admitida no se pueden negar los tres resultados en que se puede derivar una interpretación. Esto es, que la interpretación pudiera culminar en un resultado extensivo, restrictivo o estricto; pero no se puede admitir la interpretación en función de un solo resultado.

Para ejemplificar lo anterior tomaremos lo que establece el artículo 31 fracción 4ª de la Constitución, donde resultaría que en sentido estricto, que al establecer tal precepto que es una obligación de los mexicanos la contribución de los gastos públicos, esto implicaría que únicamente los hombres mexicanos estarían obligados a contribuir, excluyendo a las mujeres mexicanas, lo cual es evidentemente absurdo; la interpretación correcta del mencionado artículo es en el sentido de ser extensivo, ya que debemos de interpretarlo como género y no como especie, en tal sentido sería extensible para las mujeres siempre que se encuentren en los supuestos determinados.

Por su parte Margáin comenta al respecto que:

"1.- Las normas de la ley tributaria deben interpretarse en forma armónica y no aisladamente, con el objeto de dar a la ley "una unidad conceptual este su finalidad y su aplicación,

2.- Por su naturaleza específica, deben interpretarse en forma estricta o literal, las normas que señalan el sujeto, el objeto, la base, el momento del nacimiento y del pago del crédito fiscal, las excepciones, las obligaciones, las infracciones y las sanciones.

3.- Cuando un termino tenga mas de una acepción y ninguna de ellas sea legal, debe estarse a su sentido técnico; solo cuando una norma legal de una acepción distinta a la de la ciencia a que corresponde el termino, se estará a su sentido jurídico."⁹⁹

Compartimos estas reglas para la interpretación de las normas tributarias. pero seria bueno agregar que las normas que no se puedan interpretar en forma estricta como lo establece el punto uno de la cita anterior, sea la autoridad competente la que establezca la forma de interpretación de la norma. como lo establece el código fiscal en su artículo 35 que dice:

"Los funcionarios fiscales facultados debidamente podrán dar a conocer a las diversas dependencias el criterio que deberán seguir en cuanto a la aplicación de las disposiciones fiscales,"

3.4 REQUISITOS PARA PROCEDER PENALMENTE POR LOS DELITOS FISCALES

DELITOS FISCALES, REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD EN.

"Los artículos 284 y del código fiscal de la federación no crean requisito alguno de procedibilidad, previo o indispensable para formular la denuncia por los delitos de carácter fiscal, pues solo imponen, particularmente el primero, la obligación a las autoridades a quienes se dirigen, de actuar en orden a facilitar sus funciones al Ministerio Publico,

⁹⁹Margáin Manautou, Emilio. Introduccion al estudio del Derecho Tributario. Ed. Porrúa, México, 1985. p. 153.

como auxiliares de la policía judicial federal, lo que significa que las facultades de esta no se menguan, sino que se complementan con la cooperación de las autoridades hacendarias a que se refiere el código fiscal de la federación, a las que si esta reservada la facultad de declarar que el fisco ha sufrido o pudo sufrir perjuicio, como requisito previo para que se pueda ejercitar la acción penal contra los presuntos responsables de los delitos fiscales previstos por los artículos 247, 270 y 271 del código fiscal de la federación, solo en los casos comprendidos en los anteriores dispositivos legales, es indispensable el requisito de procedibilidad mencionado. (Semanao Judicial de la Federación, época 6ª, v CV, p 54.)"

EL Código fiscal dentro de su capítulo II De los delitos fiscales prevé los requisitos para proceder penalmente contra los delitos fiscales.

El artículo 92.- "Para proceder penalmente por los delitos fiscales previstos en este Capítulo, será necesario que previamente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

I "Formule querrela, tratándose de los previstos en los artículos 105, 108, 109, 110, 111, 112, 114 y 115-Bis."

Por lo que respecta a esta fracción debemos recordar lo estudiado anteriormente en la querrela, reconocida por la ley y la doctrina como uno de los medios iniciadores del procedimiento (requisitos de procedibilidad)

EL artículo 16 Constitucional en su primera parte establece:

"..... No podrá librarse ninguna orden de aprensión o detención a no ser por autoridad judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal"

Por denuncia debemos entender la relación de hechos que se consideran delictuosos, y es rendida por cualquier persona ante el órgano investigador (Ministerio Público), sin embargo, la querrela, por considerarse que se afectan intereses particulares, se sujeta la formulación de la misma a potestad del ofendido o legítimo representante.

Arilla Bas Fernando define al procedimiento como "el conjunto de actos vinculados entre si por relaciones de causalidad y finalidad y regulados por normas jurídicas, ejecutados por los órganos persecutorio y jurisdiccional en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, para actualizar sobre el actor o partícipe de un delito la conminación penal establecida en ley."¹⁰⁰

Rivera Silva lo definió como "el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tiene por objeto determinar que hechos pueden ser calificados como delito, para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente"¹⁰¹

La presentación de la querrela puede presentarse por personas morales:

El artículo 120 del código federal de procedimientos penales, establece:

¹⁰⁰ Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. ed. 14ª, Ed. Kratos, México, 1992. p. 2.

¹⁰¹ Rivera Silva, Manuel. Op. Cit. p. 10.

"No se admitirá intervención de apoderado jurídico para la presentación de denuncias, salvo en el caso de personas morales que podrán actuar por conducto de apoderado general para pleitos y cobranzas. Las querellas formuladas en representación de personas morales, se admitirán cuando el apoderado tenga poder especial para formular querellas, sin que sea necesario acuerdo o ratificación del consejo de administración o de la asamblea de socios o accionistas, poder especial para el caso determinado, ni instrucciones concretas del mandante."

Ahora bien, debemos considerar que la Secretaria de Hacienda es un órgano del Estado y no una persona moral por lo cual al apoderado que es el Procurador Fiscal, no le son exigibles los requisitos señalados en la ley, por lo que tendrá capacidad como cualquier persona para formular denuncias y presentar querellas, y esto encuentra su fundamento en la fracción XXVI del artículo 10º del reglamento interior de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público.

Rivera Silva¹⁰² estima que es un grueso error técnico considerar a la formulación de la querella por parte de un órgano estatal, en este caso de la Secretaria de Hacienda, por las siguientes razones:

- a) Por que la Secretaria de Hacienda y Crédito Público es una Secretaria de Estado y no un particular o persona moral, siendo así imposible

¹⁰²Rivera Silva, Manuel. Derecho Penal Fiscal. Op. Cit. p. 12.

que haga uso de la querrela. La Secretaria de Hacienda y Crédito Publico, maneja bienes que no pertenecen a un particular, sino a la Nación;

b) Por que los delitos a que se refiere el inciso f, se persiguieran por querrela, admitirán perdón, extinguiéndose la acción procesal penal y la ley fiscal consagra el desistimiento, instituto del todo diverso, como se explicara en renglones posteriores; y

c) Porque el ministerio publico no podría iniciar el procedimiento sin la querrela, circunstancia divorciada de las situaciones de facto en las que casi siempre el ministerio publico actúa sin la previa querrela de la Secretaria de Hacienda y Crédito Publico. Lo lógico y jurídico seria que por medio de la denuncia hecha por cualquier sujeto ante el ministerio publico, este pudiera actuar desde luego y no consignar en la ley prevista un "previamente", que solo confunde.

El artículo 92.- "Para proceder penalmente por los delitos fiscales previstos en este Capitulo, será necesario que previamente la Secretaria de Hacienda y Crédito Publico.

I

II Declare que el fisco federal ha sufrido o pudo sufrir perjuicio en lo establecido en los artículos 102 y 115."

En relación con el requisito anterior citamos la presente Jurisprudencia:

DEFRAUDACIÓN FISCAL, FACULTADES DE LA PROCURADURÍA FISCAL DE LA FEDERACIÓN EN MATERIA DE PERJUICIO O POSIBILIDAD DEL MISMO EN EL DELITO DE.

"A la secretaria de hacienda y crédito publico esta reservada la facultad de declarar que el fisco ha sufrido u pudo sufrir perjuicio, para hacer procedente la acción penal tratándose de defraudación fiscal, de acuerdo con el artículo 24 del código fiscal de la federación que entro en vigor en 1939; y en atención a la fracción del artículo 4 de la ley orgánica de la procuraduría fiscal de la secretaria de hacienda y crédito publico, tal declaración de perjuicio o de posibilidad de perjuicio corresponde a la procuraduría fiscal mencionada. (Semanao Judicial de la Federación, época 6ª, v CXXVII, p 12.)"

Los artículos 102 y 115 a los que nos remite esta fracción se refieren, el primero al contrabando y el segundo al apoderamiento de mercancía en el recinto fiscal.

Al respecto aclararemos que en cualquiera de las hipótesis que contempla esta fracción, deberá de tenerse por consumado el acto delictivo, ademas del ilícito deberá causar un daño al fisco federal y la acción recaerá sobre el patrimonio del fisco y no sobre cualquier bien.

El artículo 92.- "Para proceder penalmente por los delitos fiscales previstos en este capítulo, será necesario que previamente la Secretaria de Hacienda y Crédito Publico.

I

II

III Formule la declaratoria correspondiente, en los casos de contrabando de mercancías por las que no deban pagarse impuestos

y requieran permisos de autoridad competente, o de mercancías de tráfico prohibido."

Esta fracción contiene dos hipótesis, la primera se refiere a las mercancías que deben tener un permiso para su importación o exportación, y no precisamente a la omisión del pago de los impuestos, sino a la falta del permiso para realizar cualquier actividad referente a esas mercancías; En la segunda hipótesis se prohíbe cualquier actividad relacionada con mercancías de esta característica, sin que tengamos que entender la falta de pago o permiso relativo, ya que son mercancías con las que no se podrá realizar ningún acto de comercio.

El primer párrafo del artículo 92 en comentario establece lo siguiente:

"En los demás casos no previstos en las fracciones anteriores, bastara la denuncia de los hechos ante el Ministerio Público Federal."

El segundo párrafo del artículo 92 en comentario establece lo siguiente:

"Los procesos por delitos fiscales a que se refieren las tres fracciones de este artículo se sobreseerán a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuando los procesados paguen las contribuciones originadas por los hechos imputados, las sanciones y los recargos respectivos, o bien estos créditos fiscales queden garantizados a satisfacción de la propia Secretaría. La petición anterior se hará discrecionalmente, antes de que el Ministerio Público Federal formule conclusiones y surtirá efectos respecto de las personas a que la misma se refiera."

Como primera observación a este párrafo, comentaremos que pareciera indicar que una vez cubiertos los adeudos fiscales y sus accesorios, la autoridad judicial no continuara con el proceso, por petición de la secretaria de hacienda, sin embargo, cabe preguntarse si dicha petición se presenta con carácter de autoridad, lo cual no es posible ya que debemos recordar que la secretaria funge en el proceso penal en un plano de igualdad con respecto al inculpado, y que tal petición no es otra cosa que su desistimiento a continuar con el proceso, lo cual nos lleva a decir por ultimo que la autoridad fiscal contempla algunas hipótesis para otorgar el perdón al inculpado, y que se vale del proceso penal para cobrar sus adeudos fiscales, situación criticable, porque sentimos que se desvirtúa la naturaleza del proceso penal, y confirma la idea de no ser necesario tener figuras mixtas (delito-infracción).

En relación con el comentario anterior presentamos la presente tesis:

CONTRABANDO, DELITO DE, PAGO DE LOS DERECHOS OMITIDOS POR LA MERCANCÍA IMPORTADA, NO RELEVA DE RESPONSABILIDAD PENAL, SI NO RECAE EL DESISTIMIENTO EXPRESO DE LA AUTORIDAD FISCAL.

"De acuerdo con el artículo 92 fracción III, párrafo tercero del código fiscal de la federación, los procesos por los delitos fiscales a que se refiere el citado precepto, se sobreseerán a petición de la secretaria de hacienda y crédito publico cuando se paguen las contribuciones originadas por los hechos imputados, las sanciones y los recargos respectivos; sin embargo, aun cuando se cubran tales derechos, ello no beneficia al infractor, dado que la petición de sobreseimiento es una facultad discrecional de la mencionada secretaria, por lo que si no existe tal petición expresa de

sobreseimiento, no beneficia al procesado el hecho de haber liquidado los impuestos omitidos. (Semanao Judicial de la Federación, época 8ª, t III Segunda Parte-I, Tesis 87, p 222.)"

Dentro del proceso penal pueden ser muy variadas las formas de darlo por terminado, la mas normal es con sentencia ejecutoria, sin embargo, el proceso no siempre llega a esa fase conclusoria, ya que existen otras formas que la doctrina clasifica como anormales, entre las que se comprende al sobreseimiento, mismo que se define por lo autores así:

Sobreseimiento: del latín *supersedere; cesar, desistir*. "Es la resolución judicial por la cual se declara que existe un obstáculo jurídico o de hecho que impide la decisión sobre el fondo de la controversia."¹⁰³ es decir, le pone fin anticipadamente, de manera condicionada o irrevocable, al proceso penal.

Mario A Oderiego afirma : " el sobreseimiento es la resolución judicial que ordena la interrupción libre y definitiva o condicional del normal desarrollo del proceso penal, en su marcha hacia la sentencia definitiva.

Niceto Alcalá Zamora y Castillo, y Ricardo Levene, al igual que Claria Olmedo Jorge, aseguran que: El sobreseimiento es el pronunciamiento jurisdiccional que impide definitiva o provisionalmente la acusación o el plenario, en consideración a causas de naturaleza sustancial expresamente previstas en ley, sin que ello signifique una verdadera sentencia, en atención a su contenido."¹⁰⁴

¹⁰³Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico. Op. Cit. p. 2937.

¹⁰⁴Oderiego, Mario, citado por Collin Sánchez, Guillermo. Op. Cit. p. 607.

Por su parte el diccionario del derecho procesal penal agrega respecto de las definiciones del sobreseimiento que: "este se resuelve ciertamente en una resolución judicial, pero no es en si mismo únicamente una resolución judicial. El sobreseimiento es una situación procedimental irregular, un estado anormal del proceso, motivado por ciertas causas (muerte del inculpado, amnistía, etc.) que le impiden o hacen innecesario que llegue a su fin, cuestiones estas que cuando se presentan durante la marcha del proceso, obviamente, habrán de ser consideradas por el juez en una resolución de sobreseimiento, pero sin que se confunda la causa (anomalía procesal) con su efecto (auto de sobreseimiento)".¹⁰⁵

De acuerdo al contenido del presente precepto se requiere para que surta efectos el sobreseimiento el pago de las contribuciones, sanciones y recargos, o bien que sean garantizados; actividades que no representan problema por ser el monto de la garantía o pago resultado de una operación matemática, llenados estos requisitos exigidos por ley procede la solicitud del sobreseimiento ya que la palabra "discreción" no tiene cabida en el derecho penal que es de estricta aplicación.

Los sujetos de la relación jurídica procesal podrán presentar la solicitud, como lo es el ministerio público, el defensor y el procesado, y el órgano jurisdiccional, lo decretara de plano sin substanciación alguna, de lo que se puede concluir que el sobreseimiento puede decretarse de plano o a petición de parte;

¹⁰⁵Díaz de León. Op. Cit. p. 2134.

El artículo 298 del código federal de procedimientos penales, en su fracción VIII parte final establece que: "En los casos de sobrecimiento siempre será el juez el que decida si procede o no."

Rivera Silva ¹⁰⁶señala algunas hipótesis que se pueden dar al respecto, de lo que se entiende por sobrecimiento.

"I Por sobrecimiento se trata de indicar otorgamiento del perdón, pues fácil es esperar que si para la persecución de ciertos delitos se establece el requisito de procedibilidad de la querrela, cabe la procedencia del instituto del perdón, de acuerdo con lo establecido en el artículo 93 del código penal federal. la interpretación anterior es inadmisibles, en primer termino, porque como ya señalamos. la facultad de perdonar, únicamente se concede a los particulares y no ha una secretaria de estado y, en segundo, porque dados los términos de ley, el perdón también procedería en los delitos que no requieren querrela para la iniciación del procedimiento, como son los previstos en las fracciones II y III del artículo 92 del código fiscal, resultando así, con indiscutible quebranto de la doctrina y de los lineamientos generales de nuestro derecho penal, una extinción de la responsabilidad penal en los delitos no perseguibles por querrela necesaria."

Con respecto a esta hipótesis considero oportuno afirmar que la existencia del perdón del ofendido es una institución que esta claramente condicionada con la querrela, y no se justifica que la Secretaría de Hacienda por no ser

¹⁰⁶Op. Cit. p. 18.

particular no haga uso de ella, ya que los órganos del Estado están facultados para gestionar sus actos ante una autoridad judicial, en un plano de igualdad y de subordinación, por otra parte, no es lo mismo el perdón del ofendido, que la amnistía o el indulto.

Ya que la *Amnistía* significa olvido del delito a título general; es decir, se dan los hechos por no realizados y por lo mismo no se conservan los antecedentes, entonces la amnistía "extingue la acción penal como las sanciones impuestas(excepto la reparación del daño)"¹⁰⁷; El artículo 73 fracción XXII, establece: El Congreso de la Unión tiene facultad para: conceder amnistía por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la federación.

El *Indulto* se concede a título particular por sanción impuesta, es decir, por sentencia irrevocable, por lo que diremos que con esta institución se produce la extinción de la pena (excepto la reparación del daño), y esta se otorga por el ejecutivo tal y como lo establece al artículo 86 donde establece que son facultades y obligaciones del presidente de la república la de conceder, conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de competencia de los tribunales federales y los sentenciados por delitos del orden común en el Distrito Federal; además debemos decir que con diferencia a la amnistía, aquí no desaparece el tipo delictivo ni sus efectos. solamente se extingue la pena.

¹⁰⁷Cortes Ibarra, Miguel. Op. Cit. p. 450.

"II La solicitud de sobreseimiento debe equipararse a un desistimiento equivalente a la abdicación del derecho persecutorio, que por exigencia constitucional, es propia del ministerio publico. y por ende, no puede desistirse de un derecho quien no es titular del mismo.

En resumen, si la solicitud de sobreseimiento no puede ser perdón ni desistimiento, queda sin correcto contenido jurídico tal sobreseimiento."¹⁰⁸

El tercer párrafo del artículo 92 en comentario establece lo siguiente:

"En los delitos fiscales en que sea necesaria querrela o declaratoria de perjuicio y el daño o el perjuicio sea cuantificable, la Secretaria de Hacienda y Crédito publico hará la cuantificación correspondiente en la propia querrela o declaratoria. La citada cuantificación solo surtirá efectos en el proceso penal. Cuando el termino medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito imputado no exceda de cinco años, para conceder la libertad provisional, el monto de la caución que fije la autoridad judicial comprenderá, en su caso, la suma de la cuantificación antes mencionada y las contribuciones adeudadas, incluyendo actualización y recargos, que hubiera determinado la autoridad fiscal a la fecha en que se promueve la libertad provisional: La caución que se otorgue en los términos de este párrafo no sustituye a la garantía del interés fiscal."

¹⁰⁸Rivera Silva, Manuel. Op. Cit. p. 18.

Este párrafo señala que será necesario la presentación de la documentación que determine el monto del perjuicio, esto tiene como finalidad enterar al órgano investigador de la gravedad del ilícito, este monto también sirve para resolver la procedencia o no de la libertad caucional; además de ser el documento un elemento de prueba importantísimo para determinar si ejercita o no la acción penal.

Comentaremos que la validez penal que tiene la cuantificación como instrumento, se ha discutido su fuerza probatoria, sin embargo, podemos decir que estos hacen prueba plena, ya que son documentos expedidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, entonces tales documentos revisten la calidad de públicos.

El código federal de procedimientos penales en su artículo

281 establece: "Los documentos públicos harán prueba plena, salvo el derecho de las partes de redarguirlos de falsedad y para pedir su cotejo con los protocolos o con los originales existentes en los archivos."

Y en su artículo 280 establece: "Son documentos públicos los que señale como tales el código federal de procedimientos civiles o cualquiera otra ley federal."

El cuarto párrafo del artículo 92 en comentario establece lo siguiente:

"En caso de que el procesado hubiere pagado o garantizado el interés fiscal, a entera satisfacción de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la autoridad judicial, a solicitud del procesado,

podrá reducir hasta en un 20% el monto de la caución, siempre que existan motivos o razones que justifiquen dicha resolución."

Por lo que toca ha este párrafo y a la parte concerniente del anterior, se critica la intervención de las autoridades administrativas en fijar reglas, concernientes a una institución penal como lo es la *libertad condicional*, ya que el código penal, prevé claramente los supuestos y los casos en que procederá la libertad condicional; tal parece que todas estas reglas van encaminadas a recuperar los adeudos fiscales, y utilizar el proceso penal como un medio coactivo de cobro, desvirtuando la verdadera naturaleza del proceso penal.

Con respecto a la procedencia de la libertad condicional se presentan las siguiente tesis y jurisprudencia que confirma lo establecido por el código fiscal:

**CONDENA CONDICIONAL EN MATERIA DE DELITOS
FISCALES.**

"Para que proceda la condena condicional en materia de delitos fiscales, además de satisfacer los requisitos señalados por el código penal federal, deberá acreditarse que el interés fiscal está satisfecho o garantizado, y este interés fiscal comprende los impuestos eludidos y las sanciones administrativas correspondientes. (Semanario Judicial de la Federación, época 6ª, v LXXV, p 14.)

TRATAMIENTO EN SEMILIBERTAD EN LOS DELITOS FISCALES, SE REQUIERE PARA DISFRUTAR DE TAL BENEFICIO. LA COMPROBACIÓN DE HABER SATISFECHO O GARANTIZADO EL INTERÉS FISCAL ADEUDADO.

"Si bien es cierto que para la procedencia de la sustitución de prisión por el beneficio de tratamiento en semilibertad, únicamente se requiere que el sentenciado, además de no ser merecedor a una pena mayor de tres años de prisión, reúna los extremos señalados en la fracción I, incisos a) y c), del artículo 90 del código penal federal (que se refiere a la condena condicional), también lo es que el artículo 101 del código fiscal de la federación, establece para la procedencia de su otorgamiento, la comprobación de que el interés fiscal se encuentre satisfecho o garantizado, de donde se desprende que para el ahora quejoso disfrute de ese beneficio, será necesario acreditar tal extremo; ello obedece al hecho de que en el orden fiscal de acuerdo con el artículo 9 de este ordenamiento legal, la autoridad judicial se encuentra impedida para imponer sanciones pecuniarias, por lo que, al no condicionar el beneficio de tratamiento en semilibertad, se otorga de hecho la libertad al sentenciado, careciendo de significación jurídica el proceso penal, así como la sentencia condenatoria con que culminó este. (Semanao Judicial de la Federación, época 8ª, I VII JUNIO, tesis I. 3ª, p. 454.)"

Continuando con lo que establece el artículo 92 en comento nos dice:

"Se consideran mercancías los productos, artículos y cualesquiera otros bienes, aun cuando las leyes los consideren inalienables o irreductibles a propiedad particular."

"El monto de las cantidades establecidas en este capítulo, se actualizarán en el mes de enero de cada año, con el factor de actualización correspondiente al periodo comprendido desde el mes de diciembre del penúltimo año al mes de diciembre del último año inmediato anterior a aquel por el cual se efectúa el cálculo, de conformidad con el procedimiento a que se refiere el artículo 17-A de este código."

En este párrafo se establecen las formas de actualizar los montos que se encuentren pendientes de pago o los causados por alguna infracción violada

Por otro lado también relacionado con nuestro estudio, el código fiscal de la federación, en su artículo 95, determina como responsables de los delitos fiscales y por tanto de la defraudación fiscal en cualquiera de sus formas, a quienes:

- I Concierten la realización del delito.
- II Realicen la conducta o el hecho descritos en la Ley.
- III Cometan conjuntamente el delito.
- IV Se sirvan de otra persona como instrumento para ejecutarlo.
- V Induzcan dolosamente a otro a cometerlo.
- VI Ayuden dolosamente a otro para su comisión.
- VII Auxilien a otro después de su ejecución, cumpliendo una promesa anterior."

El artículo 96 del mismo ordenamiento, establece: "la responsabilidad por encubrimiento en los delitos fiscales a quien, en términos generales, ayude al inculpaado sin haber participado en el delito."

El artículo 98 del código fiscal a su vez prevé la tentativa de los delitos como punible cuando la resolución de cometer un hecho delictivo se traduce en un principio de su ejecución o en la realización total de los actos que debieran producirlo, si la interrupción de estos o la no producción del resultado se debe a causas ajenas al agente, se sanciona con prisión de hasta los dos terceras partes de la que corresponda por el delito de que se trate.

Si el actor se desiste de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá sanción alguna, a no ser que los actos ejecutados constituyan por si mismos delitos.

En el artículo 99 del código fiscal se establece el concepto de delito continuado, "cuando se ejecute con pluralidad de conductas o hechos, con unidad de intención delictuosa o identidad de disposición legal, incluso de diversa gravedad."

La pena podrá aumentarse por una mitad mas de la que resulte aplicable.

El artículo 100 del código fiscal nos establece la prescripción de la acción penal, de esta manera en los delitos que se persigan a petición de la Secretaria, prescribirá en tres años, contados a partir del día que la Secretaria tenga conocimiento del delito y del delincuente; y si no lo tiene, en cinco años, que se computaran a partir de la fecha de la comisión del delito.

CAPITULO IV

EL PERDÓN DEL OFENDIDO EN EL
DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL

4.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Durante el desarrollo de la presente tesis, hemos venido exponiendo y explicando los dos elementos que componen nuestro tema, como son: El *perdón del ofendido* y el *delito de defraudación fiscal*, una vez que hemos entendido estos dos elementos, presentaremos en el presente capítulo algunos argumentos a favor de que se instaure y regule la procedencia de la figura del perdón del ofendido en los delitos fiscales, no sin considerar que sería mejor que se sancionara este hecho como infracción o como delito, y dejara de ser una figura mixta.

Los argumentos que presentaremos en este capítulo van encaminados a dejar clara la diferencia que existe entre la infracción y el delito, desde su naturaleza, el órgano que los sanciona y la misma sanción o pena; y esto nos ayudara para determinar si el delito cumple mejor la función que la infracción, recordando que la autoridad lo ocupa mas como medio de presión para obtener los ingresos y sus accesorios que le son adeudados y no como un castigo, siendo el motivo por el que pugno que se establezca dentro del código fiscal de la federación el perdón del ofendido y los casos en que se otorgara, a fin de que se beneficie a todo aquel que quiera pagar y no nada mas a los que tengan una mejor posición económica; estableciéndose dentro de las hipótesis de procedencia una forma de pago o garantía parcial para liquidarse en un plazo mayor, plazo que será acorde a las condiciones del contribuyente deudor.

4.2 EL PRINCIPIO "NON BIS IN ÍDEM" EN MATERIA FISCAL

El artículo 23 constitucional ha consagrado el principio conocido por la doctrina como "*Non Bis in Ídem*", que formula diciendo: "*Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene*"

Para entender bien este principio estableceremos lo que significa ser juzgado.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación es juzgado únicamente aquel cuyo proceso termina por sentencia ejecutoria. La Corte sostiene este criterio en tesis de jurisprudencia definida 135 (Apéndice 1917-1954, p. 303) que dice:

"Artículo 23 Constitucional implica que fue fenecido un juicio por sentencia ejecutoriada, no se podrá intentar de nuevo la acción criminal por el mismo delito y contra la misma persona, ya sea que el fallo correspondiente absuelva o condene al reo; de modo que solo existe la transgresión del repetido artículo 23 Constitucional en el caso de que se haya dictado sentencia irrevocable, pero si tal sentencia no se dicto, nada impide que se abra de nuevo proceso, en donde se dicte resolución firme."

El problema del alcance de esta garantía en el campo tributario, ha surgido principalmente en torno a que los mismos hechos u omisiones constituyen a la

vez, delitos e infracciones fiscales, como sucede en el contrabando y la defraudación fiscal, entre otros. Casos en los que se da pie a dos procedimientos sancionarios; uno ante la autoridad administrativa, para constatar y sancionar la infracción y otro ante las autoridades judiciales para la comprobación y castigo del delito.

Al respecto el código fiscal de la federación establece en su artículo

70.- 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.

También el 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.

En cuanto al tema se presentan dos tesis que a continuación exponremos.

4.2.1 Tesis que sostienen que no hay violación Constitucional.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Tribunal Fiscal de la Federación admiten que existe tal duplicidad,

considerando que son independientes el procedimiento judicial y el administrativo, mismos que son instruidos para sancionar la misma transgresión.

Las resoluciones de la Suprema Corte, dictadas en los últimos treinta años en relación con esta materia, se han referido a los siguientes aspectos que queremos destacar, para su mejor comprensión, aunque están estrechamente relacionados entre si:

"a) EL pago de los derechos adicionales que preveía la antigua legislación de aduanas (equivalente a las multas a que se refieren las disposiciones aduanales posteriores), no puede considerarse como imposición de una pena, sino corresponde a la reparación del daño y, por tanto, es análoga a la responsabilidad de orden civil. (Sem. Jud. Fed. Tomos XXII, p. 930; XXIV, p. 369; LXXIV, p. 171 y apéndice al Tomo XXXVI, p. 414.).

b) 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 XVIII, p. 307; LXIII, p. 3950 y LXXIV, p. 171)

c) El Proceso penal y el proceso administrativo son independientes entre si y lo resuelto en uno no puede influir en el otro; por tanto, si se sobresee 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 administrativa siga el procedimiento de su competencia. (Sem. Jud. Fed. Tomos XXII, p. 792; LXIII, p. 3950; LXXXVI, p. 76 y tocas 5541/44/1a; 6098/49/2a y 105/57/A, fallados respectivamente el 3 de octubre de 1945, 29 de agosto de 1951 y 24 de febrero de 1959).

d) Solamente el proceso penal es un verdadero juicio y al llevarse a cabo el de orden administrativo, no se viola el artículo 23 Constitucional.

Solamente ha discrepado de la tesis anterior, la Sala Auxiliar de la Suprema Corte, que se ocupo durante los años 1954 y 1955 de cuestiones fiscales.

Por lo que se refiere al Tribunal Fiscal de la Federación, en virtud de que no tiene facultades para resolver cuestiones sobre constitucionalidad de leyes, ni puede dejar de aplicar las que considere inconstitucionales, se ha limitado a seguir la jurisprudencia de la Suprema Corte en este punto, declarando en la resolución plenaria de 2 de mayo de 1938, que puede instruirse un expediente administrativo de contrabando, destinado a determinar las responsabilidades fiscales consiguientes, con independencia del

proceso judicial penal. (Rev. del T.F.F; enero a marzo de 1959, p. 44).¹⁰⁹

El distinguido penalista Manuel Rivera Silva, que intervino en las iniciativas de reforma del título sexto del código fiscal de la federación de 1938, comento en sus artículos 205 y 239 de dicho ordenamiento,

"funda su separación en lo que se llama, siguiendo la doctrina filosófica de Ortega y Gasset, "perspectivismo jurídico", en virtud del cual, "un solo acto, sin merma ni alteración de su idiosincrasia, puede ser contemplado en formas diferentes según sea el ángulo de observación, siendo así posible la concomitancia y concurrencia de un aspecto que conculca las normas necesarias para la buena vida social (aspecto penal) con otro que viola el incumplimiento de las obligaciones impositivas (aspecto administrativo). Estos aspectos son plenariamente diferentes, y su identificación no puede existir en ninguno de sus perfiles, resultando incontrovertible que la estimación jurídica que por otro lado las autoridades fiscales hagan por el aspecto administrativo. la duplicidad de estimaciones no lesiona el principio del artículo 23 constitucional, que prohíbe ser juzgado dos veces por el mismo delito, mas no ser juzgado una vez por lo que de criminal tiene un acto y otra por la infracción administrativa que concurrentemente con el delito puede presentar. Por último, debe indicarse que la duplicidad de estimaciones no hiere el principio de la cosa juzgada, pues la irrevocabilidad de la sentencia penal lo único que impide, como señala Florian, son otros procesos sobre la misma

¹⁰⁹Lomeli Cerezo, Margarita Derecho Fiscal Represivo.
Ed. Porrúa, México, 1992, p. 880.

cosa, de donde nace la exceptio rei judicata, que constituye un impedimento absoluto contra el ejercicio de la acción penal; pero no contra la estimación fiscal (donde no se ejercita la acción penal) que resuelve sobre una licitud administrativa. La sentencia penal sobre lo que establece la verdad legal, es sobre la comisión del delito, la responsabilidad y la pena, y la resolución administrativa que no considera ninguno de esos puntos, puede dictarse sin agravio de la verdad establecida."¹¹⁰

"Eduardo Jolli Iturbide también sostiene que la duplicidad de ilícitos administrativos y criminal no violan el principio del artículo 23 Constitucional, expresa: " Los hechos punibles no conllevan una repetición o duplicidad de sanciones, aun cuando estén previstos como ilícitos en distintos niveles normativos; no se recalifica y penaliza dos veces un mismo hecho, dentro del área penal: la potestad sancionadora y las sanciones que se establecen para la infracción administrativa son distintas de las que se estatuyen para el delito."¹¹¹

García Domínguez, Miguel, hace una crítica a Servando J. Garza, y dice:

"Pensamos, que cuando una infracción fiscal sea simultáneamente delito fiscal, la imposición de sanciones coincidentes, pero diversas, no implica el ejercicio de dos acciones idénticas; ciertamente hay identidad de causa, ya que la misma conducta da origen a las dos acciones; pero no son las mismas

¹¹⁰Rivera Silva, Manuel. citado por Lomeli Cerezo, Margarita. Op. Cit. p. 117

¹¹¹Eduardo Jolli. citado por De la Garza, Francisco. Op. Cit. p. 881.

cosa, de donde nace la *exceptio rei judicata*, que constituye un impedimento absoluto contra el ejercicio de la acción penal; pero no contra la estimación fiscal (donde no se ejercita la acción penal) que resuelve sobre una licitud administrativa. La sentencia penal sobre lo que establece la verdad legal, es sobre la comisión del delito, la responsabilidad y la pena, y la resolución administrativa que no considera ninguno de esos puntos, puede dictarse sin agravio de la verdad establecida."¹¹⁰

"Eduardo Jolli Iturbide también sostiene que la duplicidad de ilícitos administrativos y criminal no violan el principio del artículo 23 Constitucional, expresa: " Los hechos punibles no conllevan una repetición o duplicidad de sanciones, aun cuando estén previstos como ilícitos en distintos niveles normativos; no se recalifica y penaliza dos veces un mismo hecho, dentro del área penal: la potestad sancionadora y las sanciones que se establecen para la infracción administrativa son distintas de las que se estatuyen para el delito."¹¹¹

García Domínguez, Miguel, hace una crítica a Servando J. Garza, y dice:

"Pensamos, que cuando una infracción fiscal sea simultáneamente delito fiscal, la imposición de sanciones coincidentes, pero diversas, no implica el ejercicio de dos acciones idénticas; ciertamente hay identidad de causa, ya que la misma conducta da origen a las dos acciones; pero no son las mismas

¹¹⁰Rivera Silva, Manuel, citado por Lomeli Cerezo, Margarita. Op. Cit. p. 117

¹¹¹Eduardo Jolli, citado por De la Garza, Francisco. Op. Cit. p. 881.

partes, ya que una acción la ejercita el representante social, es decir, el ministerio público y otra el representante de la víctima, esto es, el órgano competente de la administración fiscal, tampoco es el mismo objeto, ya que no se plantea la misma pretensión, pues la acción penal se ejercita para que se condene al delincuente a una pena privativa de libertad; en cambio, la acción administrativa se ejercita para que el infractor se le impongan sanciones pecuniarias, multa y reparación del daño, y la privación de un bien o un derecho."¹¹²

4.2.2 Tesis que sostienen que si existe violación Constitucional.

Dentro de los autores que se pronuncian por la existencia de la violación al principio contenido en el artículo 23 Constitucional encontramos a Servando J. Garza, que señala."¹¹³

"El artículo 23 Constitucional, al establecer que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, responde en materia penal a la excepción de cosa juzgada, porque se refiere a las mismas partes: sujeto pasivo y sujeto activo (Estado); proscribida la dualidad de acciones idénticas (non bis in idem) en las que por tratarse del mismo delito, hay *cadem res* o *petitium*, constituida por la aplicación de la pena e identidad de causa (*cadem causa petendi*), o sea la

¹¹²De la Garza, Sergio F. Op. Cit. p. 346.

¹¹³Lomeli Cerezo, Margarita. Op. Cit. p. 117.

coincidencia del hecho del particular con el supuesto jurídico que forman juntos la *eadem questio*, la idéntica controversia en la causa. Por tanto, se concluye que el artículo 23 contiene un principio que atañe a la esencia del derecho, el de la unicidad de la sentencia. Ahora bien, la ley penal de defraudación impositiva y la ley aduanal, (posteriormente sustituidas por el título sexto del código fiscal de la federación de 1938 y el código aduanero) en cuanto consagran la dualidad de procedimientos en casos de delitos fiscales, se oponen al artículo 23 constitucional y a los principios expuestos. Efectivamente, se advierte en esos procedimientos (judicial y administrativo) que existen¹¹⁴.

a) *Dualidad de juicios*, esto es, el procedimiento que siguen los tribunales federales para aplicar la pena corporal y el procedimiento administrativo que, en el panorama actual de lo contencioso administrativo es ya un juicio, y que concluye con la resolución en que se establece el cobro del impuesto omitido, la aplicación de una sanción típicamente represiva (multa) y la declaración de haberse cometido el delito consignado al Ministerio Público para la incoación del juicio penal.

b) *Idenidad de partes*, a saber el mismo particular, como sujeto pasivo y el Estado como sujeto activo, sin que importe que en un caso aparezca como titular de la acción el ministerio público y en el otro, un organismo administrativo, puesto que ambos son órganos

¹¹⁴ De la Garza, citado por Lomeli Cerezo, Margarita. Op. Cit. p. 119.

del poder Ejecutivo y el primero tiene su origen en la institución romana imperial del abogado del fisco.

c) *Identidad de delitos*. En apariencia, existe una dualidad en materia de delitos, pero en realidad, en uno y otro casos, la normatividad jurídica que se dice violada es idéntica, pues aunque es cierto que son dos acciones, la administrativa y la del ministerio público, en ambas concurre la identidad de supuesto jurídico (que es el hecho u omisión illeitos). Es verdad que hay una diferencia entre la consecuencia que la ley prevé para el aspecto administrativo, que es una sanción pecuniaria y la consecuencia prevista por la norma penal, cuya sanción es corporal, pero esta diferencia es solo de cualidad, no de esencia, porque ambas acciones se identifican en que son represivas y tienen un idéntico supuesto jurídico. Hay plena identidad del fin perseguido por ambas acciones. (eadem res o petitium); es decir, la represión, hay también identidad de la causa petendi, o sea del título de donde emana la acción represiva: el supuesto jurídico, idéntico en ambas normas.

La Suprema Corte en dos jurisprudencias que a continuación expondremos, considera la unicidad del ilícito fiscal, haciendo dependientes la aplicación de la infracción con la existencia del delito, contemplando la identidad de los ilícitos fiscales, y con ello la duplicidad de juicios que es violatoria del artículo 23 constitucional.

DELITOS FISCALES.

"No es exacto que los procedimientos administrativos y judiciales puedan ser independientes, cuando se trata de un delito fiscal, puesto que los derechos y las penas pecuniarias que de esos delitos se derivan, no puede cobrarlos la autoridad administrativa, sin que la judicial haya declarado previamente la existencia del delito; pues el cobro de las responsabilidades no pueden hacerlo las autoridades administrativas, sin justificar la existencia del delito, ante la autoridad judicial, y sin que esta dicte su fallo. (Semanao Judicial de la Federación, época 5ª, t XIX. p. 716)"

DELITOS FISCALES

"Aun cuando es verdad que esta Suprema Corte ha sostenido la tesis de que no pueden ser independientes los procedimientos judiciales y administrativos cuando se trata de delitos fiscales, puesto que los derechos y penas pecuniarias que de los mismos derivan, no pueden ser cobrados por las autoridades administrativa, cuando la judicial no hubiere declarado previamente la existencia del delito, también lo es que por disposición expresa de la Ley Aduanal de 1 de enero de 1930, los jueces y los tribunales que conozcan de los procesos por contrabando y demás infracciones de la ley aduanal, deben respetar escrupulosamente las declaraciones administrativas respecto a derechos aduanales, por ser estos independientes de la sentencia que recaiga en el proceso, la que no puede ocuparse de tales derechos para modificarlos y revocarlos. (Semanao Judicial de la Federación, época 5ª, t XL, p 450.)"

El penalista Efraim Urzúa Macías también sostiene que:

"Si un hecho cae dentro de lo ilícito administrativo y es sancionado por la autoridad competente, es antijurídico que por el mismo hecho se habrá un nuevo procedimiento judicial, sucesiva o simultáneamente, y se imponga una pena, siendo en este aspecto frecuentemente arbitraria la autoridad administrativa y, lo que es más grave tal vicio llega hasta la legislación, como ocurre en México respecto del delito de contrabando y el de defraudación fiscal."¹¹⁵

Coincidentes con el punto de vista del autor anterior la Corte ha sostenido que:

ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL, VIOLACIÓN DEL.

"Aunque la Suprema Corte de Justicia ha resuelto que no puede considerarse violado el artículo 23 constitucional sino en el caso de que sea la autoridad judicial la que haya juzgado y sancionado con anterioridad al hecho que se trata de juzgar y sancionar por segunda vez, no es menos cierto que si al haber conocido la Secretaría de la Economía de las infracciones al reglamento de Trabajos Petroleros, por las que impuso sanciones administrativas, agoto la materia, y por lo mismo, de estas infracciones no debió ocuparse ya la autoridad judicial. (Semanao Judicial de la Federación, época 5ª, t LXXXIII, p 3901.)"

NON BIS IN IDEM.

La garantía del artículo 23 constitucional se refiere a que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ahora bien, se dice que una persona ha sido juzgada cuando se ha pronunciado sentencia irrevocable

¹¹⁵Urzua, Efraim. citado por De la Garza, Francisco. Op. Cit. p. 881.

en el proceso que se le hubiese instruido; pero en manera alguna puede decirse que exista una resolución con la calidad de sentencia irrevocable por el hecho de que administrativamente le haya sido impuesta a la quejosa una multa por la comisión del delito, ya que aparte de que la autoridad administrativa no tenía competencia para conocer del hecho, el que le haya impuesto esa sanción significara una invasión de facultades, pero no que su acuerdo de sancionar un delito impida que la autoridad competente, como es la judicial, conozca y dicte la sentencia correspondiente; pues de aceptarse tal criterio bastaría que en forma arbitraria las autoridades policíacas impusieran multas por hechos delictuosos, para que los mismos quedaran impunes y fuera del alcance del poder jurisdiccional. (Semanao Judicial de la Federación, Época 5ª. t CXV. p.402.)"

Margarita Lomeli Cerezo "también esta a favor de la inconstitucionalidad de esta duplicidad de configuraciones de un mismo hecho, a la vez como contravención y como delito, con el corolario de los dos procesos y las dos sanciones. Sostiene que un hecho u omisión no puede ser a la vez delito y contravención, por que la esencia de ambos es la misma y solo hay una diferencia de grado entre ellos, en relación con su gravedad, por lo que lógicamente debe ser una sola vez la infracción mas grave, es decir, como delito. También sostiene que como la multa tiene carácter represivo y no reparatorio, estas no son reparación del daño, como se quiere hacer a aparecer el procedimiento administrativo y la sanción de multa, constituyendo dos sanciones distintas la multa por la contravención y la cárcel por el delito. También sostiene que

ambos procesos, el administrativo y el judicial, tienen carácter de tales, a pesar de que se afirma lo contrario y los procedimientos son notoriamente similares, así como que la propia suprema corte ha reconocido el carácter de procesos a los procedimientos administrativos similares.¹¹⁶

Atendiendo a las dos tesis expuestas sobre si se viola o no el artículo 23 constitucional, nos inclinamos por los argumentos que sostienen la dualidad de ilícitos respecto a un mismo hecho, con sus correspondientes sanciones y procedimientos, y que contravienen abiertamente el artículo 23 constitucional, ello porque sin ser repetitivo de los argumentos expuestos y atendiendo al siguiente capítulo que nos toca exponer, consideramos además que una conducta no debe ser sancionada como infracción y delito, ya que estas dos figuras de primera impresión presentan una diferencia en razón de la autoridad que las conoce, además del tipo de sanción que se impone de acuerdo a la norma transgredida (gravedad), respecto a esto último consideramos que también influye la naturaleza del bien que se protege por la norma, siendo la infracción la más idónea para sancionar las conductas que se cometen contra la administración, ya que dentro de sus atributos está la de sancionar las conductas que se normaron en su beneficio, para no tener que recurrir a otro órgano del Estado que obligue a obedecer sus normas; otra razón que se impone es la del bien que se protege, que en este caso es el patrimonio del Estado, dejándose observar que si la conducta calificada de ilegal incrementa el patrimonio del infractor afectando el del Estado, es justo que se incremente este último en perjuicio del infractor.

¹¹⁶Lomeli, Margarita. citado por De la Garza. Op. Cit. p. 881.

4.3 EL DELITO Y LA INFRACCIÓN FISCAL.

4.3.1 CLASIFICACIÓN DE LOS ILÍCITOS FISCALES.

La ilicitud consiste en la omisión de los actos ordenados y en la ejecución de los actos prohibidos por el ordenamiento jurídico, es decir, cuando se le señala a una determinada conducta, una consecuencia, el antecedente es una conducta sancionada por el ordenamiento jurídico como ilícito y la consecuencia será siempre una sanción.

"Los ilícitos se han dividido conforme a una clasificación tripartita o de acuerdo ha una bipartita. Según la primera, existen crímenes, delitos e infracciones, a los que se llama contravenciones o faltas; en la fórmula bipartita solo hay delitos e infracciones; normalmente, la manera de distinguir esas categorías es la severidad de las pena, lo que supone la mayor o menor gravedad de las conductas tipificadas en relación con las respectivas sanciones".¹¹⁷

Sin embargo, también se ha pretendido fundar la diferencia entre delitos y faltas en la distinta naturaleza de estas.

"Por razones de naturaleza, se ha afirmado que los crímenes lesionan los derechos naturales, como la vida, la libertad, etc. Los

¹¹⁷Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal, t. III
Ed. Losada, Buenos Aires 1963, p. 128.

delitos violan solo los derechos creados por la sociedad, como la propiedad; y las contravenciones infringen los reglamentos y disposiciones de policía."

"En función de la pena, se dice que los crímenes son castigados con penas infamantes; los delitos con penas correccionales; y las infracciones con penas de policía."¹¹⁸

En México no se habla nada de faltas o de infracciones, dejando esta materia a las legislaciones administrativas y municipales.

Las teorías a propósito de la naturaleza de las infracciones pueden repartirse en tres grupos: a) las que señalan las diferencias ontológicas entre delitos y faltas b) Las que solo encuentran una distinción de mera gravedad. y c) Posición de los que vinculan la existencia de las contravenciones a lo que la ley dice; esto es, que únicamente se hallan separados los delitos de las faltas por lo que tiene dispuesto la ley positiva, negándose la posibilidad de distinguirlos cualitativamente.¹¹⁹

A) Diferencia Ontológica entre delito e infracción.

Este primer grupo se puede a su vez dividir en cuatro subgrupos, basados, respectivamente: **1) En criterios de naturaleza, 2) En la antijuricidad, 3) En el mero riesgo y, 4) En la culpabilidad.**

¹¹⁸Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. p. 131.

¹¹⁹. Jiménez de Asúa. Op Cit. p. 137.

"1) En el primer subgrupo, que basa la distinción en criterios de naturaleza, encontramos a Cesar Beccaria, que clasifica en tres grupos: El primero de ellos está en los que destruyen la seguridad social; en el segundo los que subvierten la seguridad privada; y el tercer grupo se comprenden las acciones contrarias a lo que cada uno está obligado por las leyes a hacer o abstenerse de hacer por consideraciones de bien público. Carmignani dice que en este tercer grupo "aquel original y profundo ingenio había dado la primera definición del delito de policía, distinguiéndolo de los propios y verdaderos delitos, colocados por él en las otras dos clases".¹²⁰

"A este subgrupo pertenece también la escuela Toscana, con Carmignani y Carrara, que llaman transgresiones a las infracciones y que no solo sostiene que por ser estas meras infracciones a las reglas policíacas no lesionan derecho alguno inherente a la naturaleza humana o a la índole de la sociedad, como los delitos, y proclama que, como consecuencia de ello, no ofenden el principio ético universal, por lo que solo reprimen con fin de mera utilidad colectiva; En síntesis, los delitos violan las leyes de seguridad social y las contravenciones solo se refieren a la prosperidad."¹²¹

En las contravenciones no hay daño ni violación del derecho, como en los delitos.

¹²⁰Becaria, Cesar. citado por Jiménez de Asúa. Op Cit p. 137.

¹²¹Jiménez de Asúa. Op Cit. p. 137.

"También integra el subgrupo Anselmo Von Feuerbach, quien considera que los delitos son *mala in se*, en tanto que las infracciones son *mala quia prohibita* y las vincula a la mera desobediencia. Sostiene que hay delito cuando se viola un derecho que ya existe y que la ley solo reconoce; afirma, que la contravención, en cambio, solo existe, desde el momento en que el derecho del Estado a la desobediencia se sanciona con pena."¹²²

"2) En el segundo subgrupo, que vincula a la antijuricidad la diferencia entre delito y contravención, se encuentra Carlos Binding, según el cual las contravenciones no lesionan un bien jurídico, y tan solo son una pura y simple desobediencia de la norma que el Estado se ve en la necesidad de establecer cuando prohíbe un género de conductas, entre las que a veces es difícil diferenciar las realmente perjudiciales de las que no lo son, porque producen muy distintas consecuencias, si bien todas son inconvenientes en general. Esta solución se impone un holocausto a la seguridad jurídica, a la economía probatoria y a la necesidad de que los infractores no escapen a la acción de la justicia."¹²³

"Bernardino Alimena, que integra este subgrupo, afirma que la contravención no tiende solamente a impedir que se cometan delitos, sino que también tiende a impedir otros hechos nocivos que no son delitos; En el delito, la ley presume que el hecho puede inmediatamente causar un daño; en cambio, en la contravención

¹²²Von, Anselmo. citado por Jiménez de Asúa. Op. Cit. p. 138.

¹²³Binding, Carlos. citado por Jiménez de Asúa. Op. Cit. p. 139.

basta la simple dilación de la norma sin que sea necesario demostrar que el daño habría podido ocasionarse realmente; no es posible encontrar otra diferencia".¹²⁴

"De manera muy especial, James Goldschmith quien construyo un Derecho Penal Administrativo, integra este subgrupo; ensaya una fundamental diferencia entre delito e infracción administrativa, afirmando que aquel protege determinados bienes jurídicos de la colectividad y del individuo, en tanto que estas no constituyen violaciones de bienes jurídicos, si no solamente de los intereses de la administración."¹²⁵

"3) En el tercer subgrupo, que reeurre al mero riesgo, se ubica Zanardelli, quien distingue los delitos de las contravenciones afirmando que son delitos aquellos hechos que producen una lesión jurídica, y son contravenciones aquellos otros hechos que, si bien pueden ser inocuos por si mismos, presentan un peligro para la tranquilidad publica o para los derechos de otros".¹²⁶

"Luchini, que forma parte de este tercer subgrupo, dice que la diferencia entre delito y contravención esta en que el primero infringe un deber específico y lesiona efectiva o potencialmente un derecho determinado, y la segunda viola un deber genérico y expone un derecho determinado a un peligro; por ello, el delito es inseparable

¹²⁴Alimena, Bernardino. citado por Jiménez de Asúa. Op. Cit. p. 139.

¹²⁵ Goldschmith, James. citado por Jiménez de Asúa. Op. Cit. p. 140.

¹²⁶Zanardelli. citado por Jiménez de Asúa. Op. Cit. p. 142.

del dolo y del daño, los que no son totalmente requeridos en la contravención. De modo similar razona Biagio Petrocchi, para quien las contravenciones, sin ser por si mismas un daño o un peligro actual o concreto para los bienes - intereses, son capaces de producir por presunción de ley, las condiciones para que pueda producirse un daño o peligro u obstaculizarse el progreso o desarrollo de los mismos bienes."¹²⁷

"Impallomeni, que integra este tercer subgrupo, cree que los delitos ofenden las condiciones permanentes y fundamentales de la existencia y de la convivencia civil que son propias de los pueblos civilizados; y las contravenciones están en oposición a las condiciones secundarias, complementarias de aquellas, y que son esencialmente contingentes."¹²⁸

"4) En el cuarto subgrupo, Eduardo Massari afirma la identidad ontológica de infracciones y delitos, pero cree que el elemento subjetivo, esencial en los delitos, no es decisivo en las faltas: que las intenciones y las presunciones del agente sobre las consecuencias de su obrar son del todo extrañas a la infracción contravencional; que es ajena a esta toda pesquisa sobre las calificaciones psíquicas en la conducta. Lo que cuenta en la infracción contravencional es la simple inobservancia voluntaria de la conducta impuesta por la norma, sin que sea preciso investigar si procede de dolo o negligencia, imprudencia o impericia. Esta falta de trascendencia del

¹²⁷Luchini, citado por Jiménez de Asúa. Op. Cit. p. 143.

¹²⁸Impallomeni, citado por Jiménez de Asúa. Op. Cit. p. 145.

dolo o de la culpa en la contravención es un dato que resulta de la particular estructura de la norma contravencional."¹²⁹

B) *En el segundo grupo*, "que establece la distinción entre crímenes, delitos e infracciones con base a la gravedad de la falta, esta integrado por los autores franceses Le Poittevin, Garraud y Donnedieu de Vabres, que defienden este criterio adoptado por el código francés, pero procuran no ahondar en el distingo y se contentan con señalar la utilidad jurisdiccional de la clasificación que hace el referido código."¹³⁰

C) Finalmente, *el tercer grupo* sostiene "que únicamente se hallan separados los delitos de las faltas por lo dispuesto en la ley; esta representado por Juan del Rosal, para quien difícilmente puede hallarse criterio rígido que demarque ambas zonas, por lo que a final de cuentas se trata de una cuestión de técnica legislativa. Por ello el estado, a causa de decisiones de política criminal, escinde los ilícitos en dos grandes ámbitos, pequeña y grande criminalidad, respectivamente integrada por las contravenciones y los delitos. De acuerdo con las circunstancias y necesidades concretas, el estado decide que es falta y que es delito, al cambiar tales circunstancias y necesidades, puede considerar como contravención lo que hasta entonces era delito o viceversa. Es pues la legislación la que demarca los límites entre infracción y delito."¹³¹

¹²⁹Massari, Eduardo. citado por Jiménez de Asúa. Op. Cit. p. 146.

¹³⁰Ibidem. p. 135 y 147

¹³¹Jiménez de Asúa. Op Cit. p. 148.

Por su parte Lucero Espinosa nos dice: "En el sistema jurídico Mexicano corresponde al legislador hacer la diferencia entre las infracciones o faltas y delitos, ya que la Constitución Política así lo regula. En efecto, el artículo 73 de nuestra carta fundamental al enunciar las facultades del Congreso de la Unión, en la fracción XXI le da competencia: "para definir lo delitos o faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse". De esta forma, además de los delitos regulados en el código penal, diversas leyes administrativas tipifican algunos delitos que se pueden cometer contra la administración pública; De igual manera, en la mayoría de estas leyes se establecen ilícitos cuya sanción corresponde aplicar a las autoridades administrativas."¹³²

Por lo tanto concluiremos que a nuestro parecer coincidimos en decir, que no existe una diferencia de sustancia entre el delito y la contravención, y que las diferencias que existen son de accidente. "entonces se sostiene la unidad intrínseca del ilícito fiscal administrativo y del penal."

"Loreli Cerezo afirma, que coincidiendo con Aftalión y con Jiménez de Asúa, que no es posible sostener que haya diferencia cualitativa y esencial entre delito y contravención, si no solo cuantitativa o de grado y que existen en códigos penales delitos contra la administración pública y que de una contravención que afecta solamente los intereses administrativos puede transformarse en delito (y convertirse en un hecho contrario a la convivencia social,

¹³²Lucero Espinosa, Manuel. et. al. Elementos de Derecho Administrativo. 2º Curso. Ed. Limusa. México, 1991. p. 150.

según la doctrina antes citada), únicamente por voluntad del legislador. Esto demuestra que la diferencia entre el delito y la infracción administrativa radica en la sanción y en el carácter de la autoridad que la impone, pero no en la naturaleza intrínseca del acto ilícito."

Jarach Escribe: No comparto la idea de que exista una diferencia ontológica entre el delito administrativo y el delito penal criminal."¹³³

Sainz de Bujanda expone que "existe una identidad sustancial entre la infracción criminal y la tributaria, no existe ninguna separación sustancial entre lo injusto criminal, y lo que se ha dado en llamar lo injusto administrativo y que todas las infracciones tributarias, son por tanto, una especie de infracciones penales."¹³⁴

4.3.2 LA ESTRUCTURA DE LA NORMA FISCAL PENAL.

La administración pública tiene el carácter de poder público y por lo tanto se le reconoce la facultad de hacer cumplir por sus medios legales el cumplimiento de sus normas fiscales utilizando medios preventivos y represivos, sin la necesidad de que tenga que recurrir a otro poder del Estado,

¹³³Jarach, Escribe. citado por De la Garza, Sergio F. Op. Cit. p. 894.

¹³⁴Sainz de Bujanda. citado por De la Garza, Sergio Francisco. Op. Cit. p. 894.

para lograr tal observancia de sus normas, es decir, que dentro del campo de las potestades administrativas, se incluye la potestad punitiva o sancionadora respecto de las infracciones cometidas frente al ordenamiento jurídico fiscal.

Por lo tanto las infracciones se sancionan por la propia administración fiscal, a través de los órganos competentes.

"El Estado establece en sus leyes fiscales obligaciones a cargo de los gobernados, que tienen la finalidad de satisfacer importantes intereses sociales que son protegidos por las leyes, estas contienen en su articulado, accesoriamente, disposiciones de tipo fiscal-penal que asocian, al incumplimiento de las obligaciones, penas económicas cuya aplicación y ejecución se encomienda a los órganos de la administración fiscal."¹³⁵

De esta manera las normas fiscales contemplan las obligaciones que los gobernados deberán de cumplir, las cuales pueden prever obligaciones de hacer, como pagar impuestos (dinero) al Estado, a fin de que este cubra los gastos públicos; también pueden establecerse obligaciones de no hacer y de tolerar, establecidos tanto para los órganos de la administración como para los sujetos que tengan alguna relación con la administración o se adecuen a las hipótesis contenidas en las normas.

Si se llegara a incumplir con una de las obligaciones fiscales, el fisco podrá exigir coactivamente el cumplimiento de las mismas, así como la reparación

¹³⁵García Domínguez, Miguel Ángel. Derecho Penal-Fiscal. Ed. Porrúa, México 1994. p. 119.

del daño y los perjuicios si se contempla algo al respecto, o simplemente impondrá una multa; de esta manera decimos que el estado establece las contribuciones y las penas a quienes incumplan con las infracciones.

Entonces la legislación fiscal está integrada por dos partes, a saber: por la norma que describe o tipifica la infracción (la conducta ilegal) y la norma que establece la sanción o pena, ambas relacionadas como causa y efecto.

Sin embargo, no podemos confundir a las normas que describen la conducta ilícita con las normas que establecen las obligaciones fiscales.

De lo anterior decimos que existen tres clases de normas:

- a) La que establece la obligación,
- b) La que la tipifica como infracción, y
- c) La que establecen la sanción.

A diferencia de lo que pasa con los delitos, los cuales prevén o establecen implícitamente la obligación en la conducta delictiva y la sanción, y estos están contenidos en un mismo precepto, por lo que no dependen de una norma que antes les establezca la obligación.

Como consecuencia de lo anterior decimos que la estructura de la norma fiscal-penal, tiene como base la norma autónoma que explícitamente establece la obligación, consagrada en un precepto Constitucional, pues el artículo 31 fracción IV establece que son obligaciones de los mexicanos contribuir para

los gastos públicos, así de la federación como del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que establezcan las leyes. Y esta integrado por la norma que tipifica la infracción y la norma que establece la sanción económica, entonces decimos que:

"El que viola o transgrede la norma que establece la obligación y, por otro lado, adecua su conducta, esto es, obra de conformidad con la norma que establece la infracción,"¹³⁶ trae como consecuencia la aplicación de la sanción económica.

"Aunque el concepto de ilícito es único, esta unidad no supone obstáculo para que, dada la pluralidad de normas, puedan existir ilícitos que serán idénticos por estar integrados por una sola conducta, y a la vez distintos según el ordenamiento jurídico del que se parta para su análisis, ya que el concepto unitario de lo injusto no se opone a la variedad de consecuencias jurídicas posibles de un ilícito, como que se dividan para que unas las aplique un órgano del Estado y el resto las aplique otro órgano diverso, siempre y cuando no se dupliquen las sanciones de la misma naturaleza."¹³⁷

De lo anterior decimos que algunas obligaciones están contempladas simplemente como infracciones, sin embargo, en otros casos por su mayor gravedad están tipificadas como delitos; es decir, el legislador ha considerado ha una misma conducta como infracción fiscal y como delito fiscal, considerando tipos legales mixtos, que traen aparejada simultáneamente la

¹³⁶García Domínguez, Miguel Ángel. Op. Cit p. 121.

¹³⁷García Domínguez, Miguel A. Op. Cit. p. 342.

jurisdicción del juez y la del órgano administrativo; iniciándose el proceso, penal y el proceso administrativo; con distintas sanciones, una judicial de privación de la libertad y otra sanción administrativa de naturaleza económica.

Con estos ilícitos que la doctrina denomina como mixtos, a los que por su gravedad se considero necesaria la aplicación de la privación de la libertad, la cual por exigencia Constitucional (artículo 21) exclusivamente puede ser impuesta por la autoridad judicial; manteniendo así sus respectivas atribuciones de la administración y de los tribunales para castigar concurrentemente determinadas conductas; dio origen a dos procedimientos sancionarios diversos; uno que se tramita ante las autoridades judiciales para la comprobación y castigo del delito, y el otro ante las autoridades administrativas para constatar y sancionar la infracción fiscal.

Por tal motivo se dice que las infracciones y los delitos fiscales delimitan su campo ante órganos diferentes, los cuales aplicaran sanciones diferentes y con lo cual se debe hacer lo siguiente:

CONCURSO APARENTE DE NORMAS. APLICACIÓN DE LA MAS SEVERA.

"Si el hecho delictivo imputado se encuentra contemplado en dos ordenamientos legales, esto es, en el código fiscal de la federación y en el código penal federal, existe un concurso aparente de normas, y debe prevalecer la ley que establece la pena mas severa, que en el caso de la exportación de mercancías (artículos 46, fracción II del Código Fiscal y 253, fracción IV del Código Penal), es el primero de los ordenamientos

citados para estar a lo ordenado por el artículo 59 del mencionado código penal federal, que previene que cuando un delito pueda ser considerado bajo dos o mas aspectos, y bajo cada uno de ellos merezca una sanción distinta, se aplicara la mayor. (Sentenario Judicial de la Federación. época 7ª, v 84, p 49.)"

4.3.3 DIFERENCIAS ENTRE LA INFRACCIÓN Y EL DELITO

"Pensamos que entre algunas de las infracciones fiscales y los delitos fiscales hay distinciones cuantitativas, de grado o de matiz, pero no existen diferencias ontológicas"¹³⁸

La primera diferencia de matiz que encontramos entre la infracción y el delito fiscal, esta en los posibles sujetos activos del ilícito, en tanto que en materia de ciertos delitos solo pueden considerarse como sujetos activos a las personas individuales, tratándose de infracciones no solo se considera a las personas individuales, si no también a las personas colectivas, así como a las antiguamente llamadas unidades económicas.

Una segunda diferencia es en cuanto a la tipicidad, al respecto diremos que la única diferencia que encontramos estriba en que para que exista un delito es suficiente que exista una obligación implícita dentro de la figura típica

¹³⁸García Domínguez, Miguel Ángel. Op. Cit. p. 347.

respectiva, sin embargo, si recordamos para que surta efectos la infracción, es necesario que exista una norma autónoma que explícitamente establezca la obligación fiscal concreta, cuyo incumplimiento configurara la infracción fiscal.

Una tercera diferencia que se presenta, y la que consideramos más importante es, en cuanto al órgano que se encargara de declarar si se cometió o no el delito, y el órgano competente que decidirá si se cometió una infracción; ya que el primero debe ser un órgano jurisdiccional y el segundo un órgano administrativo.

En este sentido el artículo 21 constitucional separa la competencia de las autoridades para conocer de los delitos y de las infracciones, y consecuentemente para imponer las sanciones correspondientes; de tal manera que se le atribuye a la autoridad administrativa una fracción de la competencia punitiva, es decir, la competencia para sancionar las contravenciones, infracciones o faltas con multas o arresto; en cambio, asigna la competencia para juzgar y penar los delitos, fundamentalmente con pena de prisión, a las autoridades judiciales.

Mediante esa partición de competencias, el poder judicial queda desposeído de la facultad de juzgar las infracciones, siendo sustituido en esto por el poder ejecutivo, rompiendo así el monopolio de la justicia en materia penal y articulando la competencia penal en dos ramas, la de aplicar el derecho administrativo penal y el derecho criminal.

De esta manera decimos que tanto el juez como la autoridad administrativa al ejercer su poder sancionador, realizan un acto formal y materialmente administrativo, ya que el acto administrativo y el acto jurisdiccional son creación de normas individualizadas, que se aplican, constatando que un hecho que se considera ilícito coincide con el supuesto de la norma, condición que se cumple para aplicarse la sanción prevista en la propia norma. Entre uno y otro tipo de acto se da pues, una mera diferencia técnica.

De entre las similitudes que podemos mencionar es que en orden a la conducta solo puede cometerse por acción u omisión en ambos ilícitos además de que la ausencia de conducta es la misma.

Por otro lado la antijuricidad es una sola e indivisible, y por ello no es posible separar lo injusto penal de lo fiscal, por lo tanto no se pueden dar diferencias de naturaleza, sin embargo es posible que encontremos diferencias de grado o cuantitativas.

En ambos ilícitos encontramos la figura punible de la tentativa, aunque esta no se sancione de la misma forma.

4.3.4 LA SANCIÓN EN LOS DELITOS FISCALES

Dentro del ordenamiento jurídico existen varios tipos de hechos y actos que pueden ser ilícitos, pero como aquellos no son iguales, las sanciones no pueden ser las mismas, así encontramos que para un ilícito, las sanciones pueden

variar en la privación de libertad, la nulidad, la rescisión, la suspensión, una multa, un recargo, la revocación de permisos, licencias y autorizaciones, etc.

Por lo tanto, dentro de un mismo sistema jurídico, el género será una conducta ilícita, pero como este se encuentra sancionado de diferente forma, por el mismo ordenamiento, este género ilícito tendrá diferentes categorías y a cada una de estas le corresponderá una sanción diferente que será de acuerdo con la materia específica la que regule el ilícito.

Ahora bien no hay que confundir sanción con pena, la primera es un género que comprende a la segunda, "la sanción en estricto sentido, es la que tiene la finalidad reparatoria y la pena es la sanción con un propósito intimidatorio, represivo y punitivo"¹³⁹

Las infracciones pueden clasificarse en tres tipos:¹⁴⁰ aquellas que violan bienes jurídicos individuales sin que se afecten los bienes jurídicos de la colectividad. (el incumplimiento de un contrato). Existen otras que también afectan al individuo en lo particular, pero simultáneamente afectan bienes jurídicos que son fundamento de la vida social organizada por el derecho (un robo a un particular). y por último, existen infracciones que lesionan directamente a la colectividad organizada en el Estado, aunque en forma indirecta también afectan a personas individuales. Las primeras constituyen ilícitos civiles y la última ilícitos penales.

¹³⁹García Domínguez, Miguel Ángel. Op. Cit. p. 895.

¹⁴⁰García Domínguez, Miguel Ángel. Op. Cit. p. 895.

De las sanciones establecidas para los ilícitos civiles tienden a ser primordialmente compensatorias o reparatorias del daño causado, por vía cumplimiento o vía pago de daños (sanción económica); sin embargo, la sanción para los ilícitos penales tienden a tener un efecto represivo, intimidatorio, punitivo (pena privativa de libertad).

En cuanto a la infracción fiscal, esta es una conducta típica, antijurídica y culpable, con la que se incumple una obligación fiscal, sustantiva (patrimonial) o formal (de hacer, tolerar o no hacer), de la que es responsable una persona individual o colectiva, que debe ser sancionada con pena económica por un órgano de la administración fiscal.

La infracción se compone de:

- a) De una norma sustantiva que prevenga la obligación de pagar, o formal, esto es sin contenido patrimonial o deber de hacer, de no hacer o de tolerar la actividad tendiente a recaudar el impuesto.
- b) Una conducta que constituya el incumplimiento antijurídico y culpable de esa obligación
- c) Una ley que tipifique el incumplimiento de esta conducta como infracción.
- d) Una misma norma u otra distinta que señale la sanción por el incumplimiento, y que esta sea una pena económica, en multa.
- e) Que la competencia para juzgar la infracción y sancionarla este asignada, por el ordenamiento jurídico a un órgano de la administración.

Por lo que toca al derecho penal, decimos que las conductas que se castigan son contrarias a reglas que son obligatorias, apesar de no estar formuladas

expresamente, esto es, en el derecho penal se dictan sanciones pero nada dice de las obligaciones a las que se refieren, en cambio, el derecho fiscal penal solo castiga conductas que constituyen el incumplimiento de obligaciones establecidas expresa y explícitamente por la ley, pero al igual que en el derecho penal, en el derecho penal fiscal el infractor no viola la norma penal. si no la que consagra la obligación que le ha dado origen, adecuando su conducta a la hipótesis normativa que condiciona la imposición de la pena.

La infracción que mas nos interesa en este momento se presenta cuando no se cumple con el pago de la prestación tributaria, ya sea total o parcialmente, o bien cuando se cumple tardíamente; esto trae como consecuencia un detrimento en el patrimonio del Estado.

Los tipos de sanciones aplicables a estas infracciones son como antes mencionamos, la de indemnizar al fisco el daño causado, ya sea por medio voluntario o por el procedimiento de ejecución forzosa. Pero además suele imponérseles a los infractores un castigo, con la finalidad de intimidarlos para que se desistan posteriormente de cualquier intento de cometer una infracción, esa sanción con carácter de pena puede ser la privación de libertad, deconiso o multas.

"La sanción administrativa.- en términos generales, puede definirse como el castigo que aplica la sociedad a través del derecho, a las violaciones de los ordenamientos administrativos, pretendiéndose por medio de esta, asegurar el cumplimiento de los deberes que tienen los ciudadanos con respecto a la sociedad.

Las sanciones administrativas tienen una diversa gama, que va desde las nulidades de los actos, la suspensión, el cese, la clausura, la revocación de las concesiones, la multa, hasta llegar en el caso de México a la privación de libertad sin que esta pueda exceder de treinta y seis horas o en su caso, la sanción será pecuniaria, pero en caso de que esta no se pague por el infractor, se permutara por el arresto, que no podrá exceder de treinta y seis horas.¹⁴¹

El código penal del Distrito Federal preve con respecto a la sancion economica lo siguiente:

La sanción pecuniaria comprende por una parte la multa y por otra la reparación del daño.(art. 29) La reparación del daño comprende, a su vez, la restitución de la cosa obtenida por el delito y, si no fuere posible, el pago del precio de la misma; y, además, la indemnización del daño material, moral y los perjuicios causados.(art. 30)

Sin embargo en los delitos fiscales no procede la reparación del daño como lo establece la siguiente jurisprudencia:

REPARACIÓN DEL DAÑO. NO PROCEDE EN DELITOS FISCALES.

"De acuerdo con lo que establecía el artículo 2189 del código fiscal de la federación derogado, no procede la reparación del daño en los delitos del orden fiscal, ya que las autoridades administrativas estaban facultadas

¹⁴¹ Acosta Romero. Op. Cit. p. 18.

para hacer efectivos los impuestos omitidos, y conforme al artículo 44 del código fiscal en vigor, igualmente determina que en esta clase de infracciones, la autoridad judicial no impondrá sanción pecuniaria, siendo las autoridades administrativas las que se encargaran, con arreglo a las leyes fiscales, de hacer efectivos los impuestos que se omitan. consecuentemente, la sentencia que condena por este concepto, es violatoria de garantías y debe concederse la protección constitucional. (Informe 1969, parte II, p 60.)"

Por lo que se refiere a los delitos fiscales, la autoridad judicial no podrá imponer sanción pecuniaria, ni decretará la pérdida de bienes o derechos; y las autoridades administrativas, con arreglo a las leyes fiscales, harán efectivos los impuestos omitidos, impondrán y harán efectivas las multas y determinarán y harán efectivos los recargos, así como la pérdida de los instrumentos del ilícito.(art. 70 y 94 del código fiscal de la federación)

Entonces dado que estas dos clases de sanciones persiguen la misma finalidad intimidatoria, podemos afirmar que ambas tienen la misma naturaleza, no tienen una diferencia en esencia, si no de grado, entre la pena económica que aplica la autoridad administrativa y la pena privativa de libertad que impone la autoridad jurisdiccional. Es pues la sanción administrativa, una verdadera pena.

4.3.5 LA MULTA FISCAL.

El origen etimológico de la palabra multa, fue muy discutido. pero la versión mas aceptada es la que sostiene que proviene de la palabra "MULCTA", que significa multiplicar, posiblemente porque su cuantía se fijaba en múltiplos del daño producido por el delito.

"La multa tiene un origen muy remoto, pues aparece ya en la ley mosaica como condena de pago de dinero, que tenía verdadero carácter de pena."

"La ley del talión interpretada por los hebreos con las palabras oculum pro oculo, dentem pro dente, se refirieron a la multa o pena pecuniaria con que se debia compensar el daño ocasionado, esto es. estaba permitido que el que cometía el delito pagara por el daño causado pagaría por evitar el que se habria de causar en el"¹⁴²

Con respecto a la multa la doctrina establece que "Las disposiciones tributarias que tipifican las infracciones fiscales y establecen pena de multa, constituyen normas de naturaleza complementaria, en virtud de que pretenden proteger, con la amenaza de multa, y con el cumplimiento de tal amenaza, la íntegra y oportuna recaudación de los tributos, del peligro o del daño que se ocasionaría con el incumplimiento de las obligaciones fiscales."¹⁴³

¹⁴²Derecho Penal Fiscal. Op. Cit. p. 370.

¹⁴³García Domínguez, Miguel. Teoría de la Multa Fiscal. Op. Cit. p 458.

De esta manera diremos que la pena de multa fiscal consiste en una obligación de pagar con una suma de dinero por la violación de una ley represiva, con lo cual la multa disminuye, merma el patrimonio del infractor, con el fin de castigarlo por haber cometido la infracción al incumplir una obligación fiscal, estableciéndose que la finalidad esencial de la multa fiscal es preventiva y retributiva. ya que la pena de multa esta justificada por la necesidad de inducir la observancia de las normas fiscales, asegurando de tal forma el cumplimiento de las obligaciones fiscales, por retributiva debemos entender el pago de una cosa con su equivalente, esto es que:

"Conforme a la justicia, la pena de multa debe estar en proporción al mal de la infracción; no debe ser irrogado por capricho, por crueldad o por ciega y brutal venganza, sino que debe ser la justa compensación del mal injusto que se ha causado. las leyes punitivas deben estar libres de pasiones y castigar sin cólera y sin odio."¹⁴⁴

Una característica primordial de la multa es que es de derecho publico, este carácter deriva en que la facultad de establecerla, imponerla y de ejecutarla es propio del Estado, como titular del derecho punitivo..

Ahora bien, la multa por su naturaleza económica resulta ser la idónea para castigar los ilícitos fiscales, ya que mediante tales ilícitos lo que se ocasiona es un perjuicio económico al Estado, y un beneficio económico para el sujeto activo, dándose entonces una identidad entre el bien jurídico tutelado (patrimonio del Estado) y el bien jurídico aplicado por la pena.(beneficio

¹⁴⁴García Domínguez, Miguel. Op Cit. p. 461.

económico del contribuyente), además "la multa fiscal es un instrumento de educación que ayuda a señalar lo que es bueno y lo que es malo y a formar hábitos deseables que con el tiempo formaran el sólido cimiento de un código de ética racional"¹⁴⁵

La multa fiscal tiene su fundamento Constitucional en el artículo 73 fracción XXI que dice: El Congreso tiene facultad:

"Para definir los delitos y las faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deben imponerse;"

Ahora bien, resulta interesante establecer cual es la finalidad de las multas, la cual podríamos pensar que por lógica se aplica al patrimonio del Estado, de acuerdo a lo que establece el artículo 31 fracción IV de la Constitución Política que dice: Son obligaciones de los Mexicanos

"Contribuir para los gastos públicos....."

En relación con la parte final del artículo 2º párrafo último del código fiscal de la federación, el cual dice: Las contribuciones se clasifican en impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos, las que se definen de la siguiente manera:

"Los recargos, las sanciones, los gastos de ejecución y la indemnización a que se refiere el séptimo párrafo del artículo 21 de este código son accesorios de las contribuciones y participan de la naturaleza de estas. Siempre que en este código se haga referencia

¹⁴⁵García Domínguez, Miguel. *Op Cit.* p. 472.

únicamente a contribuciones no se entenderán incluidos los accesorios, con excepción de lo dispuesto en el artículo 1º

Y de las siguientes tesis:

MULTAS FISCALES. SON ACCESORIAS DEL CRÉDITO FISCAL EN QUE TIENEN ORIGEN GENERALMENTE.

"Si la multa que impone la procuraduría fiscal de la federación al actor con proveído que este impugna, tiene como base la resolución fiscal en que se determina a cargo del citado actor un crédito, la cual fue nulificada, lógico es que el proveído sancionador quede sin efectos también toda vez que el mismo carece de substanciación causal. (Apéndice 1985, parte III, tesis 280, p 465.)"

MULTAS FISCALES, ARTICULO 76 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, FRACCIONES I, II Y III, NO PUEDEN SER CONSIDERADAS COMO ACCESORIOS.

"Resulta cierto que conforme al artículo 2º, del código fiscal de la federación, las multas tienen el carácter de accesorios de la contribución; sin embargo, una exégesis correcta del artículo 76 del ordenamiento legal invocado, lleva a determinar que las multas que en distintos porcentajes sobre las contribuciones omitidas establecen las fracciones I, II y III, del referido precepto, no pueden ser consideradas como accesorios que conforme a la misma ley se generen, toda vez que el legislador estableció la aplicación de esas multas en forma independiente a los otros accesorios que genere la contribución, al señalar expresamente en las fracciones I y II del numeral citado, que las multas se cuantificaran en un 50% o 100%

de las contribuciones omitidas, cuando el obligado las cubra junto con sus accesorios, antes o después de que se cierre el acta final de visita o de que se le notifique el oficio de observaciones, respectivamente, pero antes de que las autoridades notifiquen las resoluciones que determine el monto de las contribuciones que omitió, y el mismo artículo, en ninguna forma obliga a que se cubran al momento de enterar la contribución omitida y sus accesorios, las multas a que se refieran las fracciones del multicitado precepto. (Semanao Judicial de la Federación, época 8ª, t IV SEGUNDA PARTE-2, tesis XVI, p 634)"

Sin embargo esto no es así, el artículo 70 bis del Código Fiscal de la Federación establece:

"Los ingresos que la federación obtenga efectivamente de multas por infracción a las disposiciones fiscales distintas a las de la Ley Aduanera, se destinarán a la formación de fondos para el otorgamiento de estímulos y recompensas por productividad y cumplimiento del personal que ejerza las facultades de comprobación, determinación, notificación y ejecución de créditos fiscales relativos a dichas disposiciones. Solo ingresará los citados fondos el importe de las multas efectivamente pagadas y que hubieran quedado firmes. Salvo que por ley estén destinados a otros fines. La distribución de los fondos se hará en los términos que señale el reglamento"

Tal parece que los legisladores norman las conductas en su beneficio y no en el del estado, o acaso su afán por encontrar a infractores y determinarles

una situación indebida en sus contribuciones, es por el estímulo económico que van a recibir (codicia) y no por el desempeño de su actividad encomendada.

Se entiende que las multas fiscales y los accesorios, se cobran al contribuyente que incumplió una obligación por el perjuicio causado al estado, es decir, se perjudica a la sociedad, entonces se beneficia a la sociedad y no al sector burocrático, por lo tanto el importe de las multas fiscales deberían de aplicarse al patrimonio del Estado y no aun grupo minoritario del sector social.

Por si fuera poco, no nada mas se aplica el importe de las multas para los estímulos burocráticos, si no que ademas tienen prioridad en cobrarse estos y no la sucrte principal de la obligación incumplida.

Artículo 20 párrafo octavo del mismo código:

"Los pagos que se hagan se aplicaran a los créditos mas antiguos siempre que se trate de la misma contribución, y antes del adeudo principal, a los accesorios en el siguiente orden:

- I Gastos de ejecución
- II Recargos
- III Multas
- IV La indemnización a que se refiere el séptimo párrafo del artículo

21 de este Código.

4.4 LA FUNCIÓN DEL PERDÓN EN LOS DELITOS FISCALES

El Estado es una realidad social, que en su proceso de creación no ha contenido las mismas características; ya que como producto de la sociedad no es estático; el Estado es creado para ordenar y servir a la sociedad, ya que su existencia se justifica por los fines que históricamente se le ha impuesto, y se mantendrá mientras tenga esa finalidad.

"El Estado es la organización política soberana de una sociedad humana establecida en un territorio determinado, bajo un régimen jurídico, con independencia y autodeterminación, con órganos de gobierno y de administración que persiguen determinados fines mediante actividades concretas"¹⁴⁶

La actividad del Estado se define por el conjunto de normas que crean órganos, fijan su funcionamiento y los fines que deben alcanzar, y se origina con el conjunto de operaciones, tareas o facultades para actuar, jurídicas materiales y técnicas, que le corresponden como persona jurídica de derecho público y que realiza por medio de sus órganos; las actividades jurídicas del estado están encaminadas a la creación y cumplimiento de la ley,

¹⁴⁶Acosta Romero, Miguel. Derecho Administrativo. ed. 5ª, Ed. Porrúa, México, 1983. p. 8.

Entonces diremos que toda finalidad que se atribuye al Estado, en una forma u otra, directamente o indirectamente viene a afectar al particular, "como dos círculos concéntricos que guardan una relación de necesidad"¹⁴⁷.

La sociedad crea o reconoce el poder del Estado y lo somete al derecho para hacerlo racional y lógico, de esta manera decimos que el Estado y el derecho son los medios hechos para los hombres y por los hombres.

El Estado democrático intervino para lograr el equilibrio entre la acción particular y la acción pública, desapareciendo el predominante interés individual, estableciendo la libertad del hombre para que dentro del orden jurídico pueda realizar todo, con excepción de lo que prohíbe la ley, de esta manera el Estado incorpora sus fines al orden jurídico a través del Estado y de sus órganos, proveyéndolos de los medios necesarios para cumplir sus fines en bien de la comunidad; "una vez reconocidos como principios jurídicos, es entonces cuando hablamos de atribuciones, funciones, competencia, jurisdicción, facultades, derechos, poderes jurídicos, etc."¹⁴⁸

"Bonnard clasifica a los fines de la administración en: 1ª Finalidad de orden jurídico, incluidos el orden público y la justicia, 2ª Finalidad de aseguramiento y sanidad e higiene individual y social o, intervención en todos los aspectos de la vida física, 3ª Finalidad de asegurar un mayor desarrollo intelectual y un perfeccionamiento moral de los individuos, 4ª Finalidad de lograr una mayor riqueza

¹⁴⁷Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. t. I ed. 10ª, Ed. Porrúa, México, 1981. p. 20.

¹⁴⁸Serra Rojas, Andrés. Op Cit. p. 20.

nacional y de poner esta riqueza al servicio de la Nación y, 5ª Finalidad de asegurar un mínimo de vida decoroso para todos los individuos consagrado no solo el derecho al trabajo, sino el derecho a la subsistencia cuando no se puede trabajar."¹⁴⁹

Ahora bien, el Estado concreta esos fines por medio de las funciones o actividades que desarrollan los órganos del estado, el mismo Bonnard señala tres categorías de atribuciones:¹⁵⁰

a) La reglamentación de la actividad privada, que consiste en regular las actividades y relaciones entre los particulares, con el fin de asegurar un orden de estas relaciones.

b) El fomento, limitación y vigilancia de la actividad privada, que consiste en la intervención que haga el Estado en la actividad particular para que mediante una acción se asegure la observación de la reglamentación que le es impuesta.

c) La sustitución total o parcial de la actividad privada por la actividad del Estado, esto es los servicios públicos.

La doctrina clásica y la legislación positiva han reconocido tres actividades esenciales del estado para realizar sus fines:

a) La Función Legislativa.- Función encaminada a establecer las normas jurídicas generales.

b) La Función Administrativa.- es la función encaminada a regular la actividad concreta y tutelar del estado que normalmente corresponde al poder ejecutivo, dentro de un orden jurídico vigente y limitando sus efectos a los

¹⁴⁹Serra Rojas, Andrés. Op Cit. p. 26.

¹⁵⁰Serra Rojas, Andrés. Op Cit. p. 27.

actos que tiene por finalidad la prestación de un servicio público o la realización de sus demás actividades correspondientes, reguladas por el interés general y bajo un régimen de policía o control.

c) La Función Jurisdiccional.- esta encaminada a resolver las controversias, estatuir o aplicar el derecho.

"La persecución del bien común constituye la razón misma de ser de los poderes públicos, los cuales están obligados a actuarlo reconociendo y respetando sus elementos esenciales."¹⁵¹

Por otro lado decimos que el Estado es el ordenamiento total, en un determinado territorio y regulado por los fines que son la de servir a la sociedad para mantener el equilibrio y la justa armonía de la vida social.

Entonces el ordenamiento jurídico de un país define y concreta las aspiraciones sociales, nos da la imagen de una vida social que se estructura y desenvuelve con un designio de seguridad, necesario para el desarrollo de una comunidad.

En efecto, la función de las normas es dar seguridad, asegurar que las realidades sociales, modeladas y reguladas por ellas, serán, efectivamente, como deben ser, esto es, como esas mismas normas previenen que sean.

La seguridad, tiene entonces una estrecha relación con el derecho, ya que supone la capacidad de reacción frente a las transgresiones que, bajo una u

¹⁵¹De la Garza, Francisco. Op. Cit. p 11.

otra forma, y con móviles y efectos variadisimos que pueden sobrevenir; en este sentido las infracciones son violaciones a las normas que en ese orden establece y son por tanto, una amenaza a la seguridad.

"El ideal, inalcanzable o inasequible, sería que el derecho hiciera imposible la perpetración de infracciones; pero como el poder de las normas no alcanza a ello, frente a la infracción solo puede arbitrar un remedio: la sanción".¹⁵²

Entonces decimos que la función primordial de la norma jurídica es enlazar a la realización del supuesto o hipótesis fáctica, una consecuencia de derecho o efecto jurídico, para obligar a su observancia jurídica y dar seguridad a la comunidad.

De acuerdo a lo que hemos expuesto anteriormente sobre la finalidad y la función que tiene el estado y las normas, podemos asegurar que ambos buscan el bienestar de la comunidad en su mas amplio sentido, es entonces, cuando debemos preguntarnos que es mas perjudicial y benéfico para la sociedad, es decir, en cuanto a nuestro tema, el sancionar a un contribuyente con una pena económica y una pena corporal por haber cometido el ilícito de defraudación fiscal, beneficia a la sociedad o beneficia al estado en el cobro de los tributos que le son adeudados.

Para dejar mas claro esto expondremos algunos puntos.

¹⁵²García Domínguez, Miguel A. Op. Cit. p. 122.

A) La existencia de los delitos e infracciones fiscales coexistentes obliga a los particulares a enfrentar dos procedimientos por una misma conducta delictiva, es decir, a realizar un doble esfuerzo de defensa, con riesgos además de recibir resoluciones contradictorias.

B) La coexistencia de dos procedimientos obliga a los particulares a enfrentarse también a una doble sanción, ambas con un carácter meramente represivo y no reparatorio de daños como deberían de ser las penas administrativas, esto se explica, porque el único daño por reparar en los delitos fiscales es la omisión de los impuestos, sin embargo, en la sanción se requiere de los impuestos omitidos, con sus accesorios.

Art. 70 del Código Fiscal de la Federación. "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."

C) La norma fiscal contempla el cumplimiento de obligaciones impositivas tributarias, entonces como es lógico las infracciones fiscales contienen sanciones económicas, cuya finalidad es reparar el daño económico causado, que no tienen nada que ver con las sanciones penales que son intimidatorias y represivas, por tutelar bienes jurídicos de vital importancia para el bienestar de una sociedad, como son la vida, la libertad, la integridad física de los particulares, etc.; además de buscar la readaptación del procesado

"La multa entre otras cosas no es deshonrosa, ni degradante, ni lesiva para la personalidad del infractor; no deshonra al reo, ni produce las nefastas consecuencias sociales derivadas del efecto corruptor del medio carcelario, ni las secuelas psicológicas o de salubridad en el condenado, que son consecuencia de la pena privativa de libertad, por la sobre población de las cárceles, la promiscuidad y por los frecuentes cuadros clínicos psiquiátricos derivados de la psicosis carcelarias que tiene su causa en la desadaptación social del encierro prolongado; o a los graves problemas de reincidencia social una vez cumplida la pena de prisión."¹⁵³

D) Las sanciones penales en este tipo de ilícitos mixtos tienen la finalidad de intimidar al posible infractor, además de ser represivas y de readaptación para quien las transgrede, en general la finalidad (preventivo y de castigo) primordial es que se respete el derecho para un bien común, sin embargo, la autoridad administrativa no les da esa finalidad;

Art. 92 párrafo segundo del Código Fiscal de la Federación

Los procesos por los delitos fiscales a que se refieren las tres fracciones de este artículo se sobreseerán a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuando los procesados paguen las contribuciones originadas por los hechos impugnados, las sanciones y los recargos respectivos, o bien estos créditos fiscales queden garantizados a satisfacción de la propia Secretaría.

¹⁵³Rivera Silva, Manuel. Op. Cit. p. 375.

Por su parte el penalista Manuel Rivera Silva, en su libro sobre "Derecho Penal Fiscal" escribió que "La solicitud del sobreseimiento se olvida de todo lo lucubrado por el Derecho Penal Moderno y se atiende únicamente al logro de una satisfacción económica. Con dicho sobreseimiento se rompen todos los lincaamientos de la Escuela Clásica (en esencia acogidos por nuestra vigente legislación punitiva), en la cual la pena es una amenaza para hacer realidad tanto la prevención general como la especial; es decir. un daño que se ocasiona (la pena) para que el condenado no vuelva a delinquir (prevención especial) y anuncio de causar un mal al que delinque, anuncio que esta animado por la finalidad de que los que han delinquir permanezcan al margen de la licitud y los que no han cometido delitos, por la amenaza del dolor de la pena, no incurran en ilícitos (prevención general)."¹⁵⁴

E) "La idea del constituyente no era la de castigar a los infractores al igual que a los delincuentes, por que no se justifica la privación de la libertad de los infractores para que convivan con verdaderos delincuentes, es decir, el grado de peligrosidad para la sociedad no es el mismo."¹⁵⁵

Por otra parte, en nuestro país donde predominan las ideas democráticas, y de acuerdo con cuyas concepciones mas modernas todos los elementos del sistema jurídico deben crearse en beneficio del pueblo, entonces, la existencia

¹⁵⁴Rivera Silva, Manuel. Op. Cit. p. 18.

¹⁵⁵Acosta, Romero. Delitos Especiales. Op. Cit. p. 35.

de estas dos figuras de ilícitos fiscales y las consecuencias que de ellos derivan, no pueden ser parte de estas ideas democráticas

"El mayor reparo que se ha formulado a la pena de multa, tal como se le aplico por mucho tiempo, se basa en la desigualdad de su eficacia. Se dice que, según la fortuna del condenado, la multa puede significar para él un desembolso sin importancia alguna o bien una erogación que afecte sensiblemente su patrimonio. Y con ello, la posibilidad por parte del segundo de no poder pagar la multa, y deber sufrir pena de encierro. Es, pues, una pena que concede privilegios a los pudientes."¹⁵⁶

Por todo lo anterior podríamos decir que como resultado se planteara, cimentada en tal ideología jurídica, que sería más benéfico para el pueblo, y por tanto más democrático:

Primero. - "Que solo se diera la figura de delito de la que conociera la autoridad administrativa o el juez penal especializado ante quien se tramitara un solo procedimiento, idóneo por ágil y expedito, que permitiera hacer justicia a los contribuyentes de acuerdo con lo que establece el artículo 17 de la constitución que posibilitaría al fisco su más rápida recaudación."¹⁵⁷

¹⁵⁶Fontan Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. ed. 2ª, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1980, p. 377.

¹⁵⁷García Domínguez, Miguel A. Op. Cit. p. 344.

Segundo.- La figura del perdón del ofendido tendría una mejor aplicación que la figura del sobreseimiento la cual tiene como requisito para que proceda pagar o garantizar todo lo adeudado al fisco, situación que no se presenta en la figura del perdón del ofendido, la cual no esta condicionada a nada en materia penal, pero que se podría condicionar para efectos de pagarle o garantizarle al fisco, por lo que resulta ser la idónea para que se interrumpa el procedimiento penal iniciado contra un infractor que tenga la característica primordial de querer pagar el daño económico ocasionado al Estado, pero que en ese momento no tenga los recursos necesarios o no tenga la liquides de pagar inmediatamente el perjuicio económico con todo y sus accesorios; además de considerar que los infractores no representan el mismo grado de temibilidad que tiene un delincuente común, ya que la mayoría de los contribuyentes tiene un modo honesto de vivir y trabajan para sufragar los gastos económicos para que sobrevivan él y su familia.

Todo lo anterior va encaminado ha establecer que el Estado al privarlos de su libertad permanentemente no obtiene nada de los contribuyentes que le incumplen, y muy apesar suyo ocasiona graves consecuencias sociales y económicas, tanto para la sociedad como para el particular-infractor, ya que lo mas seguro es que el particular-infractor sea tanto directa como indirectamente el sostén de una familia, el fomento de empleo, y de ingresos, etc.

"Quintano Ripolles hace referencia a las múltiples ventajas que reportan las penas pecuniarias, en comparación con las privativas de libertad. Las mas obvias son: a) no constituir una carga para el estado y b) no engendrar habito en el condenado, ya que a todo

suele resignarse y acostumbrarse al hombre, salvo a perder dinero."¹⁵⁸

Por lo expuesto anteriormente el Estado no debe privarlos de su libertad con el fin de amenaza para que paguen, ya que no podemos pensar que estas medidas son para reparar el daño causado al fisco, por que precisamente al privarlos de su libertad al contribuyente, se le priva de una fuente de ingresos. imposibilitándolo para reparar el daño, que es lo que mas debe interesarle al fisco.

¹⁵⁸Ripolles, Quintano. citado por Fontan Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. ed. 2ª, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980. p. 377.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA y TESIS.

QUERRELLA. REQUISITOS DE LA, TRATÁNDOSE DE PERSONAS MORALES Y FÍSICAS.

"El ofendido, de acuerdo con sus intereses, puede o no presentar su querrela; en el primer caso, nadie puede hacerlo a su nombre sin la debida representación; en el segundo, su simple abstención basta para mantener inactivo el órgano judicial. Por tanto esa facultad que la ley confiere al particular, presenta las características de una acción personal que el ofendido pone en ejercicio mediante el instituto de la querrela, como condición previa para la intervención posterior del ministerio público en el desarrollo de sus atribuciones. Que la querrela constituye una acción que pertenece en forma exclusiva al ofendido, lo pone de manifiesto el hecho de que la misma es revocable, deducida la querrela e iniciado el juicio, el querrelante puede desistirse de la misma, ya que ha ello equivale el perdón que puede otorgar el ofendido, en los términos del artículo 93 del código Penal. Siendo, en consecuencia, la querrela, un derecho potestativo para el ofendido, tal derecho no puede ser ejercitado si no por su titular. Lo contrario desvirtuaría la finalidad de su instituto, que no es otra que dejar a los particulares ofendidos obrar en la forma que mejor convenga a sus intereses. Nuestro derecho positivo consagra este principio de la fracción uno del artículo 262 del código de procedimientos penales del distrito federal y por lo tanto, las disposiciones relativas a la querrela debe interpretarse de manera que se contesten y

respondan a la esencia de su institución. Nuestro legislador de 1931, preocupado por la frecuente impunidad de delitos de índole sexual, sobre todo realizados en agravio de menores por carecer estos de discernimiento necesario para querellarse, atenta su incapacidad que le imponía la necesidad de hacerlo por medio de su representante legal ante la posible, falta de la documentación comprobatoria de su estado civil y de la personalidad de sus representantes, trato de hacer más accesible, en su beneficio, el ejercicio de esta facultad, disponiendo al efecto en el artículo 264 del código de procedimientos penales del distrito federal: "Cuando para la persecución de los delitos se haga necesaria la querrela de la parte ofendida, bastara que esta, aunque sea menor de edad, manifiesta verbalmente su queja, para que se proceda en los terminos de los artículos 275 y 276", y agregando: "si a nombre de la persona ofendida comparece alguna otra, bastara por tener legalmente formulada la querrela que no haya oposición de la persona ofendida". Una interpretación correcta de la última parte del precepto citado nos lleva a la conclusión de que la misma alude tan solo a una representación específica, ósea, que para tener formulada la querrela en los delitos perseguibles a instancia de parte ofendida, es suficiente que el ofendido manifieste verbalmente su queja; y cuando sea menor de edad, basta la comparecencia de cualquier persona a su nombre. Esta interpretación lejos de destruir la esencia de la querrela, se compagina con la finalidad de su instituto, y se encuentra corroborada además, por el contenido del artículo 115 del código federal de procedimientos penales, redactado con posterioridad al 264 del código de procedimientos penales del distrito, en lo que se inspira, que expresa: "Cuando el ofendido sea menor de edad puede querellares por si mismo, y si a su nombre lo hace otra persona, surtirá sus efectos la querrela si no hay oposición del ofendido". Por otra parte, el señor licenciado Juan José Gonzalez Bustamante, en su libro "Principios de

derecho Procesal Mexicano", p 202, dice: "Las mujeres lo mismo que los menores pueden querellarse, pero si a nombre de los menores de edad lo hace otra persona, para que surta efectos la querrela se necesita que no haya oposición del directamente ofendido". Pero pretender que cualquiera persona, en todos los casos puede formular querrela a nombre del ofendido, los llevaría al absurdo de invalidar la finalidad de ese instituto que no es otra si no la de que los partieulares ofendidos obren en la forma mas conveniente a sus intereses, pues se les despojaría de un derecho estrictamente subjetivo. que solo puede ser ejercido por su titular, nulificandose la, institución de la suspensión del procedimiento a que alude la fracción I y II del articulo 477 del código de procedimientos penales del distrito federal, y haciéndose nugatorios los efectos del consentimiento como medio extintivo de la acción penal que consagra el articulo 93 del código de la materia, ya que el presupuesto de la aceptación de la ofensa por la inactividad del lesionado, resultaría inoperante si el procedimiento pudiera iniciarse merced a la intervención de terceros. No debe tampoco olvidarse que el ministerio publico exige invariablemente la ratificación de la querrela cuando por el ofendido la deduce un tercero, antecedente que implícitamente presupone el titular de la acción publica interpreta la frase "Que no haya oposición de la persona ofendida," en el sentido de que para cerciorarse de que tal oposición no existe es necesaria esa ratificación. y si esta interpretación es valida tratándose de ofensas inferidas a las personas fisicas, con mayor razón debe prevalecer cuando el ofendido es un apersona colectiva, porque en estos casos, el delito no lesiona personalmente a los miembros de la asociación si no al interés colectivo de la misma y, por lo tanto, la querrela no puede ejercitarse, individualmente por cualquiera de los asociados, ni tampoco por el funcionario que ostente su representación jurídica para los asuntos ordinarios, si no tan solo por aquel de

sus órganos a quien la ley y los estatutos han otorgado capacidad procesal. para efecto y al que específicamente se ha invertido de una singular y exclusiva competencia para esos asuntos extraordinarios.(Semanao Judicial de la Federación, época 5ª, t C, p 680)"

PENA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA (DELITOS FISCALES)

Para la individualización de la penas debió haberse atendido, única y exclusivamente, a las condiciones objetivas de comisión del hecho y las subjetivas propias del procesado, pero nunca a una situación extraña como era el que las autoridades fiscales hubiesen impuesto un crecida multa, por infracciones de la misma naturaleza fiscal.(Semanao Judicial de al Federación, época 6ª, v XXII, p 147.)

PERDÓN DEL OFENDIDO, EXTEMPORÁNEO. RETRACTACIÓN.

Si el escrito de desistimiento de la querrela, por parte de la ofendida, fue extemporaneamente presentado, estuvo en lo justo el tribunal al declararlo ineficaz para los efectos del perdón, ya que la ley preceptua que el perdón debe concederse hasta antes de que formule conclusiones el órgano de acusación. sin embargo, si el aludido escrito constituye, ademas, una prueba íntimamente relacionada con el cuerpo de la figura delictiva, el tribunal debió tomarla en consideración en su sentencia, no obstante el hecho de que la aludida probanza haya sido irregularmente presentada, ya que en el animo de la ofendida solo existía la idea del desistimiento; pues si el documento en cuestión contiene de hecho una retractación, que se corrobora con el contenido de la declaración inicial del acusado. y ademas, le es favorable a este, debe el sentenciador tomarla en cuanta. porque unida a aquella declaración, puede llevar a la

conclusión de que las pruebas para la comprobación del delito son insuficientes.(Semanao Judicial de al Federación, época 6ª, v XXV, p 87.)

PERDÓN DEL OFENDIDO.

El perdón del ofendido presupone la existencia del delito, y la apreciación de esa existencia corresponde al juzgador y no al querellante, de acuerdo con el artículo 21 constitucional, de tal manera que si este pide la absolución del acusado porque en su concepto no hubo delito, esa manifestación no es un perdón y al estimarlo así la autoridad responsable, no viola garantías.(Semanao Judicial de al Federación, época 5ª, v XXXIV, p 51.)

MERCANCÍA EXTRANJERA, TENENCIA LEGAL. PERDÓN DE LA OFENDIDA.

Si la secretaria de hacienda y crédito publico otorga el perdón, con base en que la cuarta sala del tribunal fiscal de la federación declaro nula la resolución impugnada de la dirección general de aduanas, que había decidido que el quejoso se encontraba en posesión de mercancías de trafico internacional prohibido, debe otorgársele plena validez jurídica, pues el código fiscal de la federación vigente establece que tal delito solo puede perseguirse por querrela de la mencionada secretaria, siendo de oficio la actividad jurisdiccional, en cuanto a la tenencia de mercancías de trafico nacionalmente prohibido, o sea, de mercancías que ya se encuentran en territorio nacional, y que solo pueden ser objeto de comercio en determinadas zonas de la república, por tanto, procede conceder el amparo y protección de la justicia de la unión, para que se sobresea el proceso penal respectivo.(Semanao Judicial de la Federación, época 7ª, v 139-144, p 97.)

FISCO, IMPROCEDENCIA DEL AMPARO PROMOVIDO POR EL.

El fisco, cuando usa una facultad soberana de cobrar impuestos, multas u otros pagos fiscales, obra ejerciendo una prerrogativa inherente a su soberanía, por lo cual no puede concebirse que el poder pida amparo en defensa de un acto del propio poder, y esto es evidente, pues cuando ante el tribunal fiscal de la federación ocurre el fisco federal, o sea el estado, por conducto de unos de sus órganos, si es verdad que acude como parte litigante, también es cierto que el acto que defiende no difiere del acto genuino de autoridad, el cual no puede ser considerado como un derecho del hombre o como una garantía individual, para el efecto de que al autoridad que lo dispuso estuviere en aptitud de defenderlo mediante el juicio de amparo, como si se tratara de una garantía individual suya. (Apéndice 1985, parte III, tesis 246, p 428.)

MULTAS, CARACTERES DE LAS.

Todas las multas tienen el carácter de sanciones, pero no por ello dejan de catalogarse dentro de los cobros fiscales. (Apéndice 1985, parte III, tesis 277, p 463.)

MULTAS FISCALES.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del código fiscal de la federación, la aplicación de las sanciones administrativas procede sin perjuicio de que se exija el pago de las prestaciones fiscales respectivas y de los recargos, en caso, así como de las penas que impongan las autoridades judiciales cuando se incurra en responsabilidad penal, sin embargo, cuando la multa es accesoria de un crédito fiscal (en virtud del estado de dependencia que guarda aquella respecto de este) que se encuentra subyacente, es claro que

juridicamente no se puede reconocer la validez de la sanción hasta en tanto no sea resuelta en definitiva la situación legal del crédito que la origina, ya que, evidentemente, la posibilidad lógica de que llegue a declararse la insubsistencia de dicho crédito, que entrañaría que la multa perdiera su razón de ser, impide reconocer la legalidad de esta. nota: la regla a que alude esta jurisprudencia al citar el artículo 35 del código fiscal de la federación derogado, se establece en el artículo 70 del actual ordenamiento. (Apéndice 1985, parte III, tesis 279, p 464.)

MULTAS FISCALES. SON ACCESORIAS DEL CRÉDITO FISCAL EN QUE TIENEN ORIGEN GENERALMENTE.

"Si la multa que impone la procuraduría fiscal de la federación al actor con proveído que este impugna, tiene como base la resolución fiscal en que se determina a cargo del citado actor un crédito, la cual fue nulificada, lógico es que el proveído sancionador quede sin efectos también toda vez que el mismo carece de substanciación causal. (Apéndice 1985, parte III, tesis 280, p 465.)"

MULTAS FISCALES, INTERÉS JURÍDICO INEXISTENTE DE LOS GOBERNADOS PARA RECLAMAR EN JUICIO DE AMPARO EL ARTICULO 70BIS DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, REFERENTE AL DESTINO DE LAS.

El artículo 70 bis del código fiscal de la federación que establece el destino que debe darse a los ingresos que la federación obtenga de las multas por infracción a las disposiciones fiscales, no causa ningún perjuicio al interés jurídico de los gobernados para efectos del juicio de amparo, puesto que ningún derecho subjetivo concedido por alguna ley en favor de ellos se encuentra afectado por tal dispositivo, ni este establece situación jurídica

alguna en la que estén comprendidos dichos gobernados, por lo que resulta improcedente el juicio en términos de la fracción y del artículo 73 de la ley de amparo. (Semanao Judicial de al Federación, época 8ª, t IV, p 249.)

MULTAS, ALCANCE DE LA EXIGENCIA PARA QUE LAS AUTORIDADES LAS RAZONEN.

Si bien, las autoridades al multar a los particulares deben razonar el por que en uso de su arbitrio sancionador imponen determinada sanción, excepto cuando se trate de la mínima permitida, dicho criterio no debe llevarse al extremo exigirles pasar el límite de lo razonable, al grado de hacer punto menos que imposible el incumplimiento de su cometido; pues, en ese supuesto, fácilmente se convertiría al juicio de amparo en baluarte de las infracciones fiscales. (Semanao Judicial de al Federación, época 8ª, t VII Abril, p 203.)

MULTAS FISCALES, APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD.

El derecho penal tributario, esta estrictamente regulado por el principio de tipicidad, en cuanto a que, para que la acción u omisión sea punible, debe adecuarse con los elementos de la hipótesis de la norma violada, consecuentemente, si se determina que el causante incurre en la contravención formal, prevista en el artículo 81, fracción I, del código fiscal de la federación, al omitir presentar sus declaraciones, la sanción exactamente aplicable es la prevista en artículo 82 del propio ordenamiento, que solamente es aplicable cuando la omisión de una o varias infracciones origine la omisión total o parcial en el pago de contribuciones. En tal virtud, si el causante no incurre en incumplimiento respecto de las obligaciones fiscales, la omisión en la representación de declaraciones, no genera por si la omisión en el pago de

impuestos, sino únicamente recargos, sin que por otra parte, resulte aplicable el supuesto previsto en el artículo 75, fracción V, del señalado código fiscal, ya que la misma conducta omitir presentar oportuna y espontáneamente una o varias declaraciones y omitir pagarlas total o parcialmente.(Semana Judicial de la Federación, época 8ª, t V Segunda Parte-2, p 598.)

CONCLUSIONES

1.- El perdón del ofendido encuentra su antecedente en la cultura Romana durante la vigencia de las doce tablas en la institución de la "*Abolitio*" con la modalidad de ser "*Privada o Publica*"; Institución que se define por el desistimiento en juicio del ofendido y que encuentra su diferencia entre publico o privado, por la intervención que tenga el tribunal en el desistimiento.

2.- El perdón del ofendido encontró en México su antecedente legislativo en el código penal del estado de Veracruz de fecha 17 de diciembre de 1968, en forma particular en su artículo 240 que contemplo la figura del perdón del ofendido de la siguiente manera: "El perdón del ofendido no extingue la acción penal, si no cuando reúna estos tres requisitos:

I.- Que el delito sea de aquellos en que no se puede proceder de oficio,

II.- Que se otorgue el perdón antes de que se haga la acusación y por persona que tenga facultad legal de hacerlo."

3.- El Perdón del ofendido se define como la manifestación expresa de la voluntad del ofendido o de su legitimo representante que hacen ante el órgano jurisdiccional competente en los delitos perseguibles por querrela de parte, en el sentido de dejar sin efectos el procedimiento y la responsabilidad penal que de este se derive.

4.- El Perdón del ofendido por su naturaleza es un requisito de procedibilidad, en virtud de ser un requisito inexcusable para lograr la actualización de la pretensión punitiva del Estado, sin tener que ser un elemento integrante de la conducta delictiva descrita en la norma.

5.- El Perdón del ofendido se otorga de forma expresa y dentro del proceso ante el órgano jurisdiccional competente.

6.- La figura del perdón del ofendido es importante para la sociedad ya que permite a los integrantes de la misma deliberar sobre la relevancia de sus intereses particulares frente a los de toda la comunidad que son la punibilidad de las conductas delictivas.

7.- El Estado en su carrera contra la protección del patrimonio público se ha tenido que allegar de sanciones que intimiden al contribuyente para que se desista de cometer algún ilícito administrativo que perjudique al Estado, este tipo de sanciones pertenecen al derecho penal que se ha extendido en el derecho administrativo como una rama, a la que se le denomina derecho penal administrativo.

8.- Los delitos fiscales dentro del derecho común se encuentran contenidos en el derecho penal fiscal, rama derivada del derecho administrativo, que se auxilia del derecho penal únicamente en la estructura de sus normas para la protección de su hacienda pública.

9.- El delito de defraudación fiscal se contempló por primera vez como infracción en la Ordenanza de Aduanas de 1841, y durante su transición cambió tal característica para convertirse por su importancia como infracción con responsabilidad penal y llegó a ser elevada a la categoría de delito en la ley penal de defraudación impositiva en materia fiscal de 1947.

10.- El delito de defraudación fiscal es sin duda el garrote mas severo de que se vale el Estado para la obtención de sus recursos y la intimidación del particular en el desistimiento de la comisión de conductas delictivas en contra de la hacienda publica.

11.- El delito de defraudación fiscal como tal debiera ser la expresión mas contundente del Estado hacia el contribuyente, de acrecentar el beneficio común y disminuir el beneficio particular, mediante la mejor distribución de la riqueza económica.

12.- El procedimiento administrativo y judicial que sancionan a la defraudación fiscal tienen identidad entre si, y la única diferencia que se deja observar es por la autoridad que lo conoce.

13.- El concepto de ilícito es único, pero se clasifica por necesidad de técnica legislativa y por la sanción que se aplica en la infracción y el delito. sin embargo, encontramos ilícitos que tipifican una misma conducta que los hace similares, por lo que se sostiene la unicidad del ilícito fiscal.

14.- La sanción sin duda alguna es una de las características que diferencian a la infracción del delito, la pena como una especie del genero de la sanción se caracteriza por ser represiva, intimidatoria y privativa de libertad siendo la que se aplique a los delitos, y la sanción pecuniaria se caracteriza por ser preventiva y retributiva, sin embargo, en la defraudación fiscal ambas sanciones operan como verdaderas penas.

15.- La multa es la sanción idónea que debe prevalecer para castigar el ilícito de defraudación fiscal.

16.- El Estado debe conforme a sus finalidades de procuración del bien común, armonizar sus actividades con las del contribuyente que los lleve al progreso social y económico y no a la pugna recíproca.

17.- El Estado en el ejercicio de su facultad de captar recursos tendrá que valerse de todos los medios legales existentes para hacerse llegar recursos, pudiendo normarse entre ellos la facultad para celebrar convenios con los defraudadores.

18.- Con la severidad que muestra la ley en materia de ilícitos fiscales la figura del perdón del ofendido sería una posibilidad legal que serviría tanto al Estado como a los contribuyentes con deseos de pagar, para suspender el procedimiento penal que haya sido entablado en su contra y no dejar de cumplir con sus contribuciones a las que están obligados y que son necesarias para el desempeño de las actividades del Estado.

19.- Una propuesta de su regulación sería la siguiente.

Para que proceda el perdón del ofendido en el delito de defraudación fiscal en los términos que lo establece el código penal, el contribuyente deberá cumplir con uno de los requisitos siguientes:

1.- Pagar en su totalidad las cantidades originadas por los hechos imputados, así como los accesorios correspondientes, o convenir su pago en parcialidades en los términos del artículo 66 primera parte de este ordenamiento, o

2.- Garantizar en su totalidad o en parte los créditos fiscales objeto del proceso penal, en los términos del artículo 141 y su reglamento de este ordenamiento..

BIBLIOGRAFÍA

- 1.-Acosta Romero, Miguel. Derecho Administrativo.
ed. 5ª, Ed. Porrúa, México, 1983. pp 577.
- 2.-Acosta Romero, Miguel. et al. Delitos Especiales.
ed. 2ª, Ed. Porrúa, México, 1990, pp.592.
- 3.-Antolisei, Francisco. Manual de Derecho Penal.
ed. 8ª, Ed. Temis, Bogotá - Colombia, 1988. pp. 614.
- 4.-Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México.
ed. 14ª, Ed. Kratos, México, 1992. pp 520.
- 5.-Bialostosky, Sara. Panorama del Derecho Romano.
Ed. UNAM. ed. 3ª, México, 1990. pp 267.
- 6.-Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos de Derecho Penal.
Ed. Porrúa, México, 1991. pp. 359.
- 7.-Claría Olmedo, Jorge. Derecho Procesal.
Ed. Palma, Buenos Aires, 1982. t. I pp.358, t. II pp. 574.
- 8.-Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.
ed. 13ª, Ed. Porrúa, México, 1992. pp. 723.
- 9.-Cortes Ibarra, Miguel. Derecho Penal.
ed. 3, Ed. Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1987. pp. 549.
- 10.-De la Garza, Sergio Francisco. Derecho Financiero Mexicano.
ed. 8ª, Ed. Porrúa, México, 1994. pp. 1025.
- 11.- El Digesto del Emperador Justiniano, Trad. Don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca
Ed. Ramón Vicente, Madrid, 1872. t. 12.
- 12.-Fontan Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. t. III
ed. 2ª, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980. pp. 545.
- 13.-Fraga, Gabino. Derecho Administrativo.
ed. 30ª, Ed. Porrúa, México, 1991. pp. 506.
- 14.- Franco Sodi, Carlos. Nociones de Derecho Penal.
Ed. botas, México, 1940. pp.246.

- 15.-García Domínguez, Miguel Ángel. Derecho Penal-Fiscal. Ed. Porrúa, México, 1994. pp.491.
- 16.-García Domínguez, Miguel Ángel. Teoría de la Infracción Fiscal. Ed. Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1982. pp. 427.
- 17.-Giuseppe, Maggiore. Derecho penal. ed. 2ª, Ed. TEMIS, Bogota-Colombia, 1989. pp.486.
- 18.-Hernández Esparza, Abdón. El Delito de Defraudación Fiscal. Ed. Botas. México, 1962. pp. 150.
- 19.-Iglesias Redondo, Juan. Derecho Romano. ed. 11ª, Ed. Ariel, Barcelona, 1993. pp. 662.
- 20.-Jimenez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal, t. III Ed. Losada, Buenos Aires, 1963. pp. 1102.
- 21.-Liszt Franz, Von. Tratado de Derecho Penal, t. III Trad. Jimenez de Asúa Luis. ed. 3ª, Ed. Reus, Madrid S.A. pp. 463.
- 22.-Lomeli Cerezo, Margarita. Derecho Fiscal Represivo. Ed. Porrúa, México, 1992. pp. 880.
- 23.-Lucero Espinosa, Manuel y Delgadillo Gutiérrez, Luis. Elementos de Derecho Administrativo. Ed. Limusa. México. 1991. pp.205.
- 24.-Margadant S., Guillermo F. Derecho Romano. ed. 19ª, Ed. Esfinge, México, 1988. pp. 530.
- 25.-Margadant S. Guillermo F. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Ed. Textos Universitarios, México, 1971. 8v.
- 26.-Margáin Manautou, Emilio. Introducción al estudio del Derecho Tributario. Ed. porrúa, México, 1985. pp 341.
- 27.-Mommson, Theodor. Derecho Penal Romano. trad. P. Dora, Ed. La España Moderna, Madrid s.a. 8v.
- 28.-Navarro, Rafael G. La Querrela. ed. 2ª, Ed. Pensamiento Jurídico Editora. Buenos Aires, 1985. pp.350.
- 29.-Osorio y Nieto, Cesar A. La Averiguación Previa. ed. 3ª, Ed. Porrúa, México, 1985., pp. 473.

- 30.- Pugliese, Mario. Instituciones de Derecho Financiero.
ed. 2ª, Ed. Porrúa, México, 1976. pp. 382
- 31.- Pallares, Eduardo. Prontuario de Procesal Penal.
ed. 10ª, Ed. Porrúa, México, 1986. pp. 343.
- 32.-Riquelme Fontecilla, Rafael. Tratado de Derecho Procesal Penal.
ed. 2ª, Ed Jurídica, Chile, 1978. pp. 405.
- 33.-Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal.
ed. 22ª, Ed. Porrúa, México, 1993. pp.403.
- 34.-Rivera Silva, Manuel. Derecho Penal Fiscal.
Ed. Porrúa, México, 1984. pp.146.
- 35.- Serra Rojas, Andres. Derecho Administrativo. t 1
ed. 10ª, Ed. Porrúa, México, 1981. pp. 765.
- 36.-Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano.
ed. 5ª, Ed. Porrúa, México, 1990. pp.644.

DICCIONARIOS

- 1.-Cabanalleras de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico.
Ed. Heliasta S.R.L., Argentina, 1988. p. 242.
- 2.-Catalagud Perez, Emilio. Diccionario Jurídico.
ed. 3ª, Ed. Comarcia, España, 19991. p. 300.
- 3.-Díaz de León, Marco A. Diccionario de Derecho Procesal Penal. V II.
ed. 2ª, Ed. Porrúa, México, 1989. p. 1298
- 4.-Diccionario de la Real Academia Española.
ed. 19ª, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1970. p. 1006
- 5.-De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho.
ed. 16ª, Ed. Porrúa, México, 1989. p. 383.
- 6.-Nueva Enciclopedia Jurídica. 20v.
Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1989. t. XIX p. 526.
- 7.-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano.
ed. 4ª, Ed. Porrúa, México, 1991. p. 2382

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Código Penal para el Distrito Federal y territorios de la Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos contra la federación de 1872.

Ed. Talleres tipograficos de la casa editora J de Elizalde, México, 1872.

Anteproyecto de reformas al Código Penal para el Estado de Veracruz.

Veracruz leyes y Decretos. Ed. Talleres Linotipograficos del Estado de Veracruz, Jalapa, Veracruz, 1951.

Comisión de Estudios Penales de la Procuraduría General de la República.

Anteproyecto del Código Penal de 1958. Ed. Gráficos - Herber, México, 1958.

Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la Republica en materia de fuero Federal. de 1931 Ed. Botas, México, 1931.

Código de Procedimientos Penales

Ed. Porrúa, México, 1995.

Código Penal para el Distrito Federal.

Ed. Porrúa, México, 1994.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Ed. Porrúa, México, 1995.

Código Fiscal de la Federación.

Ed. THEMIS, México, 1995.

México Leyes y Decretos. Anteproyecto de Código Penal de 1949.

Ed. Herber, México, 1949.