

650



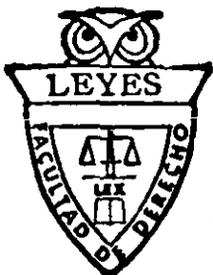
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ANALISIS DE LA DOBLE REGULACION JURIDICA DEL ILICITO
DE CONTRABANDO, DESDE LA PERSPECTIVA DEL AMBITO
PENAL Y DEL ADMINISTRATIVO.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
LUIS ENRIQUE NAVARRO CHAVARRIA



ASESOR: DR. RAUL EDUARDO LOPEZ BETANCOURT

MEXICO, D. F.

290458

MARZO 2001



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

A mis padres: Mi mayor tesoro en la vida

Atalo, ejemplo de probidad y calidad humana

Emma, fuente de amor inagotable.

A mis hermanos:

José Alfredo

Guillermo Mauricio

Mario Humberto

Claudia Fabiola, y

Andrés Osvaldo

Con quienes he compartido momentos inolvidables.

A mis abuelitos Fermin y Aurora:

Quienes con su amor me llenaron de ternura

A mis abuelitos Tomás y Esperanza:

Ejemplo de armonia y cariño.

*A la Universidad Nacional Autónoma de México.
Facultad de Derecho.*

*Por haberme dado la oportunidad de realizar uno de mis
más grandes sueños.*

*Mi agradecimiento al Doctor Eduardo López Betancourt,
por su valiosa y desinteresada ayuda que me brindó para la
realización de esta tesis.*

*Al Doctor Ernesto Gutiérrez y González, símbolo de
honradez intelectual, quien dedicó horas de justo
esparcimiento, a la consecución de este trabajo.*

INDICE

ANÁLISIS DE LA DOBLE REGULACIÓN JURÍDICA DEL ILÍCITO DE CONTRABANDO, DESDE LA PERSPECTIVA DEL ÁMBITO PENAL Y DEL ADMINISTRATIVO.

INTRODUCCIÓN9

CAPÍTULO I ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS DEL DELITO DE CONTRABANDO.

	PAG.
A.- EN UN PRINCIPIO.	18
B.- ROMA.	24
C.- ESPAÑA.	26
D.- FRANCIA.	29
E.- HOLANDA.	31
F.- INGLATERRA.	32
G.- MÉXICO.	34
a).- PERÍODO COLONIAL.	34
b).- PERÍODO INDEPENDIENTE.	40

CAPÍTULO II

MARCO CONCEPTUAL

A.- NOCIÓN DE DELITO Y DELITO FISCAL.	55
B.- DERECHO E INFRACCIÓN ADUANERA. . .	71
C.- MERCANCÍAS.	76
D.- TERRITORIO ADUANERO.	82
E.- FRANJA Y REGIÓN FRONTERIZA.	84
F.- IMPUESTO.	88
G.- CUOTA COMPENSATORIA.	98
H.- RECINTO FISCAL Y FISCALIZADO. . . .	101
I.- CONCEPTO DE CONTRABANDO.	103

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DEL DELITO DE CONTRABANDO

A.- CONDUCTA O HECHO.	112
B.- ASPECTO NEGATIVO:	
AUSENCIA DE CONDUCTA.	123
C.- TIPICIDAD.	125
D.- ASPECTO NEGATIVO: ATIPICIDAD. . . .	134
E.- ANTIJURIDICIDAD.	137
F.- ASPECTO NEGATIVO, CAUSAS DE JUSTIFICACION.	140
G.- CULPABILIDAD.	144
H.- FORMAS DE CULPABILIDAD.	151
I.- INCULPABILIDAD.	154
J.- PUNIBILIDAD.	159
K.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.	166
L.-CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	167
M.- ITINER CRIMINIS DEL DELITO.	168
N.- TENTATIVA.	170

Ñ.- CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO 174

CAPÍTULO IV

LOS PROCEDIMIENTOS EN LA VÍA
ADMINISTRATIVA Y EN LA PENAL APLICADOS AL
ILÍCITO DE CONTRABANDO.

A.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN MATERIA ADUANERA.	180
B.- PROCEDIMIENTO PENAL.	196
1.- ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.	197
a).- AVERIGUACIÓN PREVIA.	199
a)'.- DECLARATORIA DE PERJUICIO. ..	202
b).- PREINSTRUCCIÓN.	215
c).- INSTRUCCIÓN.	221
d).- JUICIO.	224
a)'.-LA SOLICITUD DE SOBRESEIMIENTO.	225
e).- SENTENCIA.	236

CAPÍTULO V

EL DOBLE PROCEDIMIENTO DEL ILÍCITO DE
CONTRABANDO, CON RELACIÓN A LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS
UNIDOS MEXICANOS, EN SU ARTÍCULO 23.

I.- CORRIENTES SOBRE EL PRINCIPIO <i>NON BIS IN IDEM.</i>	238
---	-----

A.- CORRIENTE QUE SOSTIENE QUE NO SE VIOLA
LO DISPUESTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA
DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN SU

ARTÍCULO 23, AL REGULARSE EL ILÍCITO DE
CONTRABANDO EN DOS ORDENAMIENTOS
JURÍDICOS. 238

B.- CORRIENTE QUE SOSTIENE QUE SÍ SE VIOLA
LO DISPUESTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA
DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN SU
ARTÍCULO 23, AL REGULARSE EL ILÍCITO DE
CONTRABANDO EN DOS ORDENAMIENTOS
JURÍDICOS. 252

C.- POSTURA PERSONAL. 262

II.- SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE
INFRACCIÓN Y DELITO, APLICADAS AL ILÍCITO
DE CONTRABANDO. 268

A.- CORRIENTE QUE SOSTIENE QUE EXISTEN
DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE INFRACCIÓN Y
DELITO. 268

B.- CORRIENTE QUE SOSTIENE QUE NO EXISTEN
DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE INFRACCIÓN Y
DELITO. 275

C.- POSTURA PERSONAL. 287

III.- PROPUESTA PERSONAL SOBRE LA
DEBIDA REGULACIÓN DEL ILÍCITO
DE CONTRABANDO. 303

CONCLUSIONES. 309

BIBLIOGRAFÍA. 317

INTRODUCCION

El presente estudio es sobre un ilícito penal que afecta de una manera directa no solamente al patrimonio del Estado, sino a la economía nacional, el cual en su nombre lleva en sí, invívita, la idea de contravención, ya que contrabando, significa lo contrario a la ley.

El contrabando es un ilícito penal que ha existido desde los pueblos más antiguos hasta la actualidad, y no obstante que en algunas épocas y lugares lo han considerado benéfico, lo cierto es que ha traído casi siempre, graves consecuencias.

Dicho ilícito nació con la creación de impuestos al tráfico de mercancías de un pueblo a otro, pues el ser humano ávido de riquezas económicas, busca burlar a la autoridad aduanera evadiendo el pago de los impuestos sin importarle el daño que produzca a su pueblo al anteponer, de manera ilegal sus intereses personales, frente a los de la sociedad.

En efecto, los contrabandistas al omitir el pago de impuestos, sobre todo a la importación, actúan en detrimento del Patrimonio Federal y en consecuencia se impide que el Estado cumpla con sus funciones de suministrar oportunamente los servicios públicos necesarios para el desarrollo

nacional, ya que históricamente este tipo de impuesto ha constituido una de las fuentes principales de ingresos para el Estado.

Así, cometer dicho ilícito trae como consecuencia una competencia desleal, ya que quien realiza esta actividad, al no pagar los impuestos, puede ofrecer sus mercancías a precios más bajos, que aquel comerciante que no solamente tiene que pagar los impuestos, sino, salarios, reparación de maquinaria, prestaciones obreras, contingencias, entre otros rubros; así las cosas, se tiene enfrente a un adversario irresponsable, que muchas veces obliga a cerrar pequeñas y medianas empresas que representan en gran parte la industria nacional, lo que trae como consecuencia que no se desarrolle la industrialización del país, y se tengan que seguir importando mercancías que podrían ser generadas por la industria del país, por eso se afirma que el contrabando afecta a la economía del país.

Ciertos factores, para que se genere con mayor fuerza el delito de contrabando, son las épocas de crisis económicas, en que se presenta la inflación, descapitalización, acaparamiento de los productos nacionales, tasas de interés altas, oscilaciones bruscas de precios.

Agregado a lo anterior, se encuentra que debido a la gran extensión de litorales y fronteras que tiene Estados Unidos Mexicanos, el control de vigilancia, es sumamente difícil, aunado a las características fisiográficas que han hecho aún más difícil dicho control; asimismo por lo que se refiere al espacio aéreo, éste no es totalmente controlado

permitiendo el fácil acceso a cualquier máquina aérea que tenga una tripulación conocedora de la topografía de una determinada región, para poder aterrizar y despegar de la misma, amén de que hay bandas organizadas que se dedican al contrabando, las cuales cuentan con lugares estratégicos en el país, donde tienen sus pistas de aterrizaje para avionetas, las que llegan cargadas de productos de importación.

Dentro de las cosas más importantes con las que se comete el delito de contrabando, y que se saca del país, está el camarón del Golfo de México, la madera preciosa de Quintana Roo y Campeche; por otra parte, la introducción de grandes cantidades de whiskey escocés, de artículos y telas inglesas provenientes de Belice a través de la frontera de nuestro país, todo ello en forma organizada.

Es importante destacar que el contrabando ya no se realiza en forma violenta, sino ahora en su gran mayoría se lleva a cabo mediante la figura de la subvaluación de mercancías.

Evidentemente los tiempos cambian, y si bien es cierto que las medidas arancelarias, como las no arancelarias, (cuotas compensatorias, permisos) sirven para proteger y fomentar la industria nacional, también lo es que en la actualidad México, vive una etapa de apertura comercial iniciada en el año de 1988, que vino a consolidarse con la entrada en vigor el 1° de enero de 1994, del Tratado del Libre Comercio de América del Norte, celebrado entre Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, habiéndose incrementado considerablemente.

En particular en lo referente a las importaciones de toda clase de bienes y servicios, después de un período de más de 40 años de proteccionismo industrial, durante el cual se restringió, y en otros casos se prohibió la importación de un importante número de productos de origen extranjero, con la finalidad de que se desarrollase la industria propia, pero no obstante lo anterior, se ha considerado con cierta razón, que el proteccionismo industrial sí bien dio origen a una industria nacional que sustituyó algún tipo de importaciones, también lo es que dicha industria nacional, se caracterizó por manufacturar artículos de mediana calidad y de precios elevados, lo que no sólo perjudicó al consumidor nacional sino que condenó a México al atraso tecnológico.

Se habla del ilícito de contrabando, porque esta figura reviste especialmente dos tipos de ilícitos, como son la infracción administrativa en materia aduanera y el delito en materia penal, haciendo la aclaración que como infracción aduanera su nombre técnico es "infracciones relacionadas con la importación o exportación", sin embargo, su naturaleza es precisamente la del ilícito de contrabando, como anteriormente se denominaba a dichas infracciones, siendo el objetivo primordial que verifico en este trabajo el de la doble regulación de esta figura, es decir, como delito y como infracción, ya que en la doctrina nacional se han adoptado dos posturas, en cuanto a los dos procedimientos que para sancionar a dicho ilícito se aplican: unos autores que opinan que con tales procedimientos

se viola la garantía consagrada en el artículo 23 de la Constitución y otros, que estiman correcta la regulación de dicho ilícito por dos procedimientos diversos; emito finalmente mi opinión y propuesta en este trabajo.

Considero que el análisis del ilícito penal en comento, es bastante complejo por estar inmerso en él diversas ramas del derecho; así como palabras y conceptos que poseen un lenguaje técnico propio que amerítan una explicación aparte; exige conocer no solo el significado que tiene en materia aduanera el vocablo "mercadería", sino también el de la expresión "territorio aduanero", y de ello me ocupo en este trabajo. Por lo que concierne a la materia del Derecho Penal, me avocaré a estudiar el delito de contrabando, a través de la teoría del delito, para hacer posteriormente una comparación entre la infracción y el delito de contrabando.

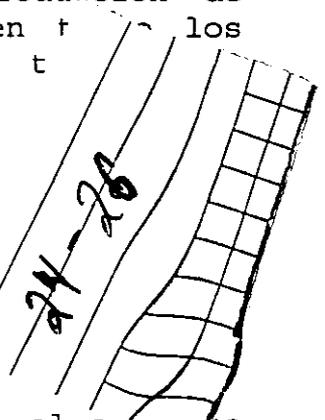
Por lo que respecta al contrabando como delito, es importante realizar el análisis de su ubicación como tal, ya que se trata de un delito especial, señalando las ventajas e inconvenientes de dicha regulación.

En relación con este ilícito penal, puede advertirse la aparición de organizaciones de contrabandistas que configuran verdaderas empresas para delinquir.

Estas empresas se caracterizan por contar con ingentes medios y recursos para su actividad ilícita (capital para financiar las operaciones, incluidos sobornos, aviones, buques, camiones, inmuebles, entre los que cabe

destacar las pistas de aterrizaje clandestinas), así como con numerosas personas reclutadas en los diversos estratos sociales, desde simples paseras a comandantes, tripulantes y azafatas de aviones y de otros medios de transporte, integrantes de la fuerza de seguridad, funcionarios y empleados públicos, etcétera. Los recursos financieros de que disponen permite su acción corrupta en la sociedad, que lesiona distintos bienes tutelados, como la salud pública, o perjudica al comercio honesto con la introducción de mercaderías extranjeras que eluden los gravámenes aduaneros como la t interna.

En diversas legislaciones del delito de contrabando, es rep mismas penas que corresponde consumado, como en las le Argelia, Chile, República Domi Francia, Italia, Paraguay, etcéte.



Tal como surge de lo expuesto, el concepto de "territorio aduanero" con sus variantes general y especial posibilita al legislador prescindir del ámbito espacial referido por el territorio nacional para atender eventuales diferencias internas en el orden económico. Asimismo, permite que varios estados soberanos, conservando sus fronteras políticas, se integren entre sí constituyendo una unión aduanera, la que debe asentarse en un territorio aduanero común.

Para lograr el desarrollo de este trabajo, lo haré a través de los siguientes capítulos:

ANÁLISIS DE LA DOBLE REGULACIÓN JURÍDICA
DEL ILÍCITO DE
CONTRABANDO, DESDE LA PERSPECTIVA DEL
ÁMBITO PENAL Y DEL ADMINISTRATIVO.

CAPÍTULO I
ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS DEL
DELITO DE CONTRABANDO.

- A. - EN UN PRINCIPIO.
 - B. - ROMA.
 - C. - ESPAÑA.
 - D. - FRANCIA.
 - E. - HOLANDA.
 - F. - INGLATERRA.
 - G. - MÉXICO.
- a) .- PERÍODO COLONIAL,
- b) .- PERÍODO INDEPENDIENTE.

CAPÍTULO II

MARCO CONCEPTUAL

- A. - NOCIÓN DE DELITO,
- B. - DELITO ESPECIAL,
- C. - DELITO FISCAL,
- D. - INFRACCIÓN ADUANERA,
- E. - MERCANCÍAS,
- F. - TERRITORIO ADUANERO,
- G. - FRANJA Y REGIÓN FRONTERIZA,
- H. - IMPUESTO,
- I. - CUOTA COMPENSATORIA,
- J. - RECINTO FISCAL Y FISCALIZADO,
- K. - CONCEPTO DE CONTRABANDO.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DEL DELITO DE CONTRABANDO

- A. - CONDUCTA O HECHO,
ASPECTO NEGATIVO: AUSENCIA DE CONDUCTA.
- B. - TIPICIDAD,
ASPECTO NEGATIVO: ATIPICIDAD.
- C. - ANTIJURIDICIDAD,
ASPECTO NEGATIVO, CAUSAS DE
JUSTIFICACION O DE LICITUD.
- D. - CULPABILIDAD,
ASPECTO NEGATIVO: INCULPABILIDAD.
- E. - PUNIBILIDAD,
ASPECTO NEGATIVO: EXCUSAS
ABSOLUTORIAS.
- F. - CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD,
AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE
PUNIBILIDAD.
- G. - ITINER CRIMINIS DEL DELITO
 - I. - FASE INTERNA y
 - II. - FASE EXTERNA.
- H. - CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO.

CAPÍTULO IV

LA DOBLE REGULACION DEL ILICITO PENAL DE
CONTRABANDO EN LA VIA PENAL Y ADMINISTRATIVA.

- A.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO;
- B.- PROCEDIMIENTO PENAL; SUS ETAPAS:
 - I.- AVERIGUACIÓN PREVIA, DECLARATORIA DE PERJUICIO.
 - II.- INSTRUCCIÓN, SOLICITUD DE SOBRESEIMIENTO.
 - III.- JUICIO;
 - IV.- SENTENCIA.

CAPITULO IV

EL DOBLE PROCEDIMIENTO CONFORME AL ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL.

- A.- CORRIENTE QUE SOSTIENE QUE POR ENCONTRARSE REGULADO EL CONTRABANDO EN DOS ORDENAMIENTOS, NO SE VIOLA LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL.
- B.- CORRIENTE QUE SOSTIENE QUE POR ENCONTRARSE REGULADO EL CONTRABANDO EN DOS ORDENAMIENTOS, SI SE VIOLA LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL.
- C.- POSTURA PERSONAL.
- D.- SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE INFRACCIÓN Y DELITO;

CONCLUSIONES
BIBLIOGRAFÍA.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS DEL CONTRABANDO.

A.- EN UN PRINCIPIO.

El contrabando es un ilícito muy antiguo que nació con el florecimiento del comercio, pues en aquella época sabido es que los pueblos de Babilonia, Egipto, Grecia, Rodas, Fenicia y su colonia Cartago, alcanzaron un grado altísimo de prosperidad mercantil, tratando de obtener el dominio comercial controlando ciudades y puertos importantes, surgiendo la necesidad de la creación de instituciones aduaneras para su control, imponiendo cargas tributarias en favor del gobernante.

Así en los primeros tiempos de Egipto, la envidia de que otros poseyesen los frutos de la cultura egipcia, implantó al inicio un verdadero aislamiento comercial. Diódoro Sículo cuenta que, todo navegante extranjero que entraba a puertos egipcios era condenado a muerte o a esclavitud. Sólo posteriormente y poco a poco a través del Rey Sammético (656 años antes de J.C.), abrió las puertas al comercio extranjero para la importación; y hasta que la exuberancia de los productos de las manufacturas llegó a exigirlo, se permitió la exportación, la cual floreció especialmente en granos, tejidos y vajillas.

Se dice que Egipto contaba con un conjunto de medidas fiscales incomparable, ya que había una red de puestos aduanales, cerraba todas las fronteras de Egipto; en el Mar Rojo, la aduana egipcia funcionaba probablemente en los puertos de Berenice y de Myos Hormos; en el sur de Egipto, junto al Nilo, había sido instalada en Siena; en el Norte, en el Delta, el puesto aduanero más importante se encontraba naturalmente en Alejandría; entre otros más. El derecho era para todas las mercancías del 25% de su valor a la entrada; no conociéndose la tarifa del derecho de salida. Además no había una sola etapa de la ruta por la cual viajaban las mercancías, ya de un puerto de entrada a otro de salida, ya del lugar de producción al lugar de consumo, en la que el recaudador de impuestos no interviniera para percibir una parte más o menos considerable del valor de dichas mercancías.

Arozena M. señala que:

"...tanto en el antiguo Egipto como en Cartago, los impuestos a la importación y al tránsito de mercaderías constituyeron fuente principalísima de los recursos estatales. Los egipcios centraban su comercio de importación en los productos provenientes de las zonas meridionales de Asia, que les proveían materias primas para los productos elaborados que luego exportaban a puertos europeos conjuntamente con sus excedentes agrícolas. También mantuvieron una importante corriente de tránsito entre los mercados asiáticos y

africanos, percibiendo con tal motivo los derechos de circulación".⁽¹⁾

La imposición de todos los impuestos dentro de los cuales se encuentran los de operaciones comerciales, es decir, de importación y de exportación, de tránsito, así como toda venta y toda compra en Egipto y fuera de Egipto, dependían del soberano y los beneficios debían ser entregados al mismo.

Por lo que hace a la India, algunos tratadistas comentan que en ese país surgen las primeras ideas de que se pagara un tributo por la introducción o extracción de las mercancías, a o de, un determinado territorio, creándose en los pasos fronterizos un lugar adecuado, para su recaudación, siendo el ejército el que se encargaba de su cobro o percepción.

Según Pessagno:

"La India es el primer pueblo en adoptar un régimen aduanero, mencionando que en el período helénico los impuestos de circulación y tránsito eran de un dos por ciento del valor de las mercancías que se despachaban, así mismo que en Rodas el estado percibía aproximadamente un millón de dracmas anuales con motivo del comercio de tránsito, cuyo monto redondeaba los cincuenta millones de dracmas anuales".⁽²⁾

⁽¹⁾ *Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo XV*, Ed. Driskill, Argentina, 1982, p. 122.

⁽²⁾ *Idem*.

La India practicaba el comercio con Persia, Armenia, los pueblos del mar Negro y con China, teniendo con esta última como objeto la seda que se producía en dicho pueblo. En la división de castas existía la de los mercaderes que tenían el derecho de limitar ó prohibir la exportación y gravarla.

Hay pocas noticias sobre las ciudades fenicias en los últimos siglos del segundo milenio anterior a la Era Cristiana; aunque narraciones posteriores indican que antes del año 1100 A.C., Tiro había asumido ya el papel de gran exploradora del Mediterráneo, aunque los críticos interpretan estas noticias como leyendas, puesto que el comercio y la economía fenicia no se documenta en la Biblia o en los textos asirios hasta doscientos años después. Para poder conocer la historia de este pueblo ha sido necesario extraerla de las relaciones concretas que tenían con sus vecinos, los cuales sí cuentan con fuentes históricas, ya que los fenicios y pueblos del mediterráneo no han dejado testimonio.

El pueblo fenicio, fue el primero que tomó posesión de Europa por el comercio, fundando las ciudades de Tiro, Sidon, Biblos, entre otras.

Asimismo, fundaron a Cartago, en las costas africanas, cuyo poder, en su momento, fue el más terrible rival de los romanos.

Entre sus importaciones estaba la madera de sándalo, piedras preciosas, marfil, monos, pavos reales y sobre todo oro y plata, todos ellos provenientes de la tierra de Ofir, entre

otros; en cambio dentro de los productos manufacturados de exportación se mencionan los utensilios de madera de cedro con incrustaciones de marfil, las copas de bronce o de plata finamente cinceladas, los recipientes de pasta vítrea y las telas teñidas de púrpura.

La administración del territorio africano, extendido desde Argelia, hasta las fronteras con Cirenaica, se basaba en una división de distritos, llamados en púnico "tierras", al frente de los cuales estaban unos funcionarios designados desde la capital.

Cada una de las Ciudades gobernaba de forma autónoma, por lo menos en lo que se referían a asuntos internos, mientras que la ciudad de Cartago, ejercía sobre todo desde el punto de vista fiscal, puesto que ésta recogía los tributos en todo el territorio metropolitano.

Dichos tributos se aplicaban tanto a los productos agrícolas, cuya tasación podía llegar en circunstancias excepcionales hasta la mitad de lo cosechado, como a los impuestos aduaneros que producían unas entradas notables, sobre todo en las ciudades portuarias.

Cartago, colonia de Fenicia, fue uno de los pueblos donde el comercio tuvo su mayor desarrollo, donde el trueque basado en la recíproca confianza, que contrasta con la poco halagadora, o si se quiere incluso picaresca, imagen que las antiguas fuentes en general nos dan de los mercaderes fenicios.

La historia registra que los cartagineses introducían en forma ilegal vinos y tejidos.

"En la historia encontramos que Cartagineses, Romanos y sobre todo Fenicios, tuvieron la necesidad de dedicar gran parte de material bélico y humano de sus ejércitos para tratar de evitar las introducciones ilícitas de determinados efectos, así mismo, las naves vigilaban constantemente en el mar, persiguiendo tenazmente las embarcaciones con mercancías que pretendían ser introducidas sin el pago correspondiente del tributo en su territorio".⁽³⁾

En Grecia, se conocían y se practicaban los derechos de aduana, toda vez que se cobraba por introducir o extraer mercancías, como ejemplo, se registra el derecho aduanero en el Ática, tanto por la importación como por la exportación que era del 2% ad valorem, conocido con el nombre de Emporium. Era una medida fiscal, no económica, ya que no tuvieron nociones sobre balanza de comercio, aranceles basados en principios económicos, y solo tenía en principio como objeto suministrar recursos al Estado.

Sin embargo, posteriormente:

"...los griegos se sirvieron de sus aduanas para establecer un mecanismo de restricción al cambio internacional de

⁽³⁾ Cerisola Benvenuti, Alejandro, *El Contrabando. Estudio Jurídico Sustancial*, Tesis Profesional 1974, pp. 13 y 14.

productos, además de favorecer a sus ciudades o colonias de la competencia de otros países. Utilizaron medidas proteccionistas para evitar la exportación de cereales y eludir el acaparamiento de los granos, para así prevenir las crisis sociales que podrían traer consigo la falta de estos productos agrícolas. La inspección de estas medidas proteccionistas y antimonopólicas se encomendó a los inspectores denominados "Sytofilacos".⁽⁴⁾

En Atenas clásica, la exportación de granos domésticos llegó a estar sancionada con la pena capital.

B.- ROMA.

Rutas terrestres, vías fluviales, grandes líneas de navegación en el mediterráneo y fuera de él, constituían a favor de la economía comercial del mundo antiguo durante el Imperio Romano, una red muy bien coordinada de comunicaciones regulares y fáciles.

En todos esos lugares, la circulación no era completamente libre; por las mercaderías transportadas a través del imperio, se tenía que pagar múltiples derechos cuyo conjunto formaba lo que se llamaba el portorium, atribuyéndose su creación a Anco Marcio, con

⁽⁴⁾ Carvajal Contreras, Máximo, *Derecho Aduanero*. Séptima edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1998, p.52.

motivo de la conquista del puerto de Ostia, lugar donde se reglamentó por primera vez.

El portorium corresponde a tres clases de impuestos o de tasas conocidos por los modernos como la aduana, es decir, el impuesto percibido en la frontera de una provincia o de un Estado y por cuenta de ese Estado; el arbitrio o alcabala, cobrado a la entrada o a la salida de una ciudad por cuenta de esa ciudad; y el peaje, es decir, la tasa cobrada por el paso en ciertos lugares, por ejemplo por un puente.

Los romanos no tenían términos para diferenciar esas diversas formas de tasas semejantes, lo que sí diferenciaban era la división de los portoriums en terrestres y marítimos, según que el derecho fuera percibido en las fronteras de tierra del imperio, de una provincia o de una ciudad, o bien en un puerto de mar; la violación a las normas que establecían éstos impuestos daba lugar al decomiso de las mercancías objeto de dicho impuesto, también se confiscaban las mercancías que estaban prohibidas exportar.

Asimismo, señala Margarita Lomelí Cerezo, que existía:

"...un contrabando ejercido a mano armada, el que se reprimía por las armas, estableciendo pequeñas fortalezas y puestos militares en algunas regiones fronterizas".⁽⁵⁾

⁽⁵⁾ Urbina Nandayapa, Añuro, *Los Delitos Fiscales en México, Tomo II. Delitos Fiscales en el Derecho Positivo Mexicano*, primera edición, Editorial Sicco, México, 1997, p. 134.

El tipo de tasa aduanal variaba según las regiones, desde el 2% en España hasta el 5% en Sicilia, en África, y en la Iliria. Esas diversas tasas, percibidas a lo largo del recorrido que seguían las mercancías, aumentaban considerablemente el precio de éstas: Plinio el viejo informa que los productos originarios de la India, se vendían al llegar a su destino, por el céntuplo de su valor inicial. La percepción del portorium en sus múltiples formas tenía una gran importancia para las finanzas del Estado.

"El contrabando era un hecho usual dentro del sistema romano. Era común que los mercaderes pusieran la túnica blanca - prae- texda- y la 'bulla' a los esclavos para que con estos distintivos de hombres libres cruzaran las aduanas sin pagar el portorium".⁽⁶⁾

En el Imperio Romano nace el oficio del comes commerciaru, que cuidaba que no se comerciara con cosas ilícitas y prohibidas.

C.- ESPAÑA.

Los Arabes, introdujeron a España un impuesto aduanero llamado "Almojarifazgo" el cual gravaba, con diferentes porcentajes que iban desde un tres por ciento hasta un quince por ciento del valor de las mercancías, a su introducción o a su extracción.

⁽⁶⁾ Carvajal Contreras, Máximo. Op. cit. p. 54.

"En la parte cristiana de España, que no quedó sometida a los árabes, existía también un sistema aduanero en el cual las aduanas de carácter terrestre eran denominadas 'Puertos Secos' y las aduanas marítimas 'Puertos Mojados'; en estos puertos se percibía un derecho de carácter aduanero llamado 'Portazgo'. Se estableció desde el siglo XII otro derecho de carácter aduanero denominado 'Diezmo de Mar' que era un derecho de puerto impuesto a las mercancías por su introducción".⁽⁷⁾

Por otra parte, se tiene que en las Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio:

"...durante los años de 1256 a 1265, se encuentran abundantes disposiciones sobre sanciones en materia fiscal. En la quinta partida, título VII, Ley V, se establece el portazgo, impuesto fijado a todas las mercancías que trajeren a vender o sacaren del reino, ordenando que si los mercaderes encubrieren algunas cosas de cuantas trajeren o llevaren, las perderían, esto es, serían confiscadas en favor del fisco real. La ley sexta de dicho título señala la propia pena para los que, con objeto de evadir el portazgo, anduvieren 'descaminados', es decir, fuera de los caminos en que se cobraba el gravamen".⁽⁸⁾

⁽⁷⁾Carvajal Contreras. Máximo. Op. cit. p.55.

⁽⁸⁾Urbina Nandayapa. Arturo. Op. cit. p.134.

El Papa Alejandro VI, árbitro supremo en materia internacional, otorgó a España después del regreso del primer viaje de Cristóbal Colón, el reconocimiento del derecho exclusivo para navegar más allá del Mediterráneo que pasa a 100 leguas al Occidente de las Islas Azores además, por Bulas del 3 y 4 de mayo de 1493, prohibió estrictamente a cualquier persona, acercarse con objeto de especular o con motivo cualquiera, sin especial licencia de los soberanos españoles, a las tierras firmes e islas encontradas y que se encuentren descubiertas y se descubran hacia el Occidente.

De éstos documentos arranca la política de exclusivismo comercial que siguió España respecto a sus colonias americanas. Dicho exclusivismo, se manifestó en la prohibición del intercambio con otras naciones.

Durante la guerra que sostuvo España con Francia, Inglaterra y Holanda, estas tres naciones favorecidas por Portugal, se hicieron señoras de ese comercio por medio del contrabando no sólo con la tolerancia sino con la complicidad del gabinete de Madrid, que conocía muy bien que no podía evitarlo, pues España no podía abastecer a sus colonias, y las mismas sostuvieron el comercio de diversas mercancías con esos países en guerra.

De esta manera España iba recibiendo el castigo de sus desaciertos económicos y políticos por las severas lecciones del contrabando para perder más tarde hasta el dominio político de sus posesiones americanas.

Así pasó todo el comercio de la América Española a manos de los extranjeros. Por medio de la actividad del contrabando, debido al deseo que los colonos tenían de surtirse en abundancia y a menos precio del que establecía España; el historiador Luis Mora comenta que a pesar de que se enviaron buques guarda costas, a los puertos más frecuentados por los contrabandistas, dicho ilícito se siguió cometiendo, ya que aquéllos llegaban a arreglos con los que les ofrecían buenas gratificaciones y aprehendían sólo a aquellos que no se encontraban en este supuesto.⁽⁹⁾

D. - FRANCIA.

En Francia se dictó la Ordenanza de 1687, donde ya se regulaba el contrabando en su título VIII⁽¹⁰⁾, dictándose en 1690, una disposición que castigaba el contrabando del tabaco hasta con la pena de muerte.

Por otra parte, en el Edicto de 1726 se establece que el que introduce en contrabando telas prohibidas es condenado por primera vez a 200 libras de multa, la segunda vez a seis años de galera, o incluso a 9 si el transporte es efectuado a lomo de caballos. Si la multa no es pagada corresponde el látigo y la aplicación de hierro caliente sobre la espalda. En cuanto al contrabando armado es reprimido más severamente

(9) Mora José María Luis. México y sus Revoluciones. Tomo I Editorial Porrúa, S.A. México. P. 12

(10) Basaldúa Ricardo, Xavier. *Introducción al Derecho Aduanero, Concepto y Contenido*, Editorial Abeledo Perrot. p. 86 y 88.

aún: la declaración real del 27 de enero de 1733, luego de haberlo calificado de 'crimen que afecta la tranquilidad del Estado', prevé que serán penados de muerte los particulares que fueren arrestados llevando tabaco, telas pintadas o todas otras mercaderías, mediante tropa o armas, y este mismo texto promete el suplicio de la rueda a aquellos que, rebelándose, hieren a un empleado de la Ferme.

Posteriormente, se establecieron penas para las mujeres que ejercieran el contrabando, castigándoseles con la marca a fuego, el destierro o la prisión perpetua.

"En Francia, en época más reciente, se reprimía al contrabando, en el Imperio Napoleónico el combate a este delito fue utilizado como instrumento de guerra en contra de Albión, al expresar: 'En 1810 se crearon cortes aduaneras que eran verdaderos tribunales especiales. Las penas que aplicaban consistían en trabajos forzados, por lo menos durante diez años y con marca infamante; pena de muerte para los casos más graves; confiscación y quema de mercancías', este tipo de sanción se explicaba por la guerra de vida o muerte que sostuvo Napoleón en contra de Inglaterra, y como táctica bélica el gran Corso decretó el bloqueo continental para ahogar económicamente a Albión, pero este bloqueo no pudo llevarse a cabo con efectividad, precisamente por la acción del contrabando, veloces fragatas inglesas burlaron dicho bloqueo

llevando mercancías de importación prohibida al continente y produjeron en su momento el rompimiento de la alianza de Francia con Suecia y Rusia, acontecimiento que marca el fin del Imperio Napoleónico, ya que uno de los motivos que impulsó la invasión a Rusia, fue precisamente castigar a ese país por no haber respetado el bloqueo comercial continental, esta invasión marcó la primera gran derrota de un ejército considerado hasta entonces invencible".⁽¹¹⁾

E.- HOLANDA.

En 1634 pudo apoderarse Holanda de las islas de Curazao, Benaire, Alves y Aneba, hacia la desembocadura del Orinoco, y además la Guyana, únicos puntos de su comercio con América y desde donde había organizado un inmenso contrabando, protegido por su pabellón neutral.

A pesar de tanta grandeza, llegaba ya el momento en que precisamente ella, aleccionando a las demás de Europa y estimulando su patriotismo, suscitase rivales y concurrencia activísima por todas partes a la poderosa Holanda; en Suecia y Dinamarca, los Reyes Gustavo Adolfo y Cristian V, procuraron crear una industria nacional, privando a Holanda del monopolio que tanto tiempo había ejercido: lo mismo sucedió en España, en Francia y en Portugal, y sobre todo en Inglaterra, cuya acta

(11) Urbina Nandayapa, Arturo. Op. cit. p. 135.

de navegación, vino a dar un rudo golpe al secular monopolio de los holandeses.

Era el comercio que hasta entonces se había abandonado a la iniciativa y esfuerzos individuales, comenzó a considerarse un asunto nacional y que los gobiernos más ilustrados y ya perfectamente constituidos, tomaron a su cargo el defender a su nacionalidad en el orden económico, estableciendo aranceles, prohibiciones, impuestos sistemáticamente destinados a proteger la industria y el comercio nacionales contra el poder de la industria y comercio extranjeros. En este despertar de las nacionalidades económicas fue Inglaterra la primera que se anticipó a dar al mundo la idea de un sistema general de legislación proteccionista.

F.- INGLATERRA.

Al finalizar la edad media Inglaterra era tributaria, en su comercio exterior; sin embargo, apareció el espíritu de asociación para combatir los privilegios concedidos a los extranjeros y la sociedad de aventureros mercaderes autorizada por Enrique IV en 1406, se dedicó a la exportación de paños ingleses, importando en cambio telas de Italia, vinos y otros productos de Levante.

Al mismo tiempo, y cerradas como estaban para los ingleses las grandes expediciones marítimas, se dedicaron a la pesca en las costas de la mancha, las constantes guerras que sostenía Inglaterra la obligaron a crear una marina nacional en los arsenales de Woolwich

sobre el Támesis; la única industria seria que era la de la lana se extendía cada vez más y más, alimentada por los que huyendo de las persecuciones religiosas en el continente, buscaban un refugio en la isla, cuyas instituciones políticas destruían el feudalismo y consolidaban la monarquía constitucional.

En esta situación el Hansa, odiada por los ingleses, y cuyo poder decaía en Dinamarca, en Suecia y en Rusia, cometió algunos abusos y faltó a sus compromisos, por lo que Eduardo IV en 1552, se vio obligado a gravar sus importaciones y sus exportaciones con un 20%, a cuya medida el Hansa contestó cerrando sus puertos al comercio inglés, y todo esto provocó un conflicto internacional que se resolvió derogando la disposición de Eduardo IV, pero quedando un incendio de odios en Inglaterra contra la liga hanseática.

Estos odios legítimos encontraron sus represalias bajo el reinado de Isabel, quien limitó la cantidad de paños crudos que podían exportar los hanseáticos, reservando así a la marina inglesa la mayor parte de estas exportaciones; prohibió la importación de muchos artículos de los Países Bajos; contestó al Emperador de Alemania con subterfugios diplomáticos a las reclamaciones que esta medida originó, y finalmente abolió en 1578 los privilegios de que gozaba la liga hanseática, habiéndose al mismo tiempo bajo varios pretextos, apoderado de sesenta navíos que en Lisboa tenía la liga destruyéndolos completamente.

En 1969 el Parlamento concedió varias exenciones a la industria y comercio de linos; se concedieron primas a los fabricantes de sedas, imponiéndose fuertes derechos a la importación de ese artículo la que finalmente se prohibió, pero esas medidas protectoras a la industria de la seda, la cuál no progresó solo sirvieron para estimular a los contrabandistas, pues como dice Bucle:

“Donde hay libertad de comercio el contrabando muere por atrofia natural, sin necesidad de penas. Donde aquella no existe el contrabando vive y prospera vigorosamente a pesar de todas las leyes penales que siempre son impotentes cuando se empeñan en contradecir lo que esta en la Suprema ley del orden humano”⁽¹²⁾

Posteriormente, el 29 de febrero de 1932, se adoptaron las tarifas protectoras, abandonando el libre cambio sustituyéndolo definitivamente por una política neomercantilista de nacionalismo económico.

G.- MÉXICO.

a).- PERÍODO COLONIAL

La Corona Española ejerció un monopolio comercial, en casi toda América, a través de la institución llamada La Casa de Contratación de Sevilla, durante la época de la colonia,

⁽¹²⁾ Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit. Tomo IV p. 89

teniendo numerosas y amplias facultades administrativas, legislativas y judiciales, encontrándose dentro de sus atribuciones las de otorgar permisos para ejercer el comercio con las Indias; vigilar y reglamentar el tráfico transmarino de todas las mercancías; imponer y recabar el impuesto que el tráfico originaba, conocido con el nombre de "almojarifazgo" (palabra de origen Arabe, derivada de "almojarife", el que ve o descubre con cuidado una cosa), también llamado "diezmo del mar", que era el derecho de introducción y de salida de mercancías que iban de la Casa de Contratación de Sevilla al puerto de Veracruz.

Dichas tasas eran bastante elevadas ya que se cobraba 5% para Sevilla y 10% para las Indias sobre el valor total de las mercancías, lo que originó que muchos trataran de evadir dichas cargas impositivas; por lo que el 15 de octubre de 1532 se dictó una Ordenanza con la finalidad de evitar el fraude al almojarifazgo, siendo el primer antecedente tendiente a combatir lo que hoy se conoce como ilícito de contrabando.

Al Respecto la maestra Margarita Lomelí Cerezo, citada por Urbina Nandayapa, comenta que:

"La falta de registro de las mercancías que iban o venían de las Indias, aún cuando no se hubiera hecho descarga en tierra, se castigaba con la confiscación de todos los efectos, aplicándosele al juez una sexta parte; de lo restante correspondía un tercio

al denunciante y el resto a la real hacienda. La confiscación abarca al navío que llegara a las Indias sin llevar registro legítimo".⁽¹³⁾

Ya en materia propiamente del contrabando, sirve para ilustrar sobre la regulación del mismo, la Real Instrucción Sobre El Contrabando En Nueva España, dictada en 1770, la cual estableció lo siguiente:

"EL REY. Por cuanto considerando los graves perjuicios que resultan a mi Real Hacienda de los abusos que han introducido en el uso de las facultades de los Subdelegados, que por el Superintendente General de ella se han nombrado, y de las dilaciones que se experimentan en el castigo de los contrabandistas y defraudadores de los derechos que corresponden a mi Real Erario contra las serias y oportunas providencias que en todos tiempos se han tomado; ... 3. Que todo contrabando de tabaco, extracción de moneda, oro, plata en pasta o en barras, caballos, machos y ganado y cualquiera fraude que se cometa de los derechos de aduanas, rentas provisionales y demás, que se administren de cuenta de la Real Hacienda, se han de conocer y comprender (sic) bajo el nombre de contrabando, porque se falta a los Bandos que prohíben la introducción o extracción de las cosas vedadas y se usurpan los derechos que están

⁽¹³⁾ Urbina Nandayapa, Arturo, Op. cit. pp. 135 y 136.

impuestos por leyes y Reales disposiciones en los géneros de lícito comercio; bien que las penas han de ser distintas porque se han de reglar según la calidad del contrabando...

7. Que si los contrabandos se encontraren en carros, carretas, mulas, caballos o embarcaciones, se deben vender estos inmediatamente y el Subdelegado ha de proceder contra los reos con la mayor brevedad, cortando toda dilación, porque conviene a mi Real servicio el pronto castigo de los contrabandistas, por ser el medio más eficaz de cortar el fraude...9. Que para que puedan extirparse los contrabandos y que ningún contrabandista se considere libre del castigo que hizo el contrabando, se ha de proceder también contra ellos por vía de inquisición, empezando la causa por el Auto de Oficio referente a los indicios o motivos legales que dan fomento a la inquisición y no vagamente con motivos generales; y probando emplearse o haberse empleado en el contrabando, comprobando perfectamente el cuerpo del delito por personas singulares, para calificación del delincuente se le han de imponer las penas que según la calidad del contrabando le correspondan. 10. Quiero que tenga toda su observancia el Real Decreto de treinta y uno de enero de mil setecientos y cuarenta y dos, en que se derogaron las exenciones que estaban concedidas a los criados y dependientes de mi Real casa,

soldados de mar y tierra y Ministros inferiores de inquisición, órdenes y cruzada; y mando que el Superintendente General sea Juez privativo de todos, sin distinción de personas, siempre que se les aprehenda algún contrabando, o se verifique haberle cometido...

13. Que para animar a los Guardas y otras personas celosas que descubrieren o denunciaren los contrabandos: mando que del importe de los géneros que se aprehendieren se hagan cuatro partes, de las cuales se ha de aplicar una a los Guardas, si éstos tomaron y descubrieron el fraude, o al denunciador que lo reveló; otra al Subdelegado, siempre que diere la sentencia; otra a mi Real Erario; y la otra cuarta parte ha de quedar retenida y suspensa para la Sala de Justicia del Consejo de Hacienda, en caso de que se apele a ella de la sentencia que se diere: en inteligencia de que si el Subdelegado no declarase el comiso, y sí el Consejo de Hacienda, en este caso no ha de percibir el Subdelegado la cuarta parte que se le destina, y ha de quedar a beneficio de mi Real Erario; pero si de la sentencia que diere el Subdelegado no se apelase al Consejo, en este sólo caso la cuarta parte que quedó suspensa para el Consejo, ha de pertenecer al Superintendente General de mi Real Hacienda...16. Que para estimular más a los Dependientes de Rentas al cumplimiento de su obligación, quiero que en las aprehensiones que ejecuten los

Resguardos (sin denunciación), por aviso de espías o diligencias propias, si al mismo tiempo asegurasen los reos, se les apliquen, además de la cuarta parte que en este caso les toca, las caballerías, carruajes o embarcaciones en que se conducía el contrabando, según esta dispuesto por Real Orden de dos de abril de mil setecientos y cuarenta y ocho. 17. Que para todo el Reino sea uniforme el método y reglas de instruir los procesos y causas de contrabando, dará el Superintendente General la conveniente instrucción a todos los Subdelegados, para que se reglen a ella, advirtiéndole igualmente a los Visitadores y sus Tenientes y demás dependientes del Resguardo de las Rentas, el modo y forma con que deben hacer las Sumarias, según el paraje y circunstancias en que hagan la aprehensión, a fin de que contengan toda la claridad necesaria, sin que les falte requisito ni excedan de lo que corresponde a su oficio...".⁽¹⁴⁾

Como se desprende de lo anterior, era un grave problema el ilícito de contrabando en este periodo, aunque se encuentran opiniones que no concuerdan con lo anterior como la de Mabarak Cerecedo, quien manifiesta que:

"...durante la época colonial se combatió con eficacia el contrabando debido a que el comercio hacia el

⁽¹⁴⁾ *El Contrabando y el Comercio Exterior en la Nueva España*. Publicaciones del Banco Nacional de Comercio Exterior, S.A., México, 1967. pp. 97-102.

exterior se hacia sólo por la vía marítima y por muy pocos puertos habilitados para ello. Las mercancías que se trataban de extraer o que se introducían por puerto y lugares no habilitados por la Corona Española, caían bajo pena de "comiso", aunque hay muy pocas noticias de alguna acción penal ejercitada en contra de los responsables".⁽¹⁵⁾

El 29 de agosto de 1780 se dictó un bando ratificado el 31 de julio de 1803, disponiendo la obligación de realizar un depósito para poder interponer recurso en contra del cobro de impuestos alcabalatorios o de aduanas; dicha disposición es el origen de lo que hoy conocemos como garantía del interés fiscal, principio que a decir del licenciado Polo Bernal, ya existía en Roma en la cual se enunció bajo la sentencia de 'solve et repete', esto es paga y replica, o lo que es lo mismo la Hacienda Pública no litiga sin garantía.⁽¹⁶⁾

b).- PERIODO INDEPENDIENTE.

La primera ley en México, sobre comercio exterior, como nación independiente, se expidió el 15 de diciembre de 1821, bajo el nombre de "Arancel General Interino para el Gobierno de las Aduanas Marítimas en el Comercio Libre del Imperio", dictada por la Soberana Junta

⁽¹⁵⁾ Mabarak Cerecedo, Doricela, *Derecho Penal Fiscal*, Editorial Lazcano Garza, México, 1993, p. 78.

⁽¹⁶⁾ *Tratado sobre Derecho Aduanero*, Fondo Editorial Confederación Patronal de la República Mexicana, México, 1978, p. 90.

Provisional Gubernamental; en la cual se estableció que se podía comerciar con cualquier nación, declarándose libre de todo impuesto de importación las siguientes mercancías: el azogue, los instrumentos para ciencias y la cirugía, las máquinas útiles a la agricultura, a la minería, a las artes, los libros impresos no empastados, el lino en rama y los animales vivos, entre otras. Se prohibió la entrada de tabaco, del algodón, de la cera, de los barcos cuyo contenido fuera encaje de seda o el metal, de algodón hilado y de pasta de fideo, dentro de otros comestibles que ya se encontraban prohibidos.

Asimismo, las mercancías no declaradas, si eran de las que causaban derechos, eran decomisadas o confiscadas como pena judicial, participando de sus productos los empleados que descubriesen dicho ilícito, así como el juez que lo castigase. Cabe hacer notar que por considerar a este ordenamiento demasiado liberal se agregaron diversas prohibiciones a la importación de determinadas mercancías.

El 4 de Septiembre de 1823, se expidió el Reglamento para la Distribución de Comisos, cuyo objetivo principal consistió en restringir el tránsito de mercancías, de manera fraudulenta, estableciendo dicha disposición lo siguiente:

"Todo contrabandista quedará sujeto a las penas que las Leyes tienen establecidas y además, (si la defraudación excediese de quinientos pesos), su nombre y su delito se publicarán por los periódicos; si

reincidiese, se les suspenderán por cinco años los derechos de ciudadano y si aún volviese a reincidir, será expelido del territorio mexicano..."

(¹⁷)

El 16 de noviembre de 1827, se creó un nuevo arancel cuyo lineamiento fue seguir aumentando las prohibiciones a la importación de mercancías, lo cual fue criticado, ya que en ese entonces no se contaba con industria nacional, si acaso se encontraban fábricas de hilar y de tejido de algodón y lana, y al intentar proteger lo que no había, se dejaba desprotegida a la población al no contar con los artículos de primera necesidad, ya que se encontraba prohibida su importación, y en caso de que se realizase la misma se castigaba con la confiscación de los mismos, ese arancel tuvo un período corto de vigencia, pues en 1830 se expidió un nuevo arancel, que permitió la importación de muchos de los efectos que estaban prohibidos.

El 11 de marzo de 1837 se expide un nuevo Arancel General, en el cual se regulaban las penas para los empleados públicos que tuviesen alguna participación en el contrabando; asimismo, establecía la pena de decomiso, sobre las mercancías de importación prohibida, regulando el procedimiento que debería seguirse para imponer dicha pena.

A este arancel le sucedieron los aranceles del 30 de abril de 1842 y el del 4 de octubre de 1845, teniendo como novedad este

(¹⁷) Mabarak Cerecedo, Doricela, Op. cit. p. 79.

último, que en los casos en que el culpable fuese sancionado con multa y este no la pagara, se turnaba el asunto al juez penal competente, quien podía imponer ciertas penas al infractor de acuerdo con la gravedad del delito.

Es de suma importancia destacar la circular número 136, del 2 de diciembre de 1851, que contiene todo género de excitativas para que se reprima el fraude y el contrabando, así como que se indiquen al gobierno todos los medios de hacer efectiva la defensa de la industria mexicana y los de mantenerla y hacerla prosperar. (18)

Después de los aranceles mencionados, siguieron la Ordenanza General de Aduanas Marítimas Fronterizas de la República Mexicana del 31 de enero de 1856, el Arancel General del 1° de enero de 1872, y el de 8 de noviembre de 1880, en los cuales a decir de algunos autores representa en la historia arancelaria de México, el mayor paso para guiar conscientemente la política aduanal, porque firmemente protege la importación de todos aquellos útiles y maquinaria destinados al fomento y al desarrollo industrial y agrícola de México.

Por lo que hace a la Ordenanza General de Aduanas Marítimas y Fronterizas de la República Mexicana, dictada el 31 de enero de 1856, en ésta se señalaron algunos casos de contrabando,

(18) Colección de Leyes, decretos y órdenes, expedidos por el Congreso Nacional y por el Supremo Gobierno, en el año de 1850 y de 1851: primera parte del Semanario Judicial. México 1851, p. 408

de los cuales cito la introducción de mercancías por puertos, costas, riveras de los ríos, o algún otro punto no habilitado para el comercio extranjero.

Se sabe que el General Forey, en tiempo del imperio de Maximiliano, dictó en Puebla un decreto en Mayo de 1863, castigando al contrabando con el duplo de los derechos omitidos.

En 1871, se expide el Reglamento de Contraresguardo de la Frontera del Norte, que dio origen a la Gendarmería Fiscal, que eran cuerpos policiacos para reprimir el contrabando, siendo el primer antecedente de la Policía Fiscal Federal.

El de 1872, reproduce casi en su totalidad al de 1856; quedando regulado dicho ilícito en un capítulo denominado del Contrabando y sus Penas con la novedad de que los juicios motivados por contrabando serían competencia de los Tribunales Federales.

Es de hacer notar la importancia de la ley de 3 de junio de 1879, publicada oficialmente como apéndice al artículo 3° del Código Penal del Distrito Federal de 1870, que castigaba al delito de contrabando, con prisión hasta por cinco años (Art. 2°), que se duplicaba para los empleados infieles (Art.7°); establecía la publicación del nombre de los contrabandistas en los periódicos, asimismo si se probaba que los dueños de alguna casa de comercio establecida en la República, cometían o favorecían la comisión del contrabando, se nulificaba su firma para todos los asuntos y

transacciones con la llamada Hacienda Pública⁽¹⁹⁾, y la inhabilitación para tener relaciones o practicar operaciones mercantiles con las oficinas públicas.

En 1880 se expide un nuevo Arancel, y al respecto comenta Luis Porte Petit, que:

"La novedad más notable consiste en que independientemente de las penas de carácter pecuniario, se castigaba a los autores de contrabando o fraude de los derechos fiscales a los cómplices, receptadores y a los empleados que se coludan con los anteriores, con penas corporales sin exceder del máximo de cinco años, según la gravedad del caso".⁽²⁰⁾

El 24 de mayo de 1885 se expidió la Ordenanza General de Aduanas Marítimas, Fronteras de Cabotaje y Secciones Aduanales, que amplió la lista de las importaciones permitidas, señalando conceptos y definiciones legales respecto de delitos, de contravenciones y faltas, estableciendo en su artículo 390, que se cometía el delito de contrabando:

"Cuando se importaba o se exportaban mercancías sujetas al pago de contribuciones, sin hacer ese pago y sin conocimiento ni intervención de los

(¹⁹) De Medina y Ormaechea, Antonia A. Código Penal Mexicano. Sus motivos concordancias y leyes complementarias. Tomo II Imprenta del Gobierno en Palacio. México 1880. p. 352

(²⁰) Porte Petit, Luis. Tesis profesional. El delito de Contrabando. U.N.A.M., México 1962. p. 30.

empleados públicos, ya sea que se obre clandestinamente o con uso de violencia."

El 10 de marzo de 1887, se expide nueva Ordenanza, respetando las disposiciones de la Ordenanza anterior. El 12 de junio de 1891, se expide otra ordenanza señalando algunas hipótesis del delito de contrabando.

No es sino hasta el 18 de abril de 1928, que se expide la Ley Aduanal, a la que siguió la del 30 de diciembre de 1929, publicada en el Diario Oficial el 31 del mismo mes y año; en ella el artículo 593, se refiere expresamente al delito de contrabando, disponiendo que *lo comete toda persona que voluntariamente y en detrimento del fisco, viola alguna o algunas de las disposiciones de dicha ley relativas a la importación o exportación de cualquier clase de mercancías o efectos, con el propósito de introducir o de sacar los mismos del país, sin llenar los requisitos exigidos por dicha ley.*

Asimismo, se reguló la comisión de varios hechos, dando lugar a un solo delito, antecedente de lo que hoy se conoce como delito continuado; se especifica cuando debe considerarse como consumado dicho delito; se expresa una serie de presunciones referentes a la intención de defraudar al fisco, admitiendo prueba en contrario; equipara al delito de contrabando la operación que tenga por objeto consumir la importación o exportación de mercancías o efectos cuyo tráfico internacional esté expresamente prohibido en el país por disposición legítima del Gobierno Federal.

El artículo 602 de esta Ley, es el antecedente de duplicidad de sanciones o separación de las esferas administrativas y judiciales a que me referiré a lo largo de este trabajo. En efecto, dicho precepto estableció que el delito de contrabando daría lugar a la imposición de la pena corporal o pecuniaria, o de ambas y a la aplicación administrativa de derechos adicionales.

Asimismo, establece que los jueces y tribunales que conozcan de los procesos por contrabando, deben respetar escrupulosamente las declaraciones administrativas respecto a derechos aduanales, por ser éstos independientes de la sentencia que recaiga en el proceso, la que no puede ocuparse de tales derechos para modificarlos o revocarlos.

El 19 de agosto de 1935, se expidió la Ley Aduanal que abrogó la anterior, y esta nueva no contiene regulado el delito de contrabando; en su artículo 346 solamente se refiere a la infracción fiscal de contrabando.

Las disposiciones especiales que consigna el Código Fiscal para el delito a estudio están normadas por el criterio sustentado en esta materia por la Ley Aduanal del 19 de agosto de 1935 y la de diciembre de 1929.

Considero que los ordenamientos anteriores consagran como primer principio la tesis de la independencia entre el aspecto puramente administrativo del contrabando y del propiamente llamado penal, generados ambos por un mismo hecho.

La tesis expuesta consta primeramente en el texto original del artículo 205 del Código Fiscal de referencia que decía:

"Los infractores de las Leyes o Reglamentos Fiscales serán castigados con sanciones de carácter administrativo sin perjuicio de la aplicación de otras penas, por la autoridad judicial cuando dichas infracciones impliquen hechos delictuosos."

Tiene su antecedente este precepto en el artículo 602 de la Ley Aduanal del 30 de diciembre de 1929, que como ya mencioné, especificaba que el delito de contrabando daría lugar a la imposición de la pena corporal o pecuniaria o de ambas, y a la aplicación administrativa de las sanciones por los derechos omitidos.

El 30 de diciembre de 1948, se publicó el Decreto que creo el título VI del Código Fiscal de la Federación, dedicado a los delitos Fiscales quedando consagrado el delito de contrabando en el capítulo V de dicho título, sirviendo como fuente de inspiración lo preceptuado en la Ley Aduanal, y estableció figuras novedosas como las hipótesis de calificación en el delito de contrabando, el encubrimiento del mismo delito así como la regulación de la asociación delictuosa en materia de contrabando.

Así mismo la fracción II del artículo 242, hipótesis tomada del artículo 346 de la Ley Aduanal de 1935 entonces vigente, convirtió en

delito perfecto los actos previos a la exportación e introducción de mercancías, lo que comúnmente constituye la tentativa en términos de la Ley Penal, al señalar que:

"Comete el delito de contrabando:

II.- El que voluntariamente y en detrimento del Fisco, viole alguna o algunas de las disposiciones de la Ley Aduanal, relativas a la importación o exportación de mercancías, con el propósito de introducir al país, o sacarlas del mismo sin cubrir los impuestos aduanales que les corresponden." (21)

Por su parte el Código Aduanero de los Estados Unidos Mexicanos, expedido en 1951, en su artículo 576 repite el artículo 352 de la Ley Aduanal de 1935.

Con todo lo dicho, se marcaron claramente las esferas de competencias distintas, la doble estimación o duplicidad de efectos de un solo hecho, como lo han sostenido los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por otra parte se establece el principio de la intencionalidad de los delitos fiscales. Es de hacerse notar que la legislación fiscal penal en relación con el criterio de peligrosidad penal consideró siempre más peligroso al delincuente contrabandista que al defraudador fiscal, puesto que al primero sólo

(21) Citado por Rivera Silva, Manuel, *Los Delitos Fiscales Comentados*, Editorial Botas, México, 1949, p. 36

lo beneficiaba con la excusa absolutoria ya citada del artículo 575 del Código Aduanero, cuando los impuestos no excedieran de quinientos pesos, mientras que para el defraudador se establecía la amplísima excusa absolutoria de que lo perdonaba con cantidades ilimitadas si cubría el impuesto antes de que se hiciera la declaratoria de que el fisco sufrió o pudo sufrir perjuicio (artículos 274 y 275 del Código Fiscal de la Federación).

Finalmente, la legislación fiscal penal contenía el principio de la supletoriedad que se encontraba consignado en el artículo 241 del Código Fiscal, consistente en que todo lo no previsto en el entonces Título Sexto, se aplicarían las reglas consignadas en el Código Penal. Es decir, la ley especial según los principios generales del derecho penal, excluye a la general en lo que la especial comprende, pero admite a la general en lo que no prevé.

El 30 de diciembre de 1961 se reforma el Código Aduanero y también el Código Fiscal, superándose indudablemente la técnica legislativa empleada con anterioridad. Con motivo de esta reforma se tipificó el contrabando en el artículo 242 del Código Fiscal, quedando como sigue:

"Art. 242.- Comete el delito de contrabando:

El que introduzca o saque del país mercancías omitiendo el pago total o parcial de los impuestos que conforme a la ley deban cubrirse.

El que introduzca o saque del país mercancías cuya importación o exportación está prohibida por la ley, o sin contar con el permiso correspondiente cuando para tales actos se necesite autorización otorgada por la autoridad competente.

El que interne al resto del país mercancías extranjeras procedentes de perímetros, zonas o puertos libres, omitiendo el pago total o parcial de los impuestos que conforme a la ley deban cubrirse o sin contar con el permiso legalmente necesario cuando se trate de mercancía que requiera permiso para su internación".

Por lo que se refiere a la penalidad para el delito de contrabando, esta quedó regulada en los artículos 249, 250 y 251.

El artículo 244 a que hace mención el artículo anterior regulaba la figura de la tentativa antes mencionada.

También se establecieron diversas hipótesis que hacían que el contrabando se agravara en su penalidad, al establecer en ocho fracciones una serie de calificativas consistentes en el hecho de que dicho ilícito se cometiera con violencia física o moral en las personas, o con el simple hecho de portar armas en el momento de su ejecución, así mismo, cuando sin constituir asociación delictuosa en materia de contrabando, se cometiera por más de dos personas; también se agravaba este delito cuando se consumara de noche o por lugar

inhábil para el tráfico internacional; cuando el contrabandista se fingiera empleado o funcionario público, o bien cuando se hiciera uso de falsa documentación entre otros casos; agregándose a la penalidad tres años de prisión, cuando concurriera una calificativa, pero si ésta constituía otro delito se aplicarían las reglas de acumulación.

Por lo que hace a la asociación delictuosa en materia de contrabando, se castigaba con prisión de seis meses a ocho años; el encubrimiento en materia de contrabando se sancionaba con la pena de tres días a cuatro años de prisión.

En 1966 se expidió un nuevo Código, el cual en general sigue estableciendo las regulaciones anteriormente mencionadas. Una de las pocas diferencias consistió en que ya no se hace mención al encubrimiento relacionado con el delito de contrabando, sino que todo lo referente al encubrimiento se trata en las disposiciones comunes a todos los delitos fiscales; este Código destinaba 17 artículos a tratar todo lo relacionado con el delito a estudio, a diferencia de la Reforma al Código Fiscal, en 1961, que dedicaba 21 artículos a este respecto.

La Ley Aduanal de 30 de diciembre de 1981, hace distinción respecto de las mercancías que son de importación prohibida o restringida, señalando en el artículo 129 que estas pasarán a propiedad del fisco federal. Asimismo, se observa una excusa absolutoria al disponer que no se impondría sanción en el caso de que se introdujera o extrajera del país mercancías,

omitiendo el pago parcial o total de los impuestos al comercio exterior, cuando se debía únicamente a errores aritméticos o de cálculo, siempre y cuando se proporcionaran a la autoridad aduanera datos suficientes para llegar al resultado correcto; tampoco se impondría sanción cuando la inexacta clasificación arancelaria se debiera únicamente a diferencia de criterio en la interpretación de las tarifas contenidas en las leyes de los impuestos generales de importación o exportación.

Respecto a la Ley Aduanera vigente, que entró en vigor el primero de abril de 1996, es de hacer notar que sigue contemplando el contrabando como infracción y no como delito.

Por su parte, el Código Fiscal de la Federación vigente, en su artículo 102, regula el delito de contrabando de la siguiente manera:

"Comete el delito de contrabando quien introduzca al país o extraiga de él mercancías:

Omitiendo el pago total o parcial de las contribuciones o cuotas compensatorias que deban cubrirse.

Sin permiso de autoridad competente, cuando sea necesario este requisito.

III. De importación o exportación prohibida.

También comete delito de contrabando quien interne mercancías extranjeras procedentes de las zonas libres al resto del país en cualquiera de los casos anteriores, así como quien las extraiga de los recintos fiscales o fiscalizados sin que le hayan sido entregadas legalmente por las autoridades o por las personas autorizadas para ello..."

Hasta aquí resumí la evolución de la regulación del contrabando en sus dos ámbitos; esta dualidad que da lugar a aplicar diversos procedimientos con sus respectivas sanciones será tema de un análisis en últimos capítulos.

CAPÍTULO II

MARCO CONCEPTUAL

A.- NOCIÓN DE DELITO Y DELITO FISCAL.

"La palabra "delito" deriva del supino delictum del verbo delinquere, a su vez compuesto de linquere, dejar, y prefijo de, en la connotación peyorativa, se toma como linquere viam o rectam viam: dejar o abandonar el buen camino".⁽²²⁾

Desde un punto de vista jurídico, Carrara, consideró el máximo exponente de la escuela clásica, establece que delito es:

" La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".⁽²³⁾

Desde una conceptualización sociológica de "delito", Rafael Garófalo, principal exponente de la escuela positiva, dice, que delito es:

"La violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en

⁽²²⁾ Villalobos, Ignacio, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*. Quinta, Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1990, p. 202.

⁽²³⁾ Carrara Francisco. Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Décimotercera, Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1997. p.188.

la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad".⁽²⁴⁾

Se han establecido dos corrientes para poder desentrañar qué es el delito: así se tiene por un lado a los "Unitarios", quienes afirman que el delito es un bloque monolítico, que no se puede dividir en elementos diversos,⁽²⁵⁾ es decir, es una entidad, es un todo orgánico, el cual puede presentar aspectos diversos pero no es en algún modo fraccionable; y su verdadera esencia, no está en cada uno de sus componentes ni tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad; sólo mirando al delito bajo este perfil es posible comprender su verdadero significado.

Mientras que la otra concibe al delito en forma analítica o atomizadora, lo estudia a través de sus elementos constitutivos sin implicar que el delito deje de ser una unidad, sin embargo, es necesario estudiarlo de una manera fraccionada; esta última corriente es la que se ha venido adoptando en México por considerar que es la adecuada para entender al delito; lo cual creo es acertado, dado que sólo a través del estudio de las partes que integran al delito, se puede comprender el mismo.

Así, el Código Penal Federal vigente, conceptúa al delito en su artículo 7o., en los siguientes términos:

⁽²⁴⁾ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Trigésimocuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1994, p.64.

⁽²⁵⁾ Se dice "que el aspecto no es ya una sección, sino todo el delito visto bajo cierta perspectiva, como todo un prisma se ofrece a la vista en uno de sus lados".

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."

Para Jiménez de Asúa el delito es:

"Un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción." (26)

Mientras que para Eugenio Cuello Calón, es:

"La acción humana antijurídica, típica, culpable y punible". (27)

Algunos juristas consideran que el delito se integra por siete elementos; así mismo hay otros que consideran que el delito se integra con cinco elementos, considerando a la punibilidad como un elemento del mismo, ya que el ordenamiento penal, como se ha expresado, establece que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, de lo cual se infiere que para los "formalistas", el merecimiento a la pena es elemento del delito.

Mientras que la "corriente tetratómica", a la cual me adhiero, considera como elementos del delito a: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, teniendo esta como presupuesto la imputabilidad, y no incluyendo a la punibilidad pues como afirma el

(26) Jiménez de Asúa Luis. La ley y el delito. Décima edición. Editorial Sudamericana 1980. Argentina, Buenos Aires p. 207

(27) Cuello calón Eugenio citado por Castellanos Tena Fernando, Ob. ci.t. p. 129

Maestro Fernando Castellanos Tena, el
ordenamiento penal:

"...establece delitos no punibles, tratándose de las llamadas excusas absolutorias, en las cuales la calificación delictuosa permanece y la pena no se aplica; por ende la punibilidad es una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no un elemento esencial del mismo".⁽²⁸⁾

Considero en un sentido formal, a la punibilidad como un elemento del delito, sin embargo, desde un punto de vista material la punibilidad no es elemento del delito, ya que al ser la amenaza de imponer una pena a quien comete un delito, no puede formar parte del mismo; por otra parte, tampoco se le puede considerar en estricto sentido como consecuencia del mismo, toda vez que dicha consecuencia es la pena más no la punibilidad, ya que ésta al constituir una amenaza de pena prevista en un precepto se constituye en una característica del delito, marcando una diferencia del Derecho Penal con las demás ramas del derecho; en efecto lo que se origina con el delito es la pena mientras que la punibilidad ya existe como amenaza a quien cometa determinado delito.

Actualmente, en el Código Penal Federal, se encuentran tipificados aproximadamente la tercera parte de los delitos legislados; los restantes son regulados por otros ordenamientos

⁽²⁸⁾ Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Ob. Cit. p. 131.

jurídicos, como lo es, el Código Fiscal de la Federación, en el que se encuentra el delito de contrabando materia del presente estudio, y se le considera un delito especial, por lo que es necesario establecer qué se entiende por dicho concepto.

Algunos autores afirman que los delitos especiales son los que están penados en leyes particulares, por razón de la materia o por estar sometidas las personas que los cometan a la jurisdicción privativa, como los militares.

Otros autores entienden por delitos especiales aquellos cuya característica esencial radica en las circunstancias de que únicamente pueden ser cometidos por personas que reúnan ciertas cualidades, llamándoles sujetos calificados, es decir, no sería posible el delito faltando en el agente, determinada calidad.

Así, Carnelutti, conforme a la clasificación de Carrara considera apropiada la terminología alemana "Standesverbrechen", traducible por delito propio o de posición; esto quiere decir que el delito propio a diferencia del común, sólo puede ser cometido, cuando esta colocado el autor en una cierta posición. ⁽²⁹⁾

El Código Penal Federal, en su artículo 6° establece que:

"Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional

⁽²⁹⁾ *Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo VI, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 289.*

de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo.

Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general."
(³⁰)

La supletoriedad del Código Penal a las leyes especiales obedece a que éstas no tienen normas de carácter general, por lo cual es necesario acudir a la parte general de dicho Código para su debida aplicación.

Los Maestros Eduardo López Betancourt y Miguel Acosta Romero, afirman que los delitos especiales:

"...son aquellas disposiciones normativas penales que no forman parte del Código Penal y que tipifican un delito o bien pueden ser 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, es decir, se requiere una calidad específica, señalada por el legislador, siendo éste el único que puede cometer el mismo." (³¹)

(³⁰) Código Penal Federal. Editorial Porrúa, S.A. México 2000

(³¹) Acosta Romero Miguel y Eduardo López Betancourt. Delitos especiales. Edición Editorial Porrúa, S.A. México. Pp. 11 y 12

Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han establecido lo que se debe entender por delitos especiales en las siguientes Jurisprudencias:

"No es exacto que la Ley Penal está constituida exclusivamente por el Código de la materia, sino que al lado del mismo se hallan muchas disposiciones dispersas en diversos ordenamientos y no por ello estas normas pierden su carácter de penales, pues basta con que se establezcan delitos e impongan penas para que juntamente con el Código Penal del Distrito y Territorios Federales de 1931 que es la Ley Sustantiva Penal Federal, integren en su totalidad la Ley Penal".

"Las Leyes penales no se circunscriben al contenido del Código de la materia, sino que hay muchas disposiciones de carácter específico, dispersas en la codificación general que por su naturaleza o por la calidad de los infractores o por objeto, no pueden ser incluidas en una Ley General, sino en disposiciones especiales, debiendo agregarse que así lo reconoce el artículo Sexto del Código Penal Federal, en el cual expresa que cuando se cometa un delito no previsto en dicho Código, pero si en una Ley Especial, se aplicará ésta, observando

las disposiciones conducentes del mencionado Código Penal".⁽³²⁾

De lo anterior se desprende que las conductas delictivas diseminadas en otras legislaciones distintas del Código Penal forman parte del Derecho Penal, por contener los elementos y características propias de un delito.

En consecuencia de lo anterior, de acuerdo al Código Penal, a la jurisprudencia y a la doctrina, se debe entender que los delitos especiales son las conductas, típicas, antijurídicas y culpables que se encuentran descritas en tratados y en leyes distintas del Código Penal y que normalmente se encuentran sometidas a una pena, como consecuencia de dicha conducta.

Asimismo, retomando el concepto de delito que establece el Código Penal, en un sentido formal, se puede decir que delito especial es: El acto u omisión que sancionan las leyes penales, que se encuentran tipificados fuera del Código Penal.

Por último, debo decir que coincido con lo que afirma el Maestro Rivera Silva, en cuanto a que los delitos fiscales, al igual que la mayoría de los mismos que se encuentran fuera del Código Penal, deberían estar regulados en este ordenamiento, creándose un título propio en el Código Penal, denominado, delitos contra el fisco, ya que en la actualidad se encuentran como he visto, dentro de un título del Código

⁽³²⁾ Acosta Romero Miguel y López Betancourt Eduardo. Ob. Cit. p. 12

Fiscal de la Federación, en el cual se alternan normas de carácter sustantivo con otras de contenido adjetivo. ⁽³³⁾

Existen duplicidades estériles del Código Penal, en las leyes especiales, como se puede observar en el Código Fiscal en sus artículos relativos a las figuras de delito continuado, así como en materia de participación y encubrimiento, que en esencia establecen lo mismo que el Ordenamiento primeramente citado, por lo cual deben de eliminarse las normas de Derecho Penal especial que solamente repiten, de manera innecesaria, las materias que ya están reguladas en el Código Penal.

Mencioné que el contrabando es un delito especial, ya que se encuentra tipificado fuera del Código Penal, ubicándose en el Código Fiscal de la Federación, en el Título Cuarto, denominado "De las infracciones y Delitos Fiscales, Capítulo II, "De los delitos Fiscales". Ahora bien, me avocaré al estudiar el por qué de la denominación de "fiscales" a dichos delitos, señalando que existen las más diversas opiniones en cuanto a dicha denominación; recordaré que los delitos fiscales forman parte del derecho penal y, por tanto le son aplicables las disposiciones del Código Penal, con excepción de lo que se regule en forma especial para estos delitos.

Francisco de la Garza, afirma que:

"El ilícito fiscal o la infracción o violación tributaria, es decir, el

⁽³³⁾ Rivera Silva, Manuel, Op. cit. p.8.

hecho u omisión que lo constituyen, es cualquier conculcación de las normas jurídicas que contienen las obligaciones sustantivas o formales de contenido tributario". (34)

De forma similar en Las Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Financieros y Fiscales, celebradas en Curia (Portugal), en 1967, se concluyó que:

"1ª. Son infracciones tributarias todas las modalidades de comportamiento de los sujetos pasivos del tributo que determinen por acción u omisión, una transgresión de las normas jurídicas de que derivan obligaciones sustantivas de realización de prestaciones tributarias, o deberes formales de colaboración con la Administración Financiera para dar efectividad a los créditos fiscales". (35)

Al Derecho Penal Fiscal, se le ha denominado por Jiménez de Asúa, como:

"El conjunto de disposiciones que asocian a la lesión de los intereses financieros del Estado, una sanción penal determinada". (36)

(34) De la Garza, Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, Decimoctava edición Segunda reimpresión. Editorial Porrúa, S.A. México 1999 p. 891.

(35) De la Garza, Francisco. Ob. cit. p. 891

(36) Garrido, Luis, *Los Delitos Fiscales*, Revista Criminalia, Año XXV, no. 6, México 1959 p.294.

Para Margarita Lomelí Cerezo, citada por Francisco de la Garza, el Derecho Penal Tributario es:

"El conjunto de disposiciones que vinculan una sanción o pena determinada al incumplimiento de las normas que garantizan los intereses fiscales de la administración, esto es, de las normas que establecen deberes para con el Fisco". ⁽³⁷⁾

La denominación de los delitos fiscales comprende dos elementos, a saber: ¿Qué es el delito y qué se debe entender por fiscal?; por lo que respecta a la palabra delito, se da por reproducido lo vertido en el punto número 1 de este capítulo, bastando recordar que delito es la conducta o hecho, típica, antijurídica, culpable, y para algunos autores, punible.

Dicho lo anterior, precisaré el alcance del concepto fiscal. La palabra fisco, proviene del latín "fiscus" que era la cesta de mimbre en que se recogían los tributos debidos a los emperadores romanos.

Posteriormente sirvió para denominar al tesoro o patrimonio de los emperadores romanos para diferenciarlo del erario o tesoro público destinado a las obligaciones del Estado; en España se llamó Fisco o Cámara del Rey, al tesoro o patrimonio de la Casa Real; y erario al tesoro del Estado. En Alemania, en cierta época, se consideró al Fisco, como un ente con personalidad distinta a la del Estado y del

⁽³⁷⁾ De la Garza Francisco. Op. cit. p. 870.

príncipe, pero suficiente para ser el detentador de la Hacienda Pública.⁽³⁸⁾

De lo anterior puedo concluir que la palabra Fisco, ha tenido diferentes acepciones dependiendo del lugar y época, considerando al Fisco en nuestros días como sinónimo de erario, o lo que es lo mismo, tesoro público destinado a sufragar los gastos del Estado.

Flores Zavala, afirmó que el Fisco es:

"...el Estado considerado como titular de la Hacienda Pública y por lo mismo, con derecho para exigir el cumplimiento de las prestaciones existentes a su favor y con obligación de cubrir las que resulten a su cargo".⁽³⁹⁾

En México, puede afirmarse que el Fisco cobra corporeidad a través del propio Estado por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, dependencia del Poder Ejecutivo de la Federación.

También los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han establecido que debe entenderse por Fisco, en la siguiente jurisprudencia:

"Fisco.-Por Fisco debe entenderse lo perteneciente al Fisco y Fisco significa entre otras cosas, la parte de la Hacienda Pública que se forma con

⁽³⁸⁾ Flores Zavala, Ernesto, *Finanzas Públicas Mexicanas*. Octava edición Editorial. Porrúa, S.A. México 1998 p. 20.

⁽³⁹⁾ Flores Zavala, Ernesto, Op. cit. p. 20

las contribuciones, impuestos y derechos..."⁽⁴⁰⁾

Si se toman en cuenta las definiciones anteriores y el bien jurídico tutelado en el capítulo de los delitos fiscales, se puede observar que el Fisco Federal, es el Estado en su calidad de receptor de los ingresos provenientes de los Créditos Fiscales a favor de la Federación; asimismo, en otras de sus acepciones el Fisco Federal es considerado como sinónimo de Erario Federal, es decir, de tesoro del Estado, por lo cual será delito fiscal la conducta o hecho que lesione al Estado en su patrimonio en este caso de la federación constituido por los ingresos provenientes de los créditos fiscales a favor de la misma.

De lo expuesto, resulta fácil establecer que en el capítulo de los delitos fiscales, se enumeran los eventos punitivos contra el fisco, o lo que es lo mismo, lo que si se hace, daña el tesoro público (fisco) y que mediante la amenaza de la sanción, se intenta no se lleve a cabo.

Para que un delito sea considerado como fiscal, desde un punto de vista formal, únicamente se debe atender a la denominación que se lleva a cabo en los ordenamientos respectivos y a su lugar de ubicación, que pueden o no producir un perjuicio económico al fisco.

⁽⁴⁰⁾Citado por Sánchez León, Gregorio, *Derecho Fiscal Mexicano*, ed. octava, Ed. Cárdenas, México, 1991, p.57.

En éste sentido diré que es delito fiscal *todo aquel que esta previsto o contemplado en el capítulo II del título IV del Código Fiscal de la Federación*, denominado "De los Delitos Fiscales", sin necesidad de atender a la naturaleza de la conducta que lo constituye y sin necesidad de establecer quién resulta lesionado en sus bienes jurídicos por el que comete la acción delictiva, esto es, no es necesario saber si el Fisco Federal, resulta o no dañado o en peligro con el comportamiento delictivo; además del referido capítulo, el mencionado Código hace referencia a esta clase de delitos y establece una serie de normas en sus artículos 92,94,95,96,97, 100 y 101.

Una vez referidos los preceptos que aluden a los delitos fiscales, puedo afirmar que los delitos de contrabando y su equiparable en sus diversas hipótesis, desde el punto de vista formal, son delitos fiscales, pues están contemplados dentro del capítulo de los "delitos fiscales" del Código Fiscal de la Federación.

Mientras que el criterio material o substancial, para determinar un delito fiscal, atiende no a la denominación que se le dé al delito, sino a la verdadera naturaleza de la conducta que constituye el delito y a quién es el sujeto pasivo, ofendido por la acción delictuosa.

En éste orden de ideas puedo afirmar que el comportamiento delictivo debe recaer directa o indirectamente sobre los créditos fiscales y, en segundo término, que el sujeto pasivo del

delito, ofendido o afectado, sea el Fisco en este caso Federal.

Ahora bien, para saber si el delito de contrabando, desde un punto de vista material o sustancial, reviste la calidad de delito fiscal, es necesario analizar las diversas hipótesis que constituyen el delito en comento.

Así, se tiene que, conforme a la ley, comete delito de contrabando quien introduzca al país o extraiga de él mercancías:

"Omitiendo el pago total o parcial de las contribuciones o cuotas compensatorias que deban cubrirse."

Esa hipótesis, sí reviste materialmente el carácter de delito fiscal ya que el sujeto pasivo es el Fisco Federal, es decir, la conducta va en menoscabo del patrimonio del estado por la omisión de créditos fiscales.

"Sin permiso de autoridad competente cuando sea necesario este requisito."

En esta hipótesis lo que se daña es la política económica del país, pues éste es el que de acuerdo a las necesidades determina la exigencia o no del permiso atendiendo a la abundancia o escasez de una mercancía; también puede recaer sobre la seguridad de los habitantes, no considerándose materialmente un delito fiscal, toda vez que no recae sobre el patrimonio del Estado.

"De importación o exportación prohibida."

En esta hipótesis, al igual que la anterior, el daño puede recaer en diversos aspectos, como son la economía nacional, la seguridad y salud de los habitantes, sólo que en esta hipótesis bajo ninguna circunstancia podrán entrar o salir del país.

También comete el delito de contrabando:

"quien interne mercancías extranjeras procedentes de las zonas libres al resto del país en cualquiera de los casos anteriores, así como quien las extraiga de los recintos fiscales o fiscalizados sin que le hayan sido entregadas legalmente por las autoridades o por las personas autorizadas para ello."

El párrafo comprende dos hipótesis:

La primera, la introducción de mercancías extranjeras al resto del país, procedentes de las zonas libres, en cualquiera de los casos ya mencionados por lo que se da por reproducido lo expuesto en los casos antes mencionados.

La segunda, consiste en:

la extracción de los recintos fiscales o fiscalizados sin que le hayan sido entregadas legalmente por las autoridades o por las personas autorizadas para ello. En esta hipótesis el daño es también contra el fisco federal ya que el sujeto evade los impuestos que debe cubrir por la operación efectuada, también puede ser contra la economía nacional, seguridad o salud ya que puede ser que dicha

mercancía requiera permiso y éste no se haya obtenido.

Del análisis anterior, concluyo que el delito de contrabando en algunas de sus hipótesis materialmente tiene la calidad de delito fiscal, mientras que en otras no tiene tal calidad.

B.- DERECHO E INFRACCIÓN ADUANERA.

El ilícito de contrabando, además de estar tipificado como delito, también se encuentra regulado como infracción en la Ley Aduanera, aclarando que se le cambió el nombre a "fracciones relacionadas con la importación y exportación de mercancías".

Para poder saber qué es la infracción aduanera, analizaré lo que es el Derecho Aduanero, para lo cual citaré algunas definiciones que por su claridad, permiten comprender el contenido de tal rama del Derecho.

Al respecto, Máximo Carvajal Contreras, define al Derecho Aduanero como:

"El conjunto de normas jurídicas que regulan, por medio de un ente administrativo, las actividades o funciones del Estado en relación con el comercio exterior de mercancías que entren o salgan en sus diferentes regímenes al o del territorio aduanero, así como los medios y tráficos en que se conduzcan y las personas que

intervienen en cualquier fase de la actividad o que violen las disposiciones jurídicas." (41)

En junio de 1983, el Consejo de Cooperación Aduanera aprobó en sus 61/62 sesiones la incorporación al Glosario de Términos Aduaneros Internacionales del término "Legislación Aduanera", que se define de la siguiente forma:

"Conjunto de disposiciones legislativas y reglamentarias concernientes a la importación y a la exportación de mercaderías cuya aplicación esta expresamente encomendada a la aduana y otras normas eventualmente establecidas por ella en virtud de los poderes que le han sido conferidos por la ley..."

De las definiciones anteriores, puedo concluir que el Derecho Aduanero, es el conjunto de normas jurídicas que regulan la importación y exportación de las mercancías, comprendiendo los regímenes, tramitaciones, y operaciones a que deben someterse dichas mercancías, las personas y los medios de transporte, y para cuya aplicación se ha creado la institución administrativa denominada Aduana. Asimismo, regula lo relativo a los diversos ilícitos aduaneros, como los procedimientos a que deberán someterse las personas que violan dichas normas.

(41) Carvajal Contreras Máximo. Derecho Aduanero. Séptima edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1998. p. 4

En palabras de Máximo Carvajal Contreras,⁽⁴²⁾ el hecho contrario a las Leyes de orden público produce la ilicitud, la que se traduce en delitos o en infracciones. El término ilícito aduanero incluye toda clase de violaciones e incumplimientos a las disposiciones que tienen relación con el Derecho Aduanero.

En base a lo anterior, el referido autor entiende por ilícito aduanero, las violaciones que las personas que deben cumplir las normas legales, realizan con conductas consistentes en dejar de hacer lo que la disposición legal ordena, hacer lo que prohíbe o no tolerar lo que preceptúa.

Las infracciones aduaneras se pueden clasificar en dos grandes grupos:

a).- *formales*, y b).- *materiales o sustantivas*.

a).- Las formales son aquellas cuyo supuesto de infracción es meramente administrativa esto es, que derivan del incumplimiento de una conducta de hacer o no hacer, sin que implique la omisión de contribuciones o cuotas compensatorias, como puede ser el caso de la declaración de un acto inexacto en un pedimento, el solo hecho de éste dato inexacto no trae consigo un daño directamente al Fisco Federal.

b).- Las sustantivas o materiales, son aquellas que derivan de una conducta de hacer o de no hacer (abstenerse), que consisten en la omisión de contribuciones o cuotas compensatorias, y sí

(42) Carvajal Contreras Máximo. Ob. cit. p. 438

traen como consecuencia una lesión al interés fiscal, por ejemplo tratándose de la infracción de importación o exportación de mercancías prevista en el artículo 176 fracción I de la Ley Aduanera (infracción de contrabando), consistente en el hecho de introducir o extraer mercancías al o del país, omitiendo el pago total o parcial de los impuestos al comercio exterior y, en su caso, de las cuotas compensatorias que deban cubrirse.

Por último, diré que en materia aduanera los posibles infractores que se comprenden en el segundo párrafo del artículo 1º. de la Ley Aduanera son los siguientes: los propietarios, poseedores, remitentes, apoderados, agentes aduanales o cualquier persona que tenga intervención en la introducción o extracción, custodia, almacenaje, manejo y tenencia de mercancías o en los hechos o actos indicados en el primer párrafo.

Por lo que hace a la sanción, la Ley Aduanera dentro de las diversas clases que establece, contempla a la multa y el decomiso, que son las que se aplican a los responsables en materia de infracciones relacionadas con importación o exportación (infracción de contrabando).

El fundamento constitucional para describir las conductas que sean consideradas como infracciones, e imponer sanciones, esta en el artículo 73 fracción XXI, que establece lo siguiente:

"El Congreso tiene facultad:... XXI.
Para establecer los delitos y faltas

contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse...".

Basaldúa, considera como el contenido esencial del Derecho Aduanero al conjunto de aquellas normas dictadas con el fin de asegurar el control sobre el tráfico internacional de mercadería.

Para ese autor argentino, el contenido esencial del Derecho Aduanero se integra con aquellas normas dictadas en orden a hacer posible por parte del servicio administrativo denominado "Aduana" el control sobre el tráfico internacional de mercadería. En este sentido, la atribución de control sobre el tráfico internacional de mercaderías constituye la función primordial de la Aduana⁽⁴³⁾.

Pues bien, bajo la perspectiva del Derecho Administrativo, la función principal de la aduana, es decir, el control sobre el tráfico internacional de mercaderías es en esencia una función administrativa. Asimismo, las normas que conforman el núcleo esencial del Derecho Aduanero pueden ser ubicadas dentro del Derecho Administrativo como una rama especial del mismo. Se trataría de la rama del Derecho Administrativo que tiene por objeto el control del tráfico internacional de mercaderías.

Sin embargo, la aduana también tiene asignadas las funciones de aplicar, liquidar,

⁽⁴³⁾ Basaldúa Ricardo Xavier. Introducción al derecho aduanero, concepto y contenido. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires Argentina 1988 p. 201 a 214

percibir, devolver y fiscalizar tributos, constituyendo así un subórgano de recaudación a través del cual el Estado por conducto del órgano Ejecutivo cumple con la atribución de hacer recaudar las rentas, los diferentes aspectos de la tributación y de la función de la recaudación corresponden a una rama específica denominada derecho Tributario.

Por otra parte, la violación del control aduanero configura el delito de contrabando. Este, así como los demás ilícitos aduaneros, hallan su ámbito natural dentro del Derecho Penal.

El ilícito por excelencia del Derecho Aduanero es el denominado "contrabando" y con la tipificación del mismo el legislador tiende a tutelar un bien jurídico preciso: el adecuado control de la Aduana sobre el Tráfico internacional de mercaderías.

C.- MERCANCIAS.

"Etimológicamente, mercancía deriva de "mercado" del latín "mercatus" que significa comercio, tráfico, mercado". (44)

Para Carlos Anabalón, citado por Carvajal Contreras, por mercancía debe entenderse:

"...todos los productos y bienes corporales muebles sin excepción alguna". (45)

(44) Carvajal Contreras, Máximo. Op. cit. p.350.

(45) Carlos Anabalón citado por Carvajal Contreras, Máximo, Op. cit. p. 351.

La palabra mercadería tiene en el Derecho Aduanero una acepción muy amplia que excede su significado etimológico y de otras ramas del derecho, toda vez que para el mismo, designa cualquier objeto susceptible de ser desplazado de un territorio a otro.

Asimismo, la Ley Aduanera en su artículo 2° define a las mercancías estableciendo que son:

"...los productos, artículos, efectos y cualesquier otros bienes, aún cuando las leyes los consideren inalienables o irreductibles a propiedad particular".⁽⁴⁶⁾

El vocablo mercancía para el derecho aduanero es más amplio que lo que establece el Código de Comercio.

Para efectos aduaneros, todos los productos, artículos y cualesquiera otros bienes de cualquier índole o naturaleza, que sean susceptibles de importarse a territorio de la República Mexicana o de exportarse desde dicho territorio, reciben la denominación común y genérica de mercancías.

Dentro de este contexto, las mercancías van a constituir el objeto sobre el cual recaen todas las operaciones aduaneras a las que más adelante haré referencia. De ahí que a lo que esta materia se refiere, invariablemente emplearé esta denominación, en vez de utilizar

⁽⁴⁶⁾ Cortina Velarde, Francisco José, *Ley Aduanera (Análisis y Comentarios)*. Editorial Themis, S. A. de C.V., p. 6.

términos de uso común como productos, mercaderías, bienes o efectos, ya que al encontrarse incorporada en la Ley Aduanera, la citada denominación de mercancías, es la única que tiene un significado jurídico propio y adecuado para la debida identificación de las operaciones de importación y exportación, que son las que gravan las contribuciones al comercio exterior.

La doctrina se ha encargado de hacer una clasificación de las mercancías, que es la siguiente:

a).- Por su origen:

Nacionales.- Las que se produzcan en el país, o se manufacturen en el mismo con materias primas nacionales o nacionalizadas.

Nacionalizadas.- Las que siendo extranjeras han satisfecho todos los requisitos y pagado sus contribuciones de importación entrando a la circulación y consumo del país.

Extranjeras.- Son aquellas que por su origen provengan del extranjero y no se hayan nacionalizado".

b).- Por sus requisitos:

Libres.- Las que para su importación o exportación no requieren de requisitos especiales.

Restringidas.- Las que para ser importadas o exportadas necesitan de permiso previo de autoridad competente.

Reguladas.- Las que necesitan de autorización de autoridad competente o cumplir con determinadas condiciones para su importación o exportación.

Prohibidas.- Las que de ninguna manera pueden ser objeto de comercio exterior."

c).- Por el pago de impuestos:

Exentas.- Aquellas mercancías que no causan el impuesto.

Gravadas.- Las que están sujetas al pago de impuestos".

d).- Por su régimen aduanero:

De importación.- Las que se introducen a un territorio Aduanero.

De exportación.- Las que se extraen de un territorio aduanero.

De tránsito.- Las que circulan por un territorio aduanero.

A depósito.- Las que se guardan en almacenes generales de depósito.

e).- Por su lugar de destino:

A región fronteriza.- La que su destino son las zonas de desgravación aduanera.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

A franja fronteriza.- La que su destino es una zona de veinte kilómetros paralela a las líneas divisorias internacionales.

A zona gravada.- La que su destino es cualquier parte del territorio nacional, con excepción de las regiones y franjas fronterizas.⁽⁴⁷⁾

Por otro lado, la Ley Aduanera, en su artículo 133 establece cuáles son las mercancías de uso personal.

Debo destacar que para efectos del delito de asimilación al contrabando, se consideran, conforme al Código Fiscal de la Federación, en su artículo 106, fracción VI, mercancías de uso personal:

"a).- Alimentos y bebidas para su consumo, ropa y otros objetos personales, excepto joyas.

b).- Cosméticos, productos sanitarios y de aseo, lociones, perfumes, medicamentos y aparatos médicos o prótesis que utilice.

c).- Artículos domésticos para su casa habitación, siempre que no sean dos o más de la misma especie".

Una vez señalada la clasificación anterior, analizaré brevemente tres tipos de mercancías por ser las que integran el ilícito a estudio; estas son las mercancías gravadas y/o sujetas a una cuota compensatoria, las

⁽⁴⁷⁾ Carvajal Contreras Máximo, Op. cit. pp. 351 y 352.

mercancías que requieren permiso y las mercancías prohibidas.

Mercancías grabadas y/o sujetas a una cuota compensatoria.— Son aquellas que están sujetas al pago del impuesto al comercio exterior, que conforme a la Ley Aduanera y a las leyes generales de importación y exportación, y a los decretos expedidos por el Ejecutivo Federal, corresponda; asimismo, la importación de dichas mercancías pueden estar sujetas al pago de una cuota compensatoria, por considerarse que éstas mercancías se pretenden introducir al país en situaciones de discriminación de precios o de subvención en su país de origen.

Asimismo, determinadas mercancías se encuentran libres de impuestos al comercio exterior, pero sujetas al pago de una determinada cuota compensatoria.

Mercancías que requieren permiso.— estas mercancías son aquellas que su importación o exportación se encuentra restringida, por diversos motivos como puede ser la protección de la producción nacional, de seguridad, de salud de la protección de la flora y fauna entre otros bienes protegidos, por lo que se requiere de un permiso del Estado, y dependiendo la clase de mercancía será determinada autoridad la que se encargue de otorgar o no dicho permiso, además del Secretario de Fomento Industrial, por ser la autoridad competente en materia comercial.

Como ejemplo de este tipo de mercancías esta el siguiente:

Las armas, que antes eran mercancías prohibidas, ahora son de tráfico restringido, ya que una vez obteniendo los permisos del Secretario de la Defensa Nacional y del Secretaria de Economía se podrán internar al país.

Mercancías de tráfico prohibido.- Son aquellas mercancías que bajo ningún concepto puedan ser importadas o exportadas del país.

D.- TERRITORIO ADUANERO.

La noción de "territorio aduanero" no puede asimilarse a los conceptos de "territorio de la nación", "territorio de la República" y "país". Por ello resulta pertinente advertir que al emplear la expresión "territorio aduanero" aludo a una realidad distinta a aquella designada con las mencionadas expresiones.

El territorio aduanero está constituido por el espacio comprendido dentro de las fronteras aduaneras.

El mismo, configura un ámbito caracterizado por la existencia de una normativa dictada para regular ciertos movimientos de las mercaderías, es decir los relativos a la extracción y a la introducción de la mercadería con relación a ese ámbito.

Por consiguiente, el territorio aduanero constituye un ámbito en el cual rige un

determinado sistema de restricciones directas e indirectas aplicables a la entrada y a la salida de la mercadería.

De tal modo, el ámbito espacial del territorio de la Nación o del territorio de la República y el del territorio aduanero pueden o no coincidir en un supuesto dado, pero siempre designan realidades diversas.

Así puede ocurrir que en un territorio nacional coexistan varios territorios aduaneros o, por el contrario, que un territorio aduanero abarque el territorio nacional correspondiente a varios Estados.

Habida cuenta de lo expuesto, puedo afirmar que el "territorio aduanero" es el territorio delimitado por la frontera aduanera dentro del cual resulta de aplicación un único sistema tributario aduanero (derechos de importación y de exportación) y de prohibiciones a la introducción y a la salida de las mercaderías.

En el artículo XXIV del GATT, se define al territorio aduanero de la siguiente forma:

"A los efectos del presente Acuerdo, se entenderá por territorio aduanero todo territorio que aplique un arancel distinto u otras reglamentaciones comerciales distintas a una parte sustancial de su comercio con los demás territorios".

Por su parte, el Consejo de Cooperación Aduanera en su Glosario define al término territorio aduanero como:

"...el territorio en el cual las disposiciones de la legislación aduanera de un Estado son plenamente aplicables".

Tal como surge de lo expuesto, el concepto de territorio aduanero con sus variantes general y especial posibilita al legislador prescindir del ámbito espacial referido por el territorio nacional para atender eventuales diferencias internas en el orden económico. Asimismo, permite que varios Estados Soberanos, conservando sus fronteras políticas, se integren entre sí constituyendo una unión aduanera, la que debe asentarse en un territorio aduanero común.

Así, entiendo por territorio aduanero general, aquél en el cual es aplicable el sistema general arancelario y de prohibiciones de carácter económico a las importaciones y a las exportaciones. Y por territorio aduanero especial, aquél en el cual es aplicable un sistema especial arancelario y de prohibiciones de carácter económico a las importaciones y a las exportaciones.

De las disposiciones transcritas aparece que, cualquiera que sea su clase, el territorio aduanero es un ámbito arancelario.

E.- FRANJA Y REGIÓN FRONTERIZA.

Una vez que he señalado que se entiende por "territorio aduanero", comentaré lo que son las "áreas francas".

El Consejo de Cooperación Aduanera se ocupó primeramente de esta institución en su Glosario de Términos Aduaneros Internacionales y luego de forma más extensa en el Anexo F.1. de la Convención de Kyoto.

En el Glosario⁽⁴⁸⁾ se define a la "zona franca" (zone franche- free zone) como:

"Parte del territorio de un Estado en la cual las mercancías que en ella se introduzcan se consideran generalmente como si no estuviesen en el territorio aduanero respecto de los derechos e impuestos a la importación y no están sometidas al control habitual de la aduana".

La legislación aduanera mexicana permite que por acuerdo del Estado a través de su Secretario de Economía, previa opinión del de Hacienda y Crédito Público, se eximan del pago de los impuestos y contribuciones al comercio exterior, las importaciones de prácticamente todo tipo de mercancías que estén destinadas a las llamadas franja o región fronterizas.

Esta exención de impuestos es general y comprende prácticamente a todas las mercancías de cualquier clase o naturaleza, que del

⁽⁴⁸⁾ Reyes Altamirano Rigoberto. Preguntas y respuestas jurisprudencia. Diccionario básico, manual aduanero. Segunda edición. Editorial Pac, S.A. de C.V. México 1995 p. 55

extranjero sean susceptibles de importarse a dichas zonas fronterizas. Sin embargo, la Ley Aduanera establece, como casos de excepción que las bebidas alcohólicas, la cerveza, el tabaco labrado en cigarrillos o puros y los caballos de carrera, causaran los impuestos a la importación sin reducción alguna, cuando se importen a las mismas.

Dicho lo anterior, señalaré los conceptos de franja y región fronteriza. La Ley Aduanera considera como franja fronteriza al:

"...territorio comprendido entre la línea divisoria internacional y la línea paralela ubicada a una distancia de veinte kilómetros hacia el interior del país"., y como región fronteriza "al territorio que determine el Ejecutivo Federal".⁽⁴⁹⁾

Como puede advertirse, estas regiones y franjas disfrutan en materia aduanera de un régimen especial y, en ciertos sentidos, privilegiado, puesto que para toda clase de efectos prácticos se manejan como zonas libres de impuestos y contribuciones al comercio exterior.

La Ley Aduanera, establece que las mercancías de procedencia extranjera introducidas a una región libre o franja fronteriza podrán introducirse posteriormente al resto del territorio nacional, mediante la presentación del respectivo pedimento de importación, y cubriendo las contribuciones que

⁽⁴⁹⁾ Cortina Velarde, Francisco José, Op. cit. p. 359.

correspondan y, en su caso, las cuotas compensatorias siempre que se cumpla con las medidas de control que dicte el Estado por conducto de su Secretario de Hacienda y Crédito Público.

Entre esas medidas de control, la más importante esta constituida por el establecimiento de puntos de revisión aduanera en lugares que se encuentran a una distancia aproximada de 20 kilómetros de la línea divisoria internacional, es decir, estos puntos de revisión se localizan cerca de los límites de cada franja fronteriza. El propósito de los mismos es el de que las mercancías que vayan introducirse a territorio nacional se sujeten a las formalidades propias del despacho aduanero y al pago de las contribuciones al comercio exterior que correspondan, bajo los regímenes de importación definitiva o temporal, en los casos en que esto último proceda.

"Tradicionalmente en nuestro país existieron cinco zonas libres: La de Baja California y parcial de Sonora; la de Baja California Sur; la de Quintana Roo; La Zona libre de la franja Fronteriza sur colindante con Guatemala y la del Municipio de Salina Cruz, Oaxaca".⁽⁵⁰⁾

La creación de este régimen fiscal ha permitido el desarrollo económico de importantes regiones de la República que, de otra suerte, habrían quedado condenadas a la marginación y al atraso económico.

⁽⁵⁰⁾ Carvajal Contreras, Máximo, Op. cit. p.190.

A cinco años de la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, la experiencia ha demostrado que México, no se encuentra preparado para enfrentar una situación de competencia comercial directa, principalmente con los Estados Unidos de América. Hasta la fecha lo que se anunció como un instrumento que traería grandes beneficios y oportunidades al país, se ha traducido en una fuente de problemas; puesto que al proporcionar una apertura comercial indiscriminada, las exportaciones mexicanas, por razones evidentes han alcanzado volúmenes muy inferiores a las importaciones que se han hecho de productos norteamericanos.

F.- IMPUESTO.

Las contribuciones deben de conceptualizarse de acuerdo al artículo 2º del Código Fiscal de la Federación, que establece el género de contribución y las especies de ésta, que son los impuestos, las aportaciones de seguridad social, las contribuciones de mejoras y los derechos.

La noción de las contribuciones se encuentra presente en la materia de los delitos fiscales de defraudación fiscal, que se encuentra prevista en el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, así como en los artículos 102 y 104 del Código Fiscal de la federación, que establecen y sancionan el delito de contrabando.

El Código Fiscal de la Federación de 1981, en su artículo 2, dispone que:

"Las contribuciones se clasifican en impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos, las que se definen de la siguiente manera:

I.- Impuestos son las contribuciones establecidas por la ley que deben pagar las personas físicas y morales que se encuentran en la situación jurídica y de hecho prevista por la misma y que sean distintas a las señaladas de las fracciones II, III, IV, de este artículo..."

En base a lo anterior, De la Garza Francisco, define al impuesto como:

"...una prestación en dinero o en especie de naturaleza tributaria, exlege, cuyo presupuesto es un hecho o una situación jurídica que no constituye una actividad del Estado referida al obligado y destinada a recubrir los gastos públicos".⁽⁵¹⁾

Las facultades del Estado, a través de su Congreso de la Unión, para imponer contribuciones necesarias para cubrir el presupuesto están definidas en la Constitución Política de Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 73, fracción VII.

⁽⁵¹⁾ De la Garza, Francisco, Op. cit. p. 377.

En el mismo precepto constitucional en su fracción IX, se prohíbe que en el comercio de Estado a Estado se establezcan restricciones.

En su fracción XXIX-A, señala que el Congreso de la Unión tiene facultades para establecer contribuciones:

I- Sobre el comercio exterior...,

Lo anterior aunado al artículo 31 constitucional fracción IV, y al artículo 131 constitucional, son el fundamento para establecer contribuciones en nuestro país, sobre la exportación e importación de mercancías.

El artículo 31, de la propia Carta Magna, dispone que:

"Son obligaciones de los mexicanos:

IV.- Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes".

De este artículo se desprende lo siguiente:

1.- Establece la obligación, para todo mexicano, de contribuir a los gastos públicos, por lo que las contribuciones deben estar destinadas a cubrir los mismos.

2.- Reconoce que las Entidades que tienen derecho a percibir impuestos son: La

Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios.

3.- Que los impuestos deben ser equitativos y proporcionales.

4.- Que los impuestos se deben establecer por medio de leyes.

Tomando en cuenta el contenido de este artículo los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han establecido que para que un impuesto tenga validez constitucional debe satisfacer los requisitos de que:

a).- Sea proporcional,

b).- Sea equitativo,

c).- Este destinado al pago de los Gastos Públicos.

Con ausencia de alguno de los tres, el impuesto será declarado inconstitucional.

En cuanto a que los impuestos deben ser proporcionales y equitativos, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en forma clara y Breve han dicho lo siguiente:

"Impuesto.- Su proporcionalidad y Equidad.- El artículo 31, fracción IV, de la Constitución establece los principios de proporcionalidad y equidad en los tributos. La proporcionalidad radica, medularmente, en que los sujetos pasivos deben contribuir a los gastos públicos en

función de su respectiva capacidad económica, debiendo aportar una parte justa y adecuada de sus ingresos, utilidades o rendimientos. Conforme a este principio, los gravámenes deben fijarse de acuerdo con la capacidad económica, de cada sujeto pasivo, de manera que las personas que obtengan ingresos elevados tributen en forma cualitativamente superior a los de medianos y reducidos recursos. El cumplimiento de este principio se realiza a través de tarifas progresivas, pues mediante ellas se consigue que cubran un impuesto, en monto superior, los contribuyentes de más elevados recursos y uno inferior los de menores ingresos, estableciéndose, además, una diferencia congruente entre los diversos niveles de ingresos. Expresando en otros términos, la proporcionalidad se encuentra vinculada con la capacidad económica de los contribuyentes que debe ser gravada diferencialmente conforme a tarifas progresivas, para que en cada caso el impacto sea distinto no sólo en cantidad sino en lo tocante al mayor o menor sacrificio, reflejado cualitativamente en la disminución patrimonial que proceda, y que debe encontrarse en proporción a los ingresos obtenidos. El principio de equidad radica medularmente en la igualdad ante la misma ley tributaria de todos los sujetos pasivos de un mismo tributo, los que en tales condiciones deben recibir un

tratamiento idéntico en lo concerniente a hipótesis de causación, acumulación de ingresos gravables, deducciones permitidas, plazos de pago, etc., debiendo únicamente variar las tarifas tributarias aplicables de acuerdo con la capacidad económica de cada contribuyente para respetar el principio de proporcionalidad antes mencionado. La equidad tributaria significa, en consecuencia, que los contribuyentes de un mismo impuesto deben guardar una situación de igualdad frente a la norma jurídica que lo establece y regula".

Amparo en Revisión 2598/85. - Abelardo Manuel Ortega Venzor.- 26 de noviembre de 1985. (52)

Por lo que hace al requisito de que las contribuciones deben ir destinadas al gasto público, es indispensable señalar que los impuestos aduaneros tienen fines fiscales y extrafiscales al mismo tiempo, ya que por una parte produce ingresos fiscales y por otra persiguen proteger la industria nacional contra la competencia extranjera, dentro de otros fines, surgiendo la cuestión de si es constitucional o no que los impuestos puedan tener una finalidad distinta de la de cubrir el gasto público.

(52) La Interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Materia de Impuestos. 1917-1985. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Tribunal Fiscal de la Federación, Fideicomiso para promover la Investigación del Derecho Fiscal y Administrativo. P. 129

Resulta claro que hoy en día los derechos aduaneros, así como los demás tributos aduaneros V.Gr., impuesto de equiparación de precios, derechos antidumping, derechos compensatorios, etc.) son considerados esencialmente desde una perspectiva económica, en la medida en que constituyen eficaces instrumentos de la política económica. En cambio su importancia o significación como "recursos" se han ido reduciendo. Por ello en la doctrina se ha distinguido entre derechos aduaneros "fiscales" y derechos aduaneros "protectores" o "extrafiscales".

A ese respecto los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han resuelto que:

"Los impuestos pueden tener un objeto inmediato, que consiste en cubrir los gastos públicos, objeto que es esencial y común a todos ellos, y otro objeto mediato, que consiste en la realización de determinado propósito como la división de las grandes propiedades rústicas, la protección a ciertas industrias, etcétera, pero no es forzoso que el impuesto, para que se considere así, deba tener como único objeto, el inmediato de que se ha hablado". (Prontuario, Tomo VIII, pag. 83) ⁽⁵³⁾

Es pertinente aclarar que los tributos no deben constituir la sanción de un hecho ilícito, es decir, no deben confundirse los

⁽⁵³⁾ Flores Zavala Ernesto, Op. cit. p. 227.

tributos con las multas, que también son prestaciones coactivas ex lege, pero cuya finalidad es represiva, en tanto que los tributos tienen como fin satisfacer los gastos públicos. (54)

Por lo que hace a que los impuestos deben estar previstos en la ley, esto quiere decir que deben estar regulados en disposiciones de carácter general, abstractas, impersonales y emanadas del Poder Legislativo, este principio de legalidad tiene una excepción al sistema de división de poderes consagrados en la misma Constitución, en cuanto a que permite al Congreso delegar atribuciones Legislativas en el Ejecutivo al señalar en el artículo 131, segundo párrafo que:

"El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir, o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio comercio, y para crear otras, así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de producto, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional o de realizar cualquier otro propósito en beneficio del país. El propio Ejecutivo, al enviar al Congreso el Presupuesto de cada año, someterá a su aprobación el

(54) De la Garza, Francisco, Op. cit. p 327.

uso que hubiere hecho de la facultad concedida".

La facultad fue introducida por la reforma Constitucional de diciembre de 1950, publicada en el Diario Oficial de 28 de marzo de 1951. El antecedente de esta reforma se encuentra en el pensamiento norteamericano. En efecto el presidente de los Estados Unidos, Hoover, en 1939, para justificar la existencia de las tarifas de importación manejadas por el Poder Ejecutivo, expresó lo siguiente:

"Ningún arancel ha sido o será perfecto; la rapidez con que cambian las condiciones de un país no lo permiten...El Congreso no puede modificar las tarifas mas de una vez cada siete y ocho años, pues al estudiar una modificación aislada, provocaría discusiones sobre su totalidad.

Las recomendaciones de la Comisión de Aranceles para modificar las tarifas deben enviarse al Ejecutivo y no al Congreso.

El concepto de la flexibilidad es uno de los mas progresistas en la elaboración de la tarifa." (55)

Dentro de este contexto, en la actualidad básicamente existen dos contribuciones al comercio exterior: El impuesto general de

(55) Constitución Política de Estados Unidos Mexicanos comentada. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1985 p. 328

importación y el impuesto general de exportación. A lo que debe agregarse que tratándose de operaciones de importación en adición al impuesto general antes mencionado, también se causa el Impuesto al Valor Agregado, por disposición expresa de la Ley respectiva, generándose así, también en esta materia, el negativo fenómeno de la doble tributación, al resultar gravado un mismo objeto, en este caso, las mercancías de importación, por dos impuestos federales distintos.

Ahora bien, para los efectos de la determinación de los impuestos general a la importación y general a la exportación, existen como ya apunté dos leyes fiscales especializadas, denominadas respectivamente *Ley del Impuesto General de Importación* y *Ley del Impuesto General de Exportación*; en ellas se contiene una clasificación tarifaria de prácticamente la totalidad de las mercancías susceptibles de importarse al territorio nacional y de exportarse del mismo.

Cada mercancía se encuentra identificada mediante un concepto que se denomina "fracción arancelaria" el que se expresa a través de una clave contenida en una combinación de números y letras. Cada fracción arancelaria incluye además una descripción pormenorizada de la mercancía de que se trate, así como la respectiva tasa, cuota o tarifa, la que generalmente se fija en razón de un determinado porcentaje sobre el valor de la mercancía que se importe o que se exporte.

Existen también las llamadas fracciones arancelarias de carácter genérico o residual,

que establecen una tarifa general aplicable a todas las mercancías de una determinada clase que, por cualquier motivo, no hubieran quedado comprendidas dentro de las fracciones arancelarias específicas.

En esta forma la importación o exportación de mercancías que no cuenten con una clasificación arancelaria propia, se sujeta a estas fracciones genéricas o residuales que, por regla general, deben contener una tarifa impositiva promediada con relación a las tarifas aplicables al grupo de mercancías con el que guarden mayor similitud.

Sobre este particular, debo señalar que la expedición, reforma y adición de las Leyes de los Impuestos Generales a la importación y a la Exportación, particularmente en lo que se refiere a la continua modificación y actualización de las fracciones arancelarias, se lleva a cabo mediante la expedición de los llamados Decretos-delegados, es decir, en esta materia el Presidente de la República, como ya señalé, ejerce las facultades extraordinarias para legislar que, por mandato del segundo párrafo del artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le delega el Congreso de la Unión.

G.- CUOTA COMPENSATORIA.

La Ley de Comercio Exterior, en su artículo 84 dispone que las cuotas compensatorias son:

"aquellas que se aplican a las mercancías importadas en condiciones de

discriminación de precios o de subvención en su país de origen..."

De donde puedo desprender que las cuotas compensatorias tienen su origen en las prácticas desleales del comercio internacional.

Asimismo, la ley antes mencionada, establece que las mismas tienen la naturaleza jurídica de aprovechamientos en términos de lo dispuesto en el artículo 3° del Código Fiscal de la Federación.

A partir del 27 de julio de 1993, la cuota compensatoria deja de ser una contribución al comercio exterior, para convertirse como se ha dicho en un ingreso con el carácter de aprovechamiento.

Las cuotas compensatorias, como medidas de política comercial, que adoptan los estados, pueden ser bienvenidas, siempre que, en el empleo de las mismas se busque alcanzar la meta de lograr un intercambio comercial equitativo, puesto que aplicar tales medidas sin restricción, lo único que genera es desconfianza en el comercio.

Es interesante hacer notar que la posibilidad de imponer cuotas compensatorias, a nivel internacional tiene su origen en lo dispuesto en el artículo VI, del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, el cual permite a los miembros afectados por prácticas desleales de comercio internacional, imponer los llamados derechos compensatorios, los cuales en nuestro país como se ha visto

adoptan el nombre de cuotas compensatorias, en términos de la Ley de Comercio Exterior.

En México, el Estado por conducto del Secretario de Economía, determina las cuotas compensatorias, mientras que el Secretario de Hacienda y Crédito Público, procede al cobro de las mismas.

"Las cuotas compensatorias definitivas estarán vigentes durante el tiempo, y en la medida necesaria, para contrarrestar la práctica desleal que esté causando daño o amenaza de daño a la producción nacional".⁽⁵⁶⁾

La Ley de Comercio Exterior, establece como medio de impugnación ordinario, el recurso de revocación, contra las medidas en las cuales se impongan cuotas compensatorias, de manera provisional o definitiva, dentro de un procedimiento de investigación en materia de prácticas desleales de comercio; así como contra aquellas resoluciones donde la autoridad resuelve si determinada mercancía está sujeta a una cuota compensatoria. Dicho recurso se tramitará y resolverá conforme a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación.

Contra la resolución que recaiga a dicho recurso se podrá acudir al juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, o bien, tratándose de los países con los cuales se tengan celebrados acuerdos en materia de comercio, se estará a lo

⁽⁵⁶⁾ Moreno Valdez, Hadar, *Régimen Jurídico de Comercio Exterior*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, p. 254.

dispuesto en los mismos, sometiéndose a los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias; así, se tiene a manera de guisa que:

"El procedimiento para controvertir las resoluciones definitivas donde se impongan cuotas compensatorias, tratándose de los países que participan del TLCAN, se rige por lo previsto en el artículo 1904, de dicho tratado".⁽⁵⁷⁾

H.- RECINTO FISCAL Y FISCALIZADO.

Debido a que la ley no definía lo que se debía entender por *recinto fiscal*, la autoridad fiscal después de haber dictado algunos criterios, llegó a concluir que por éste debía entenderse como:

"...aquellos espacios en que las autoridades fiscales realizan funciones de almacenaje y custodia de mercancías, o bien, donde residen las autoridades con tales facultades",⁽⁵⁸⁾

En la actualidad la legislación aduanera da un concepto de lo que se debe de entender por recinto fiscal, considerando que son:

⁽⁵⁷⁾ *Manual Aduanero, Consultas Básicas y Respuestas. Jurisprudencias y Tesis Relevantes, Diccionario Básico.* Segunda edición., Edición. Pac, S.A., México 1995.

⁽⁵⁸⁾ Revista del tribunal Fiscal de la Federación. Tesis sustentada por el TFF (Sala Regional de Occidente), diciembre 1990, p. 15.

"...aquellos lugares en donde las autoridades aduaneras realizan indistintamente las funciones de manejo, almacenaje, custodia, carga y descarga de las mercancías de comercio exterior, fiscalización, así como el despacho aduanero de las mismas." (59)

Actualmente de la reforma al artículo 14 de la Ley Aduanera, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1998, se desprende que el recinto fiscalizado es el inmueble en que determinados particulares prestan los servicios de manejo, almacenaje y custodia de mercancías de comercio exterior.

De lo anterior desprendo que los particulares podrán obtener por parte del Estado a través del Secretario de Hacienda y Crédito Público, la concesión para prestar los servicios de manejo, almacenaje y custodia de las mercancías sujetas a operaciones al comercio exterior; dicha concesión se otorgará hasta por un plazo de veinte años, el cual podrá prorrogarse hasta por un plazo igual, siempre y cuando se cumpla con los requisitos necesarios para obtener dicha concesión y en su caso la prorroga.

Es importante señalar que el depósito de las mercancías ante la aduana deberá realizarse en los almacenes fiscales o fiscalizados, en forma obligatoria para las aduanas marítimas y aéreas como un eficaz instrumento de control aduanero y como un paso previo al despacho de

(59) Ley Aduanera, Op. cit. p.4.

las mercancías. Para las aduanas terrestres solo en las que se autoricen expresamente.

I.- CONCEPTO Y DEFINICIÓN DE CONTRABANDO.

Una vez analizado los conceptos de delito fiscal, infracción aduanera, impuestos, cuota compensatoria, mercancía, recinto fiscal y fiscalizado, estoy en posibilidad de una mejor comprensión de los elementos que integran al ilícito de contrabando, y dar una definición al concepto del mismo, por lo cual comienzo por la definición etimológica de la palabra contrabando; así se tiene que:

"La palabra contrabando de origen español, tiene sus antecedentes en la expresión bannun, voz latina con la que se designaba una ley cualquiera dictada con el fin de ordenar o de impedir hechos individualizados a los habitantes de una nación. De tal modo que la palabra 'contrabando' pasó a significar cualquier acción o comportamiento contrario a una ley o a un edicto dictado en un país o región determinados".⁽⁶⁰⁾

Mientras que en la Colección de Documentos para la Historia del Comercio Exterior de México, se establece que:

"Contra- bando es una dicción moderna compuesta de la preposición Contra y de

⁽⁶⁰⁾ *Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IV*, Editorial. Driskill, Argentina 1984. p.88.

la voz Bando, no conocida por los jurisconsultos, equivalente sí a la que en su tiempo se decía proscripción, siendo ésta, manifestación pública de alguna cosa que se hacía notoria al pueblo. El primer testimonio de este vocablo, Bando, en el Derecho, nos lo ofrece una constitución del Emperador Federico, imponiendo este nombre a su mandato... Con que en el sentir común, es Bando lo mismo que Edicto o Mandato, publicado a voz de pregonero, para que venga a noticia común, y esta publicación justifique la imposición de la pena en él señalada sirviendo de citación universal contra sus violadores. Por lo cual Pedro Gregorio asentó que bando era prohibir alguna cosa, cuya ejecución dañaba al bien común, y Renato la llamó Edicto prohibitorio; Sebastián de Médicis dijo era prohibición del comercio con los enemigos". (61)

Por otra parte, para José Othón Ramírez Gutiérrez, la palabra contrabando viene de la:

"Voz española, compuesta de una preposición y un nombre, que proviene del latín, contra, que significa frente a, contra; y del francés ban que pasó al italiano como bando, edicto solemne. En el español antiguo significó la contravención de alguna cosa que era

(61) *El Contrabando y el Comercio Exterior en la Nueva España, Colección de Documentos para la Historia del Comercio Exterior de México*, México, 1967, Publicaciones del Banco Nacional del Comercio Exterior, pp. 3-4.

prohibida por bando publicado a voz de pregonero, en los lugares o sitios destinados para hacer uso público, lo que el príncipe quería que se observe o no se ejecute. También se define como el acto u omisión realizado por una persona para evitar el control adecuado por parte de la autoridad aduanera en la introducción o exacción de mercancías a territorio nacional". (62)

De las definiciones anteriores desprendo que tienen en común el hecho de que la palabra contrabando proviene de latín, de contra y bando, que significa la conducta realizada contra un edicto o ley.

El Diccionario de la lengua española, define al contrabando de la siguiente forma:

"1. - Comercio o producción de géneros prohibidos por las leyes a los particulares, 2. - Mercaderías o géneros prohibidos o introducción fraudulentamente, 3. - Acción o intento de fabricar o introducir fraudulentamente dichos géneros o de exportarlos, estando prohibidos, 4. - Introducción de géneros sin pagar los derechos de aduana a que están sometidos legalmente, 5.- Géneros así introducidos, 6.- Cosa hecha contra un bando o pregón público, 7.- Lo que es o tiene apariencia de ilícito, aunque no

(62) *Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II*, primera reimpresión, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985, p. 289.

lo sea, 8.- Cosa que se hace contra el uso ordinario. ⁽⁶³⁾

Para Balfino Cortés y Morales, citado por Alejandro Cerisola Benvenutti, el contrabando es:

"...el comercio que se hace con géneros cuya venta está prohibida por las leyes, por ser dañina a la industria propia, insistiendo en que el fin principal de las leyes es el bien y la prosperidad del Estado". ⁽⁶⁴⁾

Para Carlos Anabalón Ramírez, citado por Máximo Carvajal Contreras, contrabando es:

"... el hecho de introducir o extraer del territorio nacional mercancías, eludiendo el pago de los derechos, impuestos, tasas y demás gravámenes que pudiera corresponderle o el ejercicio de la potestad, que sobre ella tiene la aduana, con arreglo a las ordenanzas o reglamentos". ⁽⁶⁵⁾

Como se puede observar, el contrabando consiste básicamente en violar las fronteras territoriales, a fin de introducir mercancías y géneros, sin pagar los tributos y derechos establecidos previamente.

⁽⁶³⁾ *Diccionario de la Lengua Española, Tomo I, Real Academia Española.* Vigésima edición. Editorial Espasa - Calpe, España 1984 p. 369.

⁽⁶⁴⁾ Cerisola Benvenutti, Alejandro, Op. cit. p. 11.

⁽⁶⁵⁾ Carvajal Contreras, Máximo, Op. cit. p. 454.

El artículo 102 del Modelo del Código Tributario para América Latina establece que:

"Constituye contrabando toda acción u omisión en la entrada o salida de mercaderías que eludiendo la intervención de los funcionarios aduaneros o induciéndolos a error, violen las leyes establecidas por razones de orden público o perjudique la percepción de los tributos que deban recaudarse en ocasión de la operación. La configuración del contrabando no exige necesariamente la concurrencia del perjuicio fiscal".⁽⁶⁶⁾

La palabra contrabando, se relacionó en especial a los actos violatorios de las Leyes Fiscales y primordialmente, al tránsito de objetos, omitiendo el pago de impuesto o cuya importación o exportación hubiere sido prohibida. Así el significado de la expresión se vinculó directamente al término aduanero.

Desprendo de lo anterior que hay innumerables conceptos dependiendo el lugar, tiempo y política aduanera, influyendo no sólo sobre la definición del mismo y sobre sus medidas de represión, sino que debido en algunos casos al liberalismo económico, también puede prácticamente desaparecer esta figura con relación a algunos países. En México, el liberalismo económico se ve reflejado en la suscripción de diversos tratados como el de

⁽⁶⁶⁾ Fernández Doblado, Luis, *Revista Dinámica del Derecho Mexicano*. Vol. 2, Editado por la Procuraduría General de la República. México, 1974 pp. 112 y 113

Libre Comercio de América del Norte, así como con Chile.

Por lo anterior, puedo afirmar que el concepto de contrabando es dinámico atendiendo a las circunstancias antes mencionadas. Tomando en cuenta los elementos que constituyen el común denominador de las definiciones expuestas, puedo afirmar que:

El contrabando consiste en la introducción o extracción de mercancías en forma ilegal al o del territorio nacional, es decir, sin el pago de impuestos al comercio exterior, sin la presentación de permisos expedidos por autoridad competente o que se trate de mercancías prohibidas.

En el caso de la legislación en México, sobre la materia, también se puede dar el supuesto de que la mercancía se introduzca en forma ilegal al resto del territorio nacional, y cuando se extraiga de los recintos fiscales o fiscalizados sin que hayan sido entregadas legalmente por las autoridades o por las personas autorizadas para ello; y más aún la Ley Aduanera, en la fracción IV del artículo 176 establece que se comete la infracción relacionada con la importación o exportación cuando se ejecuten actos idóneos inequívocamente dirigidos a realizar las operaciones a que se refieren las fracciones que le anteceden, si éstos no se consuman por causas ajenas a la voluntad del agente, lo que constituye una verdadera tentativa de ésta figura y no contrabando propiamente dicho.

Por que expuse con anterioridad, llego a la conclusión de que es innecesaria e ineficaz una definición de contrabando en la legislación.

Para finalizar, reitero que el delito de contrabando se encuentra regulado en el título IV, Capítulo II, del Código Fiscal, dentro de los delitos fiscales, y como infracción aduanera, se encuentra regulado en el título octavo, denominado infracciones y sanciones, Capítulo Unico, de la Ley Aduanera, y ambos ordenamientos, no proporcionan un concepto general de contrabando, sino que establecen en forma casuística, hipótesis en las que se puede cometer el delito e infracción de contrabando, por lo que se transcribirá los artículos donde se encuentra regulado dicho ilícito.

El artículo 102 del Código Fiscal de la Federación, establece:

"Art. 102.- Comete el delito de contrabando quien introduzca al país o extraiga de él mercancías:

I.- Omitiendo el pago total o parcial de las contribuciones o cuotas compensatorias que deban cubrirse.

II.- Sin permiso de autoridad competente, cuando sea necesario este requisito.

III.- De importación o exportación prohibida.

También comete delito de contrabando quien interne mercancías

extranjerías procedentes de las zonas libres al resto del país en cualquiera de los casos anteriores, así como quien las extraiga de los recintos fiscales o fiscalizados sin que le hayan sido entregadas legalmente por las autoridades o por las personas autorizadas para ello...".

Ahora bien, por ser el objeto del presente trabajo la doble regulación del ilícito de contrabando, sólo transcribiré las hipótesis de la Ley Aduanera, que encuentran similitud con las del delito de contrabando y hago la aclaración que no obstante que la Ley Aduanera, le haya cambiado de nombre a lo que antes denominaba contrabando, por el de infracciones relacionadas con la exportación e importación, seguiré considerándolas como infracciones de contrabando, ya que el hecho de que haya variado su denominación, no cambia su naturaleza de ilícito de contrabando.

Así, la Ley Aduanera, en su artículo 176 establece lo siguiente:

"Comete las infracciones relacionadas con la importación o exportación, quien introduzca al país o extraiga de él, mercancías, en cualquiera de los siguientes casos:

I.- Omitiendo el pago total o parcial de los impuestos al comercio exterior y, en su caso, de las cuotas compensatorias, que deban cubrirse.

II.- Sin permiso de las autoridades competentes...

III.- Cuando su importación o exportación esté prohibida...

IV.- Cuando se ejecuten actos idóneos inequívocamente dirigidos a realizar las operaciones a que se refieren las fracciones anteriores, si estos no se consuman por causas ajenas a la voluntad del agente.

V.- Cuando se interne mercancías extranjeras procedentes de la franja o región fronteriza al resto del territorio nacional en cualquiera de los casos anteriores.

VI.- Cuando se extraigan o se pretendan extraer mercancías de recintos fiscales o fiscalizados sin que hayan sido entregadas legalmente por la autoridad o por las personas autorizadas para ello..."

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DEL DELITO DE CONTRABANDO

A raíz de las reformas a las leyes penales de 1994, de Estados Unidos mexicanos, se dice que se pasa del causalismo al finalismo; la diferencia esencial que se encuentra, es que por el método finalista se llega antes en la tipicidad al dolo y culpa que por el otro sistema, como apunta el profesor español Enrique Gimbernaty Ordeig:

"el finalismo no abandona la tradicional tripartición: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad.

Ni siquiera introduce o suprime nuevos datos; mantiene los mismos, pero los separa y los distribuye de otro modo entre los tres estratos de la teoría del delito." (67)

En vista de lo anterior, y si se toma en cuenta que de la legislación penal Federal vigente, no se desprende de forma indubitable que se deba seguir la corriente finalista, analizaré el delito de contrabando básicamente bajo la corriente causalista, haciendo breve referencia a la corriente finalista.

A.- CONDUCTA O HECHO.

(67) Gimbernaty Ordeig, Enrique, *Artículo El Sistema del Derecho Penal en la actualidad*, (SEPARATA del Anuario de Ciencia Jurídica, de España 1-1971-2).p 4

He observado que en el devenir histórico, se le han dado diversas denominaciones al primer elemento del delito, como acto, acción, conducta y hecho, entre otras.

Dentro de los juristas más destacados, Jiménez de Asúa, citado por el Dr. Eduardo López Betancourt, denomina acto, como:

"...la manifestación de voluntad que mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda." ⁽⁶⁸⁾

De la definición anterior se puede desprender que el hecho tiene tres elementos:

- 1.-Conducta
- 2.-Un resultado material.
- 3.-Nexo Causal.

1.- Conducta.

Se observa que la conducta se manifiesta mediante una acción u omisión, las cuales para la mayoría de los autores deben ser voluntarias, ⁽⁶⁹⁾ es decir, la conducta se

⁽⁶⁸⁾ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito.*, Editorial Porrúa, S.A. México, 1994, p. 77

⁽⁶⁹⁾ Solo la conducta del ser humano tiene relevancia para el Derecho Penal, por ser el único ser con voluntad. En la antigüedad se juzgaban a los animales. Comentaba en clase el desaparecido Maestro Guillermo Colín Sánchez.

integra por un elemento psíquico consistente en la voluntad de hacer o de no hacer, y un elemento físico consistente en el hacer o no hacer.

El Maestro Porte Petit, respecto a la acción dice:

"La acción consiste en la actividad o en el hacer voluntarios, dirigidos a la solución de un resultado típico o extratípico. Es por ello que da lugar a un tipo de prohibición." (70)

La omisión es una conducta negativa, es inactividad voluntaria o no, cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado, violándose una norma perceptiva, en el caso de la omisión simple o de una perceptiva y una prohibitiva, en el caso de la comisión por omisión.

2.- Resultado Material.

Así para algunos autores, el resultado es un cambio en el mundo exterior causado por la manifestación de voluntad, o la no mutación de ese mundo externo por la acción esperada y que no se ejecuta.

El Maestro Jiménez de Asúa, lo ha definido diciendo que:

(70) Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal I.*, Decimaoctava edición. Editorial. Porrúa, S.A.. México 1999. p. 235.

"...el resultado no sólo es aquél cambio en el mundo material constituido por el estricto daño, y menos aún el concreto y efectivo perjuicio que sólo acarrea la responsabilidad de su reparación; también lo es, el riesgo o daño potencial, el peligro." (71)

Se ha visto al resultado bajo dos vertientes, en un plano jurídico o formal y en uno naturalístico o material, y así se dice, que la primera estudia el resultado como una mutación o cambio en el mundo jurídico y la segunda en relación con la mutación en el mundo exterior, es decir un cambio material.

De acuerdo a lo anterior considero conveniente llamarle al elemento objetivo del delito, conducta o hecho, aclarando que el primer término no requiere resultado material y el segundo si requiere, por lo tanto, también nexo de causalidad entre la conducta y el resultado material, decimos que éste último consiste en la mutación del mundo exterior, señalada en el tipo.

Asimismo, considero correcto que independientemente de que algunos delitos tengan resultado material, todos ellos tienen un resultado jurídico consistente en la lesión del bien o interés jurídicamente protegido.

3.- Nexo Causal.

Una vez explicada la conducta y el

⁷¹ Jimenez de Asúa, Op. cit. p. 165.

resultado material, paso a explicar la relación que debe existir entre la primera como causa y el segundo como efecto, para que se le pueda atribuir al sujeto ese hecho.

La doctrina llama nexo causal a la relación de causalidad entre la conducta y el resultado.

El Maestro Celestino Porte Petit, afirma que la relación de causalidad es:

"...El nexo que existe entre un elemento del hecho (conducta) y una consecuencia de la misma conducta: resultado".⁽⁷²⁾

Como resultado de ello, diré que no basta con que se puedan comprobar los elementos de la conducta, ni que se compruebe que se dio el resultado material, sino que es indispensable comprobar un nexo entre la conducta y el resultado; por lo tanto solo es propio hablar de nexo causal con relación a aquellas conductas productoras de un resultado material.

El Código Penal Federal, en su artículo 7º, fracción III, establece que el delito es continuado cuando:

"con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal".

⁽⁷²⁾ Porte Petit Candaudap Celestino. Op. cit. p. 268

Asimismo el Código Fiscal, en esencia, define a esta clase de delito en los mismos términos, al establecer que el delito es continuado:

"...cuando se ejecuta con pluralidad de conductas o hechos, con unidad de intención delictuosa e identidad de disposición legal, incluso de diversa gravedad."

El Maestro Castellanos Tena, ha manifestado en forma elegante que esta clase de delito es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución.

De las definiciones anteriores se desprende que los elementos que integran esta clase de delito, son los siguientes: 1.- Pluralidad de acciones; 2.- Unidad de resolución; 3.- Procedentes de un mismo sujeto, y 4.- Identidad de lesión jurídica.

Como ya se hizo referencia, esta figura se estableció con el propósito de evitar penas exageradas a un mismo individuo autor de varios delitos relativamente pequeños de la misma naturaleza, llegándose a la conclusión de que no se integran múltiples delitos semejantes sino únicamente un delito.

Una vez mencionado, el primer elemento del delito, conducta o hecho, paso a analizar el delito de contrabando en cuanto a éste primer elemento para lo cual es necesario transcribir las hipótesis en las que se comete dicho ilícito.

El Código Fiscal de la Federación, en su artículo 102, regula al contrabando de la siguiente manera:

"Comete el delito de contrabando quien introduzca al país o extraiga de él mercancías:

I.- Omitiendo el pago total o parcial de las contribuciones o cuotas compensatorias que deban cubrirse.

II.- Sin permiso de autoridad competente, cuando sea necesario este requisito.

III.- De importación o exportación prohibida.

También comete delito de contrabando quien interne mercancías extranjeras procedentes de las zonas libres al resto del país en cualquiera de los casos anteriores, así como quien las extraiga de los recintos fiscales o fiscalizados sin que le hayan sido entregadas legalmente por las autoridades o por las personas autorizadas para ello..."

a).- Clasificación en orden a la conducta.

Por lo que hace a la primera hipótesis consistente en introducir o extraer del país mercancías omitiendo el pago total o parcial de las contribuciones o cuotas compensatorias que deban cubrirse, la misma es mixta, ya que la conducta está compuesta de acción, consistente

en introducir o sacar mercancías del país, y de una omisión, el no pagar las contribuciones o cuotas compensatorias que deban cubrirse.

La infracción prevista en esta hipótesis, se refiere a los casos en que no se cubran los impuestos correspondientes o las cuotas compensatorias o no se cubran en la cantidad que debieran

En la segunda hipótesis, surge un delito de simple acción, derivada de la prohibición de introducir o sacar mercancías sin contar con el permiso necesario para tales operaciones, no está prohibido su tráfico sino sólo restringido, originándose una acción por introducir o sacar efectos sin autorización legal. Este último elemento es de carácter normativo.

Es importante destacar que el hecho de que se le ofrezca al contribuyente la posibilidad de cumplir con las regulaciones y restricciones no arancelarias, en las cuales se contemplan los permisos previos de importación-exportación, dentro del plazo de 30 días, no significa que se le exima de la imposición de la sanción, tan solo significa que si se cumple con las mismas dentro del plazo, la mercancía no pasará a propiedad del Estado, y se procederá a la sustitución del embargo, dentro del ámbito administrativo.

En la tercera hipótesis que se refiere a la importación o exportación prohibida, es de simple acción, pues es natural que si su comercio con el extranjero se haya terminantemente prohibido como medida de

protección para las mercancías producidas en el país, así como medida de salubridad, de protección a la ecología y de seguridad entre otras, no se regula en forma alguna en las tarifas respectivas el pago de los impuestos, por lo que en este caso, no se configura la forma omisiva.

En la parte última del artículo 102 del Código Fiscal de la Federación viene a ser lo mismo a las tres anteriores, con la diferencia de que el contrabando se da cuando se introducen mercancías extranjeras procedentes de las zonas libres al resto del país, dándose por reproducidas las explicaciones para las hipótesis anteriores, por tener aplicación plena a la presente hipótesis.

Mientras exista el régimen de trato arancelario preferencial para las importaciones destinadas a la franja y región fronteriza cuya vigencia se extingue este año 2001 para esta última, se requiere controlar el ingreso al resto del territorio nacional de mercancías procedentes de estas zonas arancelariamente privilegiadas.

Por lo que hace a la hipótesis de quien las extraiga de los recintos fiscales o fiscalizados sin que les hayan sido entregadas legalmente por las autoridades, o por las personas autorizadas para ello, es de simple acción, pues la conducta será la de extraer dichas mercancías de los lugares indicados.

La comisión por omisión no se presenta, porque la omisión del pago de los impuestos o la omisión del permiso no tiene vida propia,

independiente de la acción de introducir o extraer mercancías permitidas o restringidas según se trate, además de que el tipo penal en mi opinión no exige un resultado material, es decir, es un delito de resultado formal, como comentaré más adelante.

Por lo que hace al tercer elemento del hecho, el nexo causal, considero que en base a lo manifestado, por no requerir la conducta de un resultado material no es necesaria la existencia del nexo causal entre la conducta y el resultado.

Por el número de actos, el delito de contrabando, dada su complejidad, puede ser unisubsistente o plurisubsistente ya que se puede llevar a cabo por un solo acto, como en el caso de introducir o sacar mercancías prohibidas, o bien llevarse a cabo mediante varios actos físicamente fraccionados, como sería el caso de que se actualizara la hipótesis consistente en introducir o sacar mercancías permitidas (acción) y no pagar los impuestos (omisión), en donde existen dos actos.

En síntesis, el contrabando puede ser un delito de acción o mixto de acción y omisión y unisubsistente o plurisubsistente.

b).- Clasificación en orden al resultado.

En orden al resultado el delito de contrabando se puede clasificar como:

1.- Instantáneo, porque en el momento de ser ejecutado se agota el mismo, sin poder prolongarse su consumación. La mayoría de los delitos de contrabando se dan en esta forma.

2.- Continuado.- Dadas las diferentes formas y medios de realización tipificados, se origina con bastante regularidad bajo esta figura, como por ejemplo: cuando un sujeto se dispone a introducir o sacar del país en forma parcial y por lo mismo con acciones plurales, un determinado lote de mercancías, omitiendo el pago de los impuestos, estaremos ante un delito continuado y no frente a varios delitos.

3.- Formal.- ya que el tipo no requiere que se produzca un resultado material sino que basta con realizar la conducta descrita en las diversas hipótesis para que se de el delito, sin embargo, sí se causa un daño al bien jurídico tutelado, como lo es el patrimonio del fisco, la economía nacional, y a la sociedad en general, pero es claro que el bien jurídico no integra el tipo legal,⁷³ no obstante que constituye la piedra angular sobre la cual se construyen los diversos tipos.

Para algunos autores como Luis Porte Petit, es un delito de resultado material, como se desprende de lo manifestado respecto del delito de contrabando al afirmar que:

(⁷³) De las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales de 1994 se desprendía que el bien jurídico tutelado pertenecía al tipo, situación que no ocurre en la actualidad, debido a las reformas hechas a dicho Ordenamiento en el año de 1999.

"...la violación de estas normas trae como consecuencia un resultado material o en otros términos, una mutación en el mundo exterior, siendo indiscutible el detrimento pecuniario en perjuicio del patrimonio fiscal en lo tocante a la primera hipótesis, al omitir el pago de los impuestos." (74)

No comparto, el criterio de algunos juristas en el sentido de que se este frente a un tipo penal de resultado material, pues creo que se esta frente a un tipo penal de los denominados de mera conducta, en los cuales el legislador no espera a que el daño o menoscabo del bien jurídico tutelado se produzca sino que describe conductas que sancionan el simple comportamiento del sujeto agente, independientemente de sus consecuencias.

4.- De daño, se clasifica así en virtud de que destruye el bien jurídico tutelado, al causar una lesión al fisco o a la nación.

B.- AUSENCIA DE CONDUCTA.

El aspecto negativo de la conducta o hecho es la ausencia de conducta o hecho, la cual es definida como la falta de un comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito.

Lo anterior, se desprende de la fracción I del artículo 15 del Código Penal, el cual establece lo siguiente:

(74) Porte Petit, Luis, Op. cit. p. 95.

"El delito se excluye cuando:

I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente."

Las hipótesis de ausencia de conducta aceptadas por unanimidad son:

- a).- fuerza mayor
- b).- fuerza física irresistible
- c).- movimientos reflejos

Además de las anteriores otros autores consideran al sueño, el hipnotismo y al sonambulismo, como verdaderas ausencias de conducta.

De lo anterior se desprende que habrá ausencia de conducta, cuando la acción o la omisión son involuntarias; porque cuando el movimiento corporal que realiza el sujeto le falta la voluntad de éste, se esta en presencia de la misma. Lo anterior se desprende de lo dispuesto en el artículo 15 fracción I del Código Penal Federal el cual capta todas las especies de ausencia de conducta, al establecer que el delito se excluye cuando:

"El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente".

El delito de contrabando por su naturaleza requiere para su realización, una determinada

preparación, que por lo mismo ha de ser voluntaria por lo que es difícil que se den las hipótesis de ausencia de conducta mencionada y únicamente se puede anular la conducta, mediante la "*vis mayor*", siendo posible su aparición y en consecuencia la imposibilidad del surgimiento del delito de contrabando. Esta se da cuando un sujeto materialmente se ve constreñido por la naturaleza a producir un resultado, pero éste sujeto sirve de mero instrumento.

Es difícil encontrar una hipótesis en que opere la ausencia de conducta de esta manera, sin embargo, en forma teórica, puedo señalar aquellos casos en que un aviador procedente del extranjero y cargado de mercancías, es materialmente empujado y derribado por una tempestad, cayendo dentro del territorio nacional, porque si el aviador tiene que aterrizar por el peligro que tiene de que el avión se estrelle o se derribe por alguna falla en el motor entonces se dará el estado de necesidad como causa de justificación.

C.- TIPICIDAD.

En Alemania se gestaron las primeras teorías sobre la tipicidad, considerando al tipo igual que delito, toda vez que se contenían los elementos del mismo en el tipo, incluyendo la culpa y el dolo.

El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta o hecho, en los preceptos penales, y que se estima digna de una sanción penal.

La creación de los tipos obedece a la necesidad imperiosa de proteger determinados bienes, que en un momento dado, el Estado considera de sumo valor para su existencia y para la seguridad de sus gobernados.

El desaparecido Maestro, Guillermo Colín Sánchez, señaló los diversos contenidos que puede tener el tipo según el caso:

a).- Lo meramente objetivo.

b).- Lo objetivo y normativo.

c).- Lo objetivo, lo normativo y/o subjetivo.

d).- Lo objetivo y subjetivo.⁽⁷⁵⁾

Los elementos objetivos, son aquellos que se pueden comprender sin necesidad de un conocimiento especial.

Los elementos subjetivos. Estos pueden ser de dos clases, los elementos de culpabilidad que hacen alusión al dolo y los elementos subjetivos del injusto propiamente dichos.

Son elementos subjetivos concretamente referidos al dolo los expresados con las palabras "maliciosamente", "voluntariamente", "Intención de matar", etc.

⁽⁷⁵⁾ Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Decimatercera edición. Editorial. Porrúa, S.A. México 1992, p. 24.

Los elementos subjetivos del tipo, son ciertas finalidades últimas que se propone el sujeto y que exige el tipo para integrarse.

Los elementos normativos. Son los que exigen una valoración jurídica (como la ajeneidad de la cosa en el robo), o una valoración cultural (como la honestidad que era exigida en la mujer en ciertas formas de los delitos sexuales).

En la mayoría de los tipos, el legislador exige la concurrencia de ciertas modalidades, entre las que se pueden mencionar algunas referencias como: a).- calidad del sujeto activo; b).- calidad del sujeto pasivo; c).- objeto; d).- referencias temporales; e).- referencias espaciales; f).- medio previsto.

Una vez que mencioné los elementos del tipo, haré un análisis del contenido de los elementos que conforman los diferentes tipos referidos al contrabando.

Elementos del tipo.

Primera hipótesis.- Comete el delito de contrabando quien introduzca al país o extraiga de él mercancías:

I.- omitiendo el pago total o parcial de las contribuciones o cuotas compensatorias que deban cubrirse.

Elementos del tipo.

a).- Introducir al país: elemento objetivo.

- b).- Extraer del país: elemento objetivo.
- c).- Mercancías: elemento normativo.
- d).- Omitiendo: elemento objetivo.
- e).- El pago total o parcial: elemento objetivo.
- f).- De las contribuciones o cuotas compensatorias: elemento normativo.
- g).- Que deban cubrirse: elemento objetivo.

Resultado: detrimento en el patrimonio de la Federación.

Segunda hipótesis.- Comete el delito de contrabando quien introduzca al país o extraiga de él mercancías: II.- Sin permiso de autoridad competente cuando sea necesario éste requisito.

Elementos del tipo.

- a).- Introducir al país: elemento objetivo.
- b).- Extraer del país: elemento objetivo.
- c).- Mercancías: elemento normativo.
- d).- Sin permiso de autoridad competente: elemento normativo.

Resultado: daño a la economía del país, la salud, la ecología, la seguridad entre otros.

Tercera hipótesis.- Comete el delito de contrabando quien introduzca o extraiga del país mercancías de importación o exportación prohibida.

Elementos del tipo.

a) .- Introducir al país: elemento objetivo.

b) .- Extraer del país: elemento objetivo.

c) .- Mercancías: elemento normativo.

d) .- De importación: elemento objetivo.

e) .- De exportación: elemento objetivo.

f) .- Prohibidas: elemento normativo.

Resultado: daño a la economía, a la salud, a la ecología, entre otros.

Cuarta hipótesis.- Comete del delito de contrabando quien interne mercancías extranjeras procedentes de las zonas libres al resto del país en cualquiera de las tres hipótesis anteriores.

Elementos del tipo:

a) .- Internar: elemento objetivo.

b) .- Al resto del país: elemento objetivo o normativo.

c) .- Mercancías extranjeras: elemento normativo.

d) .- Procedentes de zonas libres: elemento normativo.

Referencia de lugar: haber introducido mercancías extranjeras procedentes de una zona libre al resto del país.

Quinta hipótesis.- comete el delito de contrabando quien extraiga mercancías de los recintos fiscales o fiscalizados sin que le hayan sido entregadas legalmente por las autoridades o por las personas autorizadas para ello.

Elementos del tipo:

a) .- Extraer elemento objetivo.

b) .- De recintos fiscales o fiscalizados: elemento normativo.

c) .- Mercancías extranjeras: elemento normativo.

d) .- Sin que le hayan sido entregadas legalmente: elemento objetivo.

Referencia de ocasión: que se encuentren depositadas mercancías extranjeras en recintos fiscales o fiscalizados.

Referencia de lugar: recinto fiscal o fiscalizado.

De las hipótesis de contrabando mencionadas, se observa que el sujeto activo puede ser cualquier persona, ya que el tipo no requiere de ninguna calidad en cuanto a que en el mismo únicamente se hace referencia a "quien"; mientras que el sujeto pasivo, que es el titular del derecho lesionado o puesto en peligro por el delito, o en otras palabras es la persona afectada por la actividad o inactividad desarrollada, ya sea en el campo jurídico o jurídico material; en el caso a estudio únicamente lo es el Estado a través de su hacienda pública, es decir, es el Estado Federal, cuando no se pagan los impuestos correspondientes y genéricamente la economía nacional, cuando se trata de mercancías cuya importación o exportación esta prohibida o restringida. Encontrándonos por lo tanto frente a un tipo personal. En tal forma, el delito de contrabando exige la calidad especial en el sujeto pasivo.

El objeto material, persona o cosa sobre la cual recae el daño o peligro, en el caso que analizo recae en el patrimonio del Estado, en su hacienda pública y en la colectividad, en tanto se afecta el desarrollo económico del país, hay algunos autores que sostienen que son las mercancías.

No se hace alusión a medio específico de comisión, tampoco a referencia temporal, ya que el delito de contrabando puede realizarse en cualquier tiempo.

Hay referencia espacial, en tanto que se habla de territorio nacional, recinto fiscal o fiscalizado; en estos términos si yo pretendo

extraer del país mercancía extranjera sin pagar impuestos o de tránsito restringido sin permiso, o mercancía prohibida habrá quizá tentativa pero no delito consumado debido a la referencia espacial, es en este caso el país.

No se hace alusión a elementos subjetivos del injusto.

Una vez manifestado en que consiste el tipo, estoy en posibilidad de analizar la tipicidad; esta se manifiesta cuando una conducta en concreto, encuadra con la descripción legal formulada por el legislador en forma abstracta; por lo que la ausencia de esta impide la configuración del delito, por ser la tipicidad un elemento del mismo, lo cual se encuentra resumido en la fórmula "*nullum crimen sine tipo*".

El que la tipicidad sea elemento esencial del delito, en este caso fiscal deriva del principio de estricta legalidad penal expresado con la fórmula latina *NULLAM CRIMEN NULLAM POENA SINE LEGE*, que tiene su fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 14, tercer párrafo, y que es absolutamente aplicable a la materia penal fiscal, el cual establece lo siguiente:

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

Así, puedo concluir que la tipicidad es el encuadramiento de la conducta al tipo penal, dicho encuadramiento debe ser exacto, a lo que describe la Ley Penal, contrario a lo que ocurre en materia civil o mercantil, en cuyo ámbito puede invocarse la analogía, los principios generales del derecho, la equidad, etc.

En cuanto a la clasificación de los tipos, el que consagra el delito de contrabando es un tipo anormal, en tanto que los términos que se emplean para describir la conducta delictuosa no son meramente objetivos, esto es, susceptibles de apreciación por medio de los sentidos, ya que se necesita hacer en algunos de ellos alguna valoración cultural o jurídica. (contribuciones, mercancías, cuotas compensatorias, zonas libres, recintos fiscales o fiscalizados).

También se considera fundamental ya que si bien es cierto, no existe un rubro que agrupe a los tipos cuyo objeto es regular la defraudación fiscal por el tránsito de mercancías, no constituyendo el delito de contrabando el fundamento de otros tipos, también lo es que se considera fundamental o básico en razón de que su existencia no está condicionada a otro delito; asimismo, se considera básico en relación con el contrabando agravado.

También existe el tipo de contrabando complementado calificado, en orden más veces a la calidad del sujeto activo y en cuanto a los medios comisivos, ya que éste puede ser cometido por un servidor público, como sería el

caso de un empleado aduanal, o bien, que se use la violencia física o moral.

Asimismo, son autónomos toda vez que tienen vida propia y no dependen de otro tipo, es decir no tienen dependencia con algún otro tipo, no esta subordinado su existencia a otro delito.

El delito de contrabando en cuanto a su formulación, se afirma que es casuística alternativamente formado, porque supone diferentes hipótesis y se puede dar una u otra, o sea hay alternatividad y en cuanto a su valor, son equivalentes, es decir, el contrabando se puede dar por cualquiera de las hipótesis que describe el artículo 102 del Código Fiscal de la Federación.

Por el daño que causa la conducta en ellos descrita, los tipos se clasifican en de daño y de peligro; el contrabando pertenece a los primeros, toda vez que su realización implica un detrimento al patrimonio del Estado, este es, un daño real y efectivo.

D.- ATIPICIDAD.

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. Esta es la ausencia de la adecuación de la conducta al tipo; si la conducta no es típica jamás podrá ser delictuosa. La falta de tipo es la falta de expresión legislativa y la falta de tipicidad es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal, esto es en la

atipicidad si existe el tipo, lo que sucede es que la conducta desplegada por el agente no se adecua al tipo penal respectivo.

En este orden de ideas, se afirma que existe una ausencia de tipicidad o hay atipicidad cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en las hipótesis del artículo 102 del Código Fiscal de la Federación, mientras que en los casos que la propia Ley no ha descrito como delito fiscal, una conducta determinada se da ausencia de tipo.

En el delito de contrabando no podrá hablarse de atipicidad por falta de calidad en el sujeto activo, porque en este delito el sujeto es común o indiferente, como se desprende del texto que establece la figura de contrabando al establecer que comete el delito de contrabando "quien introduzca al país o extraiga de él mercancías...".

Por tanto, al no exigir el tipo de contrabando determinada calidad en el sujeto activo, podrá serlo cualquier persona. Sin embargo, por falta de calidad en el sujeto pasivo si puede existir una causa de atipicidad pues como deje apuntado al hablar de los sujetos, sólo el estado en su hacienda pública puede ser el sujeto pasivo y al no darse esta calidad en el sujeto, no puede configurarse el delito de contrabando.

Se puede presentar atipicidad por falta de objeto, como sería el caso de que se introdujeran o sacaran mercancías del país, las

cuales no constituyen objetos gravados por el fisco en ninguna forma.

En cuanto a las referencias temporales, la Ley no requiere ninguna especial, por lo que no se puede dar la atipicidad por falta de éstas.

Por lo que hace a la referencia espacial, se podría dar el caso de que una persona queriendo lesionar el patrimonio del Estado introduzca al país mercancías por las que normalmente se debieran pagar impuestos pero por ir destinadas a una región libre de impuestos no comete delito, es decir, va destinada a una zona donde la introducción de ciertas mercancías no se encuentran gravadas por ningún impuesto, originándose la tentativa imposible, pudiéndose configurar una infracción aduanera mas no un delito.

O bien una persona quiere extraer del país mercancía prohibida o restringida sin el permiso correspondiente o bien mercancía libre sin el pago de los impuestos y lo detienen antes de salir del país habrá tentativa mas no delito consumado.

Por falta de medio previsto, no puede darse una causa de atipicidad, pues la ley no se requiere de determinados medios para la consumación del contrabando.

Por último, al no existir en el tipo de contrabando elementos subjetivos del injusto no se puede dar la atipicidad por falta de estos elementos.

E. - LA ANTIJURIDICIDAD.

Algunos autores manifiestan que la antijuridicidad es lo contrario a derecho, lo cual es muy general y no es útil; como lo expresa el Maestro Jiménez de Asúa, al decir que dicha definición de antijuridicidad es una de tantas definiciones tautológicas, es decir, una traducción en frase distinta, como la respuesta que nos da el médico cuando le consultamos un dolor de cabeza: "Es una cefalagía". Comentando dicho autor que, no se ha hecho más que traducir al griego lo que el profano dijo en lenguaje corriente. ⁽⁷⁶⁾

Se afirma que la antijuridicidad tiene un carácter objetivo, ya que la misma nace del juicio valorativo de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal; manifestándose que dicho juicio sólo recae sobre la acción realizada, excluyendo toda valoración de carácter subjetivo.

Para la existencia de la antijuridicidad se requiere una doble situación. Positiva una, adecuación a una norma penal, y negativa otra, que no esté amparada por una causa de exclusión del injusto. La conducta, por tanto será antijurídica si no está protegida por una de las causas de licitud.

Algunos autores consideran a la antijuridicidad como un carácter del delito, ya que aducen a que si fuera un elemento, sería posible, que se presentara como un dato conceptualmente aislado, pero que como esto no

⁽⁷⁶⁾ Jiménez de Asua, Op. cit. p. 267.

puede suceder, constituye la síntesis integral del fenómeno punible y de cada uno de los elementos que lo componen, es decir, sólo es un atributo del delito y de sus componentes.

El Maestro Eduardo López Betancourt, menciona que ha venido operando el ordenamiento penal, exigiendo dos requisitos para la existencia de la antijuridicidad, siendo el primero la existencia de una adecuación de la conducta al tipo penal y el otro es cuando ésta no se encuentre en alguna de las causas de exclusión del injusto o de alguna causa de licitud.⁽⁷⁷⁾

Por mi parte considero que hay antijuridicidad, cuando una conducta o hecho destruye o pone en peligro objetivamente el bien jurídicamente protegido.

El delito de contrabando fue creado lógicamente con una finalidad, por lo cual es indispensable para entender la misma, conocer los intereses con su creación; el bien jurídico tutelado, o sea, el valor que se trata de proteger con la norma penal en el delito de contrabando, esta constituido por el patrimonio del Estado en su hacienda pública, en su caso el interés de la colectividad; así como la economía nacional, la seguridad, la ecología, la salud, asegurar la existencia de determinados bienes indispensables para el consumo interno; entre otros bienes jurídicos protegidos, como se puede observar en las siguientes hipótesis:

⁽⁷⁷⁾ López Betancourt Eduardo. Teoría del delito. Editorial Porrúa, S.A. México 1994. p. 142

Primera hipótesis.- Comete el delito de contrabando quien introduzca al país o extraiga de él mercancías: I.- omitiendo el pago total o parcial de las contribuciones o cuotas compensatorias que deban cubrirse.

Bien jurídico protegido: El patrimonio del Estado en su aspecto erario público.

Segunda hipótesis.- Comete el delito de contrabando quien introduzca al país o extraiga de él mercancías: II.- Sin permiso de autoridad competente cuando sea necesario éste requisito.

Bien jurídico protegido: La economía del país, la salud, la ecología, la seguridad entre otros.

Tercera hipótesis.- Comete el delito de contrabando quien introduzca o extraiga del país mercancías: III.- de importación o exportación prohibida.

Bien jurídico protegido: La economía del país, la salud, la ecología, la seguridad, entre otros.

Cuarta hipótesis.- Comete del delito de contrabando quien interne mercancías extranjeras procedentes de las zonas libres al resto del país en cualquiera de las tres hipótesis anteriores.

Bien jurídico protegido: El patrimonio del Estado en su aspecto erario público; así como la economía del país, la salud, la ecología, la seguridad, entre otros.

Quinta hipótesis.- Comete el delito de contrabando quien extraiga mercancías de los recintos fiscales o fiscalizados sin que le hayan sido entregadas legalmente por las autoridades o por las personas autorizadas para ello.

Bien jurídico protegido: El patrimonio del Estado en su aspecto erario público.

En este caso, el bien jurídico tutelado es el Estado en lo que se ha dado en llamar Fisco Federal, toda vez que no se han cubierto los impuestos al comercio exterior ni las cuotas compensatorias por las mercancías en depósito tanto en las aduanas (aéreas, marítimas o interiores) como en los almacenes generales de depósito con autorización para operar el régimen de depósito fiscal, incluso en diversas ocasiones ni siquiera se han cumplido las regulaciones y restricciones no arancelarias aplicables a la mercancía; siendo lógico y congruente regular y sancionar estas conductas.

Si no existe una justificante que ampare a la conducta típica, siempre será antijurídica; por lo tanto, toda conducta que encuadre en cualquiera de las hipótesis de contrabando a que se refiere el artículo 102 del Código Fiscal de la Federación, será antijurídica si no está protegida por alguna causa de justificación.

F.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Debe entenderse que:

"Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen".⁽⁷⁸⁾

Por su parte el Maestro Celestino Porte Petit, respecto a las causas de justificación manifiesta lo siguiente:

"...existe una causa de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos, son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante".⁽⁷⁹⁾

Las causas de justificación recaen sobre la conducta realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa, es decir, el agente obra con voluntad consciente en condiciones normales de imputabilidad pero su conducta no será delictiva por ser justa, conforme a derecho.

Las causas de justificación reconocidas por la doctrina y por nuestro Derecho son:

a).- Legítima defensa

⁽⁷⁸⁾ Jiménez de Asua, Op. cit. p. 284.

⁽⁷⁹⁾ Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. cit. p. 386

- b).- Estado de necesidad
- c).- Cumplimiento de un deber
- d).- Ejercicio de un derecho
- e).- Impedimento legítimo

La obediencia jerárquica, que tradicionalmente se consideró como una causa de justificación, en la actualidad se considera una causa de inculpabilidad, como se analizará en el momento de hablar de las causas de inculpabilidad.

Así, V.G., el estado de necesidad, puede surgir como causa de justificación, como se aprecia en el siguiente ejemplo:

En el caso de que exista una epidemia y se necesiten en forma inmediata medicamentos del extranjero, el sujeto que los introduce, omitiendo el pago de los impuestos, o bien, en caso, de que se encuentren exentos de impuestos pero no cuente con el permiso de la autoridad competente, cuando éste se requiera para su introducción, no comete delito, ya que se encuentra ante una situación de peligro, real, grave e inminente, cuya amenaza recae sobre un bien jurídico, en este caso ajeno, como lo es la vida de las personas que contrajeron la epidemia, realizando el sujeto un ataque contra el llamado fisco; sin embargo, no habrá delito, toda vez que el agente se encuentra amparado por la causa de justificación consistente en el estado de necesidad.

También podría darse el caso de un piloto que al encontrar averiado un motor del avión se ve obligado a hacer un aterrizaje en una zona no autorizada para ello llevando consigo mercancías permitidas por las cuales se deban pagar impuestos y/o cuotas compensatorias; al igual que en los casos anteriores la conducta del sujeto no constituirá delito por encontrarse ausente la antijuridicidad en la misma.

Para algunos autores el ejercicio de un derecho anula el contrabando, en el caso de que los diplomáticos introduzcan o saquen mercancías del país omitiendo el pago de impuestos, pues están exentos de revisión de equipaje y correspondencia.

Considero que esta causa de justificación que hace que la conducta no sea antijurídica, se daría en el caso de que el sujeto introdujera mercancías al país por las que normalmente se debieran pagar impuestos, omitiendo el pago de los mismos, pero su conducta se encuentra amparada en la causa de justificación de ejercicio de un derecho, toda vez que el propio Estado otorgó una franquicia para introducir, extraer o internar esa clase de mercancías, eximiéndolas del pago del tributo.

En efecto a veces se otorgan franquicias a las industrias nuevas para su rápido desenvolvimiento y por ende, facilitar la creación de capitales y fuentes de trabajo, eximiéndola del pago de ciertos impuestos aduanales.

El impedimento legítimo como causa de justificación, consiste en contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, no podría operar en el contrabando, evidentemente, pues esta causa de justificación únicamente se refiere a omisiones, esto es, cuando existiendo la obligación de realizar una determinada conducta se abstiene el sujeto de obrar en virtud de dicho impedimento legítimo; luego entonces no opera en el contrabando toda vez que, como se ha señalado antes, es un delito de acción o mixto, en el cual no se presenta la forma omisiva de comisión.

G.- CULPABILIDAD.

Una vez estudiado en que consiste la conducta, la tipicidad y la antijuridicidad, paso ahora a analizar lo que es la culpabilidad.

La noción de culpabilidad está íntimamente ligada con la antijuridicidad, sin una conducta antijurídica no hay culpabilidad, aquélla es condición previa para la existencia de ésta.

Pero el agente antes de ser culpable ha de ser imputable. La imputabilidad es el elemento fundamental de la culpabilidad, es su supuesto previo, sin aquella no se concibe ésta, por lo cual es necesario previamente estudiar la imputabilidad.

Mucho se ha debatido respecto del verdadero carácter de la imputabilidad, ya que para algunos autores tiene plena independencia de la culpabilidad, para otros, es un elemento de ella; y la opinión que comparto es en el

sentido de que constituye un presupuesto de la misma.

La imputabilidad, afirma el Maestro Fernando Castellanos Tena, es:

"...la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal"

en otras palabras para este autor es

"el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo".⁽⁸⁰⁾

De la definición anterior, se desprende que la imputabilidad se constituye de dos elementos, que son el entender y el querer; en efecto, el sujeto, debe tener la capacidad de entendimiento, de conocer el significado del hecho en el mundo normativo; y además es necesario tener la facultad de autodeterminación, es decir, tener capacidad de mover su voluntad en el sentido deseado.

En el delito a estudio, puede darse el caso de exclusión del delito por inimputabilidad, toda vez que las hipótesis de contrabando previstas en el artículo 102 del Código Fiscal, pueden ser cometidas por un menor de edad; asimismo, puede darse el caso de que una persona imputable realice cualquiera de las conductas constitutivas de contrabando, a

⁽⁸⁰⁾ Castellanos Tena, Fernando, Op. cit. p.218.

través de un trastornado mental, el cual por ser inimputable no sería sujeto de culpabilidad, por lo tanto, no se integraría el delito, como en el caso de que una persona totalmente imputable, pone en la ropa de un menor de edad o de un trastornado mental del que se hace acompañar, diversas joyas, introduciendo o sacando del país las mismas, omitiendo el pago de impuestos que al comercio exterior se debían haber cubierto.

En este caso el único sujeto responsable penalmente será la persona imputable, considerándose al menor de edad, en el ámbito penal, o al trastornado de la mente como personas inimputables, por lo tanto no serán culpables.

Sin la culpabilidad, como ya he dicho, no habrá delito, por ser uno de sus elementos constitutivos del mismo, como ya lo había hecho ver Beling, al elaborar el principio "*Nulla Poena Sine Culpa*".

La culpabilidad se ha explicado mediante dos teorías fundamentales:

I. La psicológica, y

II. La normativa.

I.- Para el psicologismo: La responsabilidad del hecho delictivo radica en la psique, en la mente, en el subjetivismo del autor; cuando el individuo delinque es porque sus fuerzas internas mentales psíquicas lo han orillado a la comisión del delito; de ahí que

para esta corriente sea fundamental o básico la salud mental. .

El psicologismo establece que la culpabilidad consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, estando integrado este nexo por dos elementos, el intelectual y el emocional, el primero se refiere al conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, mientras, el segundo se refiere a la voluntad tanto de la conducta como del resultado.

En suma para la teoría psicológica o psicologista de la culpabilidad, existe ésta cuando puede comprobarse un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado que produce. Si se trata de delitos de mera conducta el nexo psíquico será entre el sujeto y el acto, es decir la conducta realizada, mientras que en los delitos de resultado material, la culpabilidad será entre el sujeto y el resultado.

II.- Para el normativismo.- Por su parte, la teoría normativa, sin negar la relación psicológica, de que habla la teoría psicológica, sostiene que la culpabilidad consiste en el juicio de reproche hecho al autor sobre su conducta antijurídica, que obrando con dolo o culpa, le era exigible conforme al orden normativo una conducta diversa a la realizada, es decir, para esta corriente la culpabilidad es valorativa, puesto que su contenido es un reproche, yendo más allá de lo meramente psicológico; siendo la exigibilidad de haberse conducido de distinta forma, el fundamento de la culpabilidad.

En consecuencia para la teoría normativa, habrá culpabilidad cuando se pueda emitir un juicio de reproche al sujeto en el sentido de que violó lo dispuesto en la norma secundaria; cuando se pueda reprochar la conducta del sujeto, tomando en cuenta que realizó su conducta a pesar de que decía una norma que no debería de hacerlo, entonces se emitirá un juicio de reprochabilidad.

Dentro de los autores que se encuentran afiliados a esta corriente está el Maestro Jiménez de Asúa, quien en un sentido amplio define a la culpabilidad como:

"el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".⁽⁸¹⁾

En sentido similar Cuello Calón, define a la culpabilidad como:

"el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la Ley".

En la culpabilidad dice este autor:

"...hay a más de una relación de causalidad psicológica entre la gente y acción, un juicio de reprobación de la conducta de éste motivado por su comportamiento contrario a la Ley, pues al ejecutar un hecho que ésta prohíbe ha quebrantado su deber de obedecerla.

⁽⁸¹⁾ Jiménez de Asua, Op. cit. p. 352

Se reprocha al agente su conducta (Frank) y se reprueba ésta porque no ha obrado conforme a su deber (Goldshmith).⁽⁸²⁾

Como se desprende de estas corrientes, el psicologismo fundamenta la culpabilidad en un nexo psicológico, entre el sujeto y su resultado, mientras que en el normativismo, ésta, radica en un juicio de reproche, a la motivación del sujeto, ya que al mismo, conforme a la ley le era exigible otra conducta.

En el psicologismo se agota con el nexo entre el sujeto y su acto o el resultado pero el normativismo además de eso considera el actuar en forma contraria a la norma secundaria (no al tipo sino a la norma secundaria).

El Maestro López Betancourt, resume las corrientes de pensamiento de la siguiente manera:

"en el psicologismo, la psique o la mente del sujeto es la que comete el delito; el normativismo sostiene, que el sujeto delinque al violar las normas ya que se le hace un juicio de reproche; y por último el conductismo, dice que el sujeto varía la conducta de actuar en la sociedad".⁽⁸³⁾

⁽⁸²⁾ Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. octava edición. Barcelona 1947 p. 290

⁽⁸³⁾ López Betancourt, Eduardo. Op. cit. p. 202 y 203

Fontán Balestra, critica a la escuela normativa respecto a su concepto de culpabilidad, toda vez que para este autor el hecho de que se diga que culpabilidad es el juicio de reproche esta afirmación se hace porque sí, y expresa que:

"La culpabilidad, es una actitud subjetiva de reproche, pero no el reproche de una actitud subjetiva. Por eso, mientras se dice que 'por culpabilidad se entienden las relaciones anímicas del autor con su hecho que llevan a que se haga un reproche por ese hecho', nada hay objetable, pero cuando a continuación se dice que la culpabilidad es ese reproche, se pone un objeto en lugar de otro, o, más correctamente, se reemplaza el todo por una de las partes, sin ningún razonamiento que lo explique dando un salto en la exposición lógica".⁽⁸⁴⁾

Como consecuencia del normativismo se encuentra el finalismo en donde "la razón o la explicación de la responsabilidad radica en el fin de la acción".

Por mi parte considero a la culpabilidad, como el nexo psicológico, intelectual y emocional, que liga al sujeto con su acto, que trae como consecuencia que le sea reprochable, dicho acto.

⁽⁸⁴⁾ Fontán Balestra citado por Pavón Vasconcelos Francisco, Op. cit. p.406.

H. - FORMAS DE CULPABILIDAD.

Creo que resultaría imposible hablar de culpabilidad con independencia de dolo o culpa, por lo tanto, considero a éstos como formas de culpabilidad.

Cabe aclarar que no obstante que el dolo y la culpa no se encuentran regulados en el Código Fiscal de la Federación, por disposición del artículo 6° del Código Penal Federal, se tomarán en cuenta las disposiciones del Libro primero de dicho Ordenamiento, dentro del cual se regulan las referidas figuras, siendo aplicables a los delitos fiscales, por estar contemplados en una Ley especial.

El Código Penal Federal en su artículo 9°, primer párrafo, dispone que:

"...obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley...".

Cuello Calón, define al dolo como:

"...la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso".⁽⁸⁵⁾

Para el Maestro Eduardo López Betancourt, el dolo consiste en:

⁽⁸⁵⁾ López Betancourt Eduardo, Op. cit. p.208.

"...el conocimiento de la realización de circunstancias que pertenecen al tipo, y la voluntad o aceptación de la realización del mismo".⁽⁸⁶⁾

Como puede desprenderse de las definiciones anteriores, el dolo contiene dos elementos, uno ético y otro volitivo; el primero consiste en la conciencia que tiene el sujeto de que se quebranta el deber; exige un conocimiento de la naturaleza de los hechos y de su significación jurídica de una manera profana y no técnica, y un elemento volitivo, consistente en la voluntad de realizar el hecho.

En conclusión, el dolo consiste en la conciencia dirigida a la realización de un hecho que la Ley prevé como delito.

La otra forma de culpabilidad como ya se dijo, es la culpa.

El segundo párrafo del artículo 9° del Código Penal Federal, establece que obra culposamente:

"...el que produce el resultado típico que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."

⁽⁸⁶⁾López Betancourt Eduardo, Op. cit. pp. 208 y 209.

De ésta definición se desprende que la culpa se presenta cuando el sujeto representándose o no el resultado, no quiere producir el mismo, pero se le imputa éste por haber actuado por falta de cuidado o con impericia.

Por su parte el jurista mexicano Ernesto Gutiérrez y González, ha definido a la culpa civil, como:

"La intención, falta de cuidado o negligencia que genera un detrimento patrimonial, y que el derecho considerará a efecto de establecer una responsabilidad." ⁽⁸⁷⁾

De la definición anterior, se desprende que la culpa en materia civil es similar al dolo en el derecho penal. En cuanto al aspecto interno del delito o sea la culpabilidad, el delito de contrabando es un delito eminentemente doloso, a pesar de que por ley se deja abierta la posibilidad de cometerse a título de culpa, pero por su naturaleza e hipótesis siempre se va a cometer a título doloso. En efecto, en la realización del contrabando considero que se presentan los elementos constitutivos del dolo, o sea el elemento intelectual y volitivo, al estar consciente de que se quebranta un deber y el querer realizar la conducta.

Se presenta generalmente, el dolo directo, habiendo correspondencia entre el

⁽⁸⁷⁾ Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las obligaciones. Décima segunda edición, tercera reimpresión. Editorial Porrúa. México 1999 p. 553.

resultado producido, con la intención del agente, pues este se propone menoscabar el patrimonio del llamado fisco al introducir o sacar mercancías del territorio nacional, omitiendo pagar los impuestos, o bien atentar contra la seguridad, salud, o patrimonio cultural de la nación, al introducir mercancías de tráfico restringido, sin el permiso correspondiente, o mercancías prohibidas.

Podría darse el dolo indirecto, en el caso de que un grupo se propusiera levantarse en armas, y para lograr su objetivo no le sean suficientes las producidas en el país y tenga que importar, armas de alto calibre, cuya importación se encuentra prohibida, pudiéndose hablar en el presente caso de esta clase de dolo, ya que su intención directa era el levantarse en armas pero requirió realizar el ilícito de contrabando, el cual no era su intención directa, pero tiene menosprecio por la ley, llevando a cabo el mismo, con el fin de lograr su verdadero propósito.

I.- INCULPABILIDAD.

Para el Fernando Castellanos Tena, citado por Eduardo López Betancourt, la inculpabilidad es:

"La falta o ausencia de ese nexo intelectual y emocional que debe de unir al sujeto con su acto".⁽⁸⁸⁾

⁽⁸⁸⁾ López Betancourt, Eduardo, Op. cit. p. 226.

Mientras que para la corriente normativa la culpabilidad se dará en los casos en los cuales el sujeto es absuelto en el juicio de reproche.

De acuerdo a lo que expuse sobre la culpabilidad, estaré hablando de inculpabilidad cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento o la voluntad del actuar antijurídico.

Las causas de inculpabilidad no destruyen la culpabilidad, sino que hacen imposible el nacimiento de la misma. Estas causas son las siguientes:

a).-El error, y

b).-La no exigibilidad de otra conducta

Anteriormente, el error de derecho no constituía una causa de inculpabilidad de conformidad con el principio de que "la ignorancia de las leyes a nadie beneficia", sin embargo, en algunos casos si el juez así lo consideraba se atenuaba la pena o bien se imponía tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso.

A raíz de las reformas al Código Penal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 10 de enero de 1994, se regula el error de derecho como causa de exclusión del delito, al establecer en el artículo 15, fracción VIII del Código Penal, que:

"será causa de exclusión del delito la realización de la acción o de

la omisión bajo un estado de error invencible... respecto de la licitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que esta justificada su conducta".

Las causas de inculpabilidad es claro por simple orden lógico, al no existir cualquiera de los elementos precedentes de la culpabilidad, necesariamente ésta no tendría vida, porque es indispensable para su nacimiento la existencia de los que le anteceden.

El error debe ser necesariamente imperceptible, pues aunque la ley diga invencible, es ello uno de tantos engendros del legislador. En efecto, no se puede pensar en una lucha entre el sujeto y el "error" como si éste fuese algo fuera de él. El error no será invencible sino imperceptible, es decir, que de acuerdo con las circunstancias, le sea materialmente imposible conocer la ilicitud de su comportamiento, pues de no ser así, se estaría frente a un error perceptible o vencible, que si bien anula el dolo deja subsistente la culpa, pero dadas las características de las normas impositivas, a nadie le es excusable el cumplimiento de las obligaciones fiscales (aduanales), pues en última instancia todos los mexicanos y extranjeros tienen el deber de solicitar en caso de duda ante las aduanas, la información necesaria para cumplir con sus deberes, por lo que todo acto tendencioso a introducir o sacar mercancías ilegalmente del país, se considera como contrabando.

Asimismo, tomando en cuenta que en todas las vías de comunicación situadas en el territorio fronterizo existen oficinas encargadas del cobro de los impuestos aduanales, de vigilancia y control de la circulación de las mercancías, es de suponerse que es materialmente imposible realizar una conducta culposa.

En el delito en estudio, se puede generar inculpabilidad por existir un error de hecho esencial invencible que impide el nacimiento de la culpabilidad, en el caso de que un sujeto creyendo gozar de una franquicia, introduce algunas mercancías en los términos de las diversas disposiciones que reglamentan al contrabando.

Otro caso en donde se presenta esta causa de inculpabilidad se da el error de hecho cuando hay inexacta clasificación arancelaria debiéndose únicamente a diferencias de criterio en la interpretación de las tarifas contenidas en las Leyes de los Impuestos generales de la importación o exportación, siempre que la naturaleza y demás características y mercancías hayan sido correctamente manifestadas a la autoridad.

Asimismo, son causas de inculpabilidad por error de hecho esencial imperceptible o invencible, las eximentes putativas, las cuales pueden entenderse como:

"...las situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho insuperable, cree fundadamente, a realizar un hecho típico de derecho penal, hallarse amparado por una justificante o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo." (89)

La defensa putativa en el presente caso no puede actuar como causa de inculpabilidad, en virtud de que el Estado en su hacienda pública, sujeto pasivo, no puede actuar como sujeto activo de un estado putativo o sea, el agente nunca podrá representarse al fisco como una persona que ponga en peligro su vida, su libertad, su patrimonio, etc.

El estado de necesidad putativo, al igual que el estado de necesidad como causa de justificación puede presentarse en el delito de contrabando; siempre y cuando, nazca a consecuencia de una falsa apreciación de la realidad, o sea que tenga por origen un error, como en el caso de un aviador que cree que esta fallando el motor y aterriza en un lugar no autorizado con mercancías extranjeras y realmente no era el motor sino otra parte del avión que no representaba peligro.

En el delito a estudio puede operar la obediencia jerárquica como causa de inculpabilidad y se presenta en los casos en que hay un superior y un inferior, y existe la

(89) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. p. 485.

obligación de obedecer las ordenes del superior.

Esta causa de inculpabilidad se puede presentar en el delito de contrabando, en el caso de que un empleado aduanero reciba órdenes de algún superior para introducir, coadyuvar o permitir la introducción de mercancías, dado el sistema jerarquizado, siempre y cuando dicho empleado desconozca la ilicitud de su acto.

La otra causa de inculpabilidad que hace que se excluya el delito es la no exigibilidad de otra conducta.

En el contrabando, puede darse la no exigibilidad de otra conducta, en el caso de que una persona introduzca determinadas mercancías prohibidas al país, encontrándose constreñida su voluntad a realizar dicha conducta, por el temor fundado de que un tercero cumpla las amenazas de matarle un hijo si no realiza la misma.

Asimismo, se presenta la no exigibilidad de otra conducta, V.G., en el caso de que un sujeto oculte a su hijo que es responsable del delito de contrabando.

J.- PUNIBILIDAD.

Se ha definido a la punibilidad como el merecimiento de una pena en razón de la comisión de una conducta delictiva.

Para el jurista Eugenio Cuello Calón, citado por el Dr. Eduardo López Betancourt, la punibilidad:

"...no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena común, constituye un elemento del tipo delictivo".⁽⁹⁰⁾

Porte Petit, citado por el Maestro Eduardo López Betancourt, manifiesta que:

"Cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, obviamente, respecto a nuestra legislación, imposibilita la aplicación de una pena, de suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible, no encaja en la definición del delito contenida en el artículo 7° del Código Penal".⁽⁹¹⁾

Considero que la punibilidad no es un elemento del delito, dando por reproducidas las explicaciones que se hicieron al analizar el concepto de delito, agregando el siguiente razonamiento:

Se ha hecho la distinción entre la punibilidad y la pena, siendo la primera la amenaza de la pena a quien cometa un delito y la segunda es la sanción que la ley impone a aquellas personas responsables de la ejecución del comportamiento típico y antijurídico.

⁽⁹⁰⁾ López Betancourt, Eduardo, Op. cit. p. 253

⁽⁹¹⁾ Celestino porte Petit, citado por López Betancourt Eduardo Op. cit. p. 254

La pena para muchos autores tiene una función de prevenir delitos.

Menciona el profesor Enrique Gimbernat Ordeig, que:

"El legislador amenaza con una pena aquellos comportamientos que - por la grave perturbación que suponen para la vida social- quiere evitar, confiando en que la mayoría de los ciudadanos, para no sufrir el mal anunciado, se abstendrán de realizar el hecho prohibido".⁽⁹²⁾

Las penas y medidas de seguridad que señala el Código Penal Federal, en su artículo 24 son las siguientes:

- 1.- Prisión;
- 2.- Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad;
- 3.- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos;
- 4.- Confinamiento;
- 5.- Prohibición de ir a lugar determinado;
- 6.- Sanción pecuniaria;
- 7.- Decomiso y pérdida de instrumentos y objetos relacionados con el delito;
- 8.- Amonestación;
- 9.- Apercibimiento;
- 10.- Caución o privación de derechos;
- 11.- Suspensión o privación de derechos;
- 12.- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos;
- 13.- Publicación especial de sentencia;
- 14.- Vigilancia de la autoridad;
- 15.- Suspensión o disolución de

⁽⁹²⁾ Gimbernaty Ordeig, Enrique, Op. cit. p. 25

sociedades; 16.- Medias tutelares para menores; 17.- Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito; y 18.- Las demás que fijen las leyes.

Como analizo adelante, debido a la doble regulación del ilícito de contrabando la pena que imponga el juez sólo podrá ser privativa de la libertad ya que la multa y el decomiso están reservadas a las autoridades fiscales.

En cuanto a las penas privativas de la libertad, mencionaré a la prisión; sanción que puede variar en tiempo según sean las circunstancias motivadoras de la comisión del delito.

En el Código Fiscal, en lo referente a las sanciones de ésta naturaleza correspondientes al delito de contrabando, se pueden señalar tres variantes para quienes resulten responsables de la comisión de este delito siendo las siguientes:

El delito de contrabando, conforma al Código fiscal de la federación, en su artículo 104 dispone que se sancionará con penas de prisión:

A.- De tres meses a seis años, si el monto de las contribuciones o de las cuotas compensatorias omitidas, es de hasta \$100,000.00, respectivamente o, en su caso, la suma de ambas es de hasta \$ 150,000.00. Asimismo, cuando no sea posible determinar el monto de las contribuciones o cuotas compensatorias omitidas con motivo del contrabando o cuando se

trate de mercancías que requiriendo de permiso de autoridad competente no cuente con él.

Al respecto, por lo que hace a la primera parte del párrafo que antecede el inculpado alcanzaría el beneficio de libertad bajo caución, ya que no esta considerado dentro de los delitos graves.

Tomando en cuenta lo anterior, alcanzará el mismo beneficio, en el supuesto que establece la segunda parte de dicho párrafo.

B.- De tres meses a nueve años, cuando se trate de mercancías cuyo tráfico haya sido prohibido por el Ejecutivo Federal en uso de las facultades señaladas en el segundo párrafo del artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En este supuesto, al igual que el anterior, el indiciado o procesado, según sea el caso, podrá alcanzar su libertad bajo caución.

C.- De tres a nueve años, sí el monto de las contribuciones o de las cuotas compensatorias omitidas, excede de \$100,000.00, respectivamente o, en su caso, la suma de ambas excede de \$150,000.00. Asimismo, cuando se trate de mercancías de tráfico prohibido, con excepción de las contempladas en el inciso anterior.

En esta última hipótesis el sujeto activo no podrá solicitar su libertad bajo caución por considerarse un delito grave.

Es importante tener en cuenta lo que establece el segundo párrafo de la fracción IV del artículo 104 del Código Fiscal de la Federación, el cual a la letra dice:

Para determinar el valor de las mercancías y el monto de las contribuciones o cuotas compensatorias omitidas, sólo se tomaran en cuenta los daños ocasionados antes del contrabando.

Circunstancias del delito.

Son ciertas situaciones que se presentan en algunos delitos, haciendo que la pena aumente o disminuya; dichas situaciones en su mayoría están referidas a la calidad del sujeto activo del delito y en las situaciones en que éste fue cometido. A esas situaciones que agravan la pena se les llama calificativas.

El Código Fiscal, especifica en cuatro fracciones del artículo 107, las causas particulares bajo cuya realización de alguna de ellas, el delito de contrabando deberá considerarse calificado, estas son las siguientes:

a).- Que se realice mediante actos de violencia física o moral sobre las personas. Es decir que el presunto o los presuntos contrabandistas cometan sobre el personal encargado de la vigilancia aduanal algún acto violento ya sea de hecho en forma de simple amenaza, es decir, sobre el cuerpo del sujeto, para obligarlo a guardar determinada situación, o bien ejercer una coacción sobre la voluntad de un sujeto mediante la amenaza de algún mal, además del

empleado o funcionario la violencia puede ser sobre un particular, como en el caso de que el agente ejerza violencia sobre el propietario o conductor de un vehículo para obligarlo a introducir ilegalmente mercancía de procedencia extranjera a territorio nacional, por lo que se dará esta agravante por violencia en el delito de contrabando.

b).- Cuando los actos se lleven a cabo de noche o utilizando lugares no autorizados para la entrada o salida del país de mercancías.

c).- Cuando el autor se ostente como servidor público. En ésta caso no importa su calidad de servidor público, federal, estatal, o municipal, ni tampoco si pertenece al sector central o paraestatal, ya que el precepto legal no hace distinciones de ninguna naturaleza.

d).- Cuando se usen documentos falsos para tramitar en alguna forma una operación aduanera.

En los casos de calificación en el delito de contrabando, se establece en el propio artículo 107 que la penalidad que corresponda al delito se aumentará con otra que puede ir de tres meses a tres años de prisión.

Asimismo, establece el propio artículo 107 que si las conductas de los sujetos responsables constituyeran materia de otro delito, como por ejemplo usurpación de funciones, portación de arma prohibida, lesiones, falsificación de documentos, por el otro u otros delitos cometidos, se aplicarán las reglas de la acumulación.

Existe otra agravante en el artículo 97 del Código Fiscal, el cual establece que:

"Si un funcionario o empleado público comete o en cualquier forma participa en la comisión de un delito fiscal, la pena aplicable por el delito que resulte se aumentará de tres meses a tres años de prisión".

Para la calificación del delito de contrabando, la forma en que se agrava la pena, y si la calificativa constituye otro delito, se aplicarán las reglas de acumulación para el concurso de delitos.

K.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS

El llamado elemento negativo de la punibilidad son las llamadas excusas absolutorias.

Debe entenderse por excusas absolutorias, a las:

"...circunstancias en que, a pesar de subsistir la antijuridicidad y culpabilidad, queda excluida desde el primer momento, la posibilidad de imponer una pena al autor".⁽⁹³⁾

Las excusas absolutorias son circunstancias en que por razones de política criminal, el legislador deja impune una conducta delictuosa. Es decir, existe el

⁽⁹³⁾Jiménez de Asúa. Op. cit. p. 433.

delito, pero se considera pertinente no aplicar la pena en concreto.

Una excusa absolutoria en el delito de contrabando, podría ser la señalada en el artículo 102 del Código Fiscal de la Federación, el cual dispone que no se formulará la declaratoria a que se refiere el artículo 92 fracción II (declaratoria de perjuicio o de posible perjuicio), cuando el monto de la omisión no exceda de \$ 2,500.00 o del diez por ciento de los impuestos causados.

La considero como excusa absolutoria, no obstante que en principio pareciera más bien ubicarse como falta de un requisito prejudicial para poder consignar el asunto ante un juez, porque en el caso de que la omisión de los impuestos no exceda de las cantidades mencionadas, jamás se podrá presentar la declaratoria de perjuicio aunque la autoridad fiscal tuviera interés en hacerlo, situación que garantiza al sujeto activo, que no se le imponga pena alguna. Por lo tanto afirmo que hay delincuente, pero no pena por política criminal.

L.- CONDICIONES OBJETIVAS DE LA PUNIBILIDAD.

Para el Maestro Guillermo Colín Sánchez, existe identidad entre las situaciones o mal llamadas condiciones objetivas de punibilidad y las cuestiones prejudiciales, haciendo la observación que quienes hablan de las primeras lo hacen desde el aspecto general de Derecho Penal, y los que aluden a las segundas enfocan

el problema desde el punto de vista procesal. (94)

Siguiendo el razonamiento hecho por el Maestro Colín Sánchez, en el delito de contrabando, se considera requisito o "condición" objetiva de penalidad la necesaria declaratoria de perjuicio para poder ejercitar acción penal, en contra del sujeto activo y en su caso, se le pueda llegar a imponer la sanción correspondiente.

La falta de requisitos o "condiciones" objetivas de penalidad viene a ser la ausencia de esas exigencias eventualmente señaladas por el legislador para que la pena tenga aplicación; las cuales de no presentarse ocasionan que la pena no pueda aplicarse, como en el caso de que no se presente la referida declaratoria de perjuicio, por parte de las autoridades hacendarias.

Pero digo que son mal llamadas condiciones, pues el vocablo "condición" tiene un contenido invariable en todo el campo del derecho como un acontecimiento futuro de realización contingente del que depende la existencia o extinción de un hecho o acto, cosa que no sucede aquí, sino que se usa "condición" en un sentido vulgar lo cual no es conveniente.

M.- EL ITINER CRIMINIS.

El itiner criminis, es el camino recorrido por el delito, que va desde su ideación en la mente del sujeto hasta su ejecución. Este

(94) Colín Sánchez, Guillermo, Op. cit. p.264.

camino o vía del delito tiene dos fases, una interna, es decir, subjetiva y otra externa, por lo tanto objetiva.

La primera fase abarca tres etapas consistentes en la ideación, deliberación y decisión, mientras que la segunda abarca la resolución manifestada, preparación y la ejecución.

Por lo que hace a la primera etapa de la fase interna, es decir, la ideación, la misma se da cuando el agente concibe en su mente llevar acabo la comisión, en este caso, del delito de contrabando. La segunda etapa es la deliberación, la cual consiste en la valoración, la meditación, entre abstenerse o realizar el hecho delictuoso; en palabras del Maestro Pavón Vasconcelos, es:

"...el proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ella".⁽⁹⁵⁾

El tema de la tentativa del delito de contrabando, lo analizaré en el siguiente punto, restando decir que el itinerario criminis (camino que recorre el delito), sólo es dable en los delitos intencionales y no en los delitos imprudenciales, ya que como dice Castellanos Tena:

"...el delito culposo comienza a vivir con la ejecución misma, pero no puede quedar en grado de tentativa, por

⁽⁹⁵⁾ Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. cit. p. 511.

requerir ésta de la realización de actos voluntariamente encaminados al delito." (96)

El delito de contrabando por ser su comisión de carácter doloso, evidentemente recorre las dos fases del itinerario delictivo; ya que en el agente nace la idea delictiva de realizar el contrabando, delibera sobre su realización y decide llevarlo a cabo para posteriormente manifestar su idea, y realiza los actos preparatorios que considere necesarios y así ejecutar los actos tendientes para la realización del mismo, pudiéndose consumir éste o no.

N. - LA TENTATIVA.

Para delimitar con mayor claridad el presente tema, citaré la diferencia, que el Maestro Fernando Castellanos Tena, ha dado sobre la tentativa y los actos preparatorios, manifestando que en éstos últimos:

"...no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito; tales actos materiales lo mismo pueden ser lícitos o ilícitos; en cambio en la tentativa existe ya un principio de ejecución y, por ende, la penetración en el núcleo del tipo. Penetrar en el núcleo del tipo consiste en ejecutar algo en relación

(96) Castellanos Tena Fernando. Citado por Pavón Vasconcelos Francisco. Ob. Cit. p. 283.

con el verbo principal del tipo del delito de que se trate".⁽⁹⁷⁾

La razón de ser de la figura "tentativa" se debe a que las acciones que tienden a la lesión sin obtenerla, no pueden quedar sin castigo, por lo cual aunque no se les imponga la misma pena que el delito consumado, si se castiga.

Por mi parte, defino a la tentativa como la realización total o parcial de los actos ejecutivos encaminados a producir un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

La política de otros países es sancionar a la tentativa de contrabando como contrabando consumado, constituyendo con éstas una excepción a las reglas del Derecho Penal Común.

Para poder esclarecer, en qué momento se consuma el contrabando, resulta de gran utilidad lo manifestado por el Maestro Luis Fernández Doblado, quien se pregunta lo siguiente:

¿Cuándo empezará la actividad ejecutiva del contrabando?, ¿siempre y tan pronto las mercancías se introduzcan al país, es decir, entren al territorio nacional?.*

Resultaría difícil sostener este punto de vista; habría que separar las distintas hipótesis de contrabando. En aquel que se

⁽⁹⁷⁾Castellanos Tena Fernando. Citado por Pavón Vasconcelos Francisco. Ob. Cit. p. 287.

realiza en forma clandestina, de modo violento, y fuera de los lugares autorizados para la tramitación y para el despacho aduanal, fuera de los lugares autorizados en forma precisa para que por ellos se haga el tráfico internacional exclusivamente. Cuando se hace este tipo de contrabando clandestino, oculto o violento, es evidente que el contrabando iniciará su acción ejecutiva tan pronto las mercancías se internen al resto del país.

Si se trata de la variante terrestre de este tráfico ilícito, en cuanto se cruza la línea divisoria internacional, ya se estará realizando su actividad ejecutiva; si se trata de un contrabando marítimo, en cuanto se entre al mar territorial, sí las mercancías van destinadas no al puerto donde esta el recinto fiscal de la aduana donde pasarán para su despacho aduanero, sino a un punto de la costa inhábiles e ilícitos para el territorio internacional marítimo; y en el caso de contrabando por vía aérea, pues en cuanto la nave, que se dirige a un lugar de aterrizaje clandestino o no autorizado por el comercio internacional, cruce también o entre al espacio aéreo mexicano.

Pero no podría decir lo mismo, respecto del tipo de contrabando que se realiza a través de los lugares habilitados para el despacho y para la tramitación aduanal; en estos casos en que aparece el contrabando documentado, fraudulento, en que el fraude se comete ya bajo el amparo del despacho aduanal o bien en aquel tipo de contrabando que cruza y también va y se realiza por lugares hábiles, por las aduanas, pero las mercancías van ocultas en las mil

formas del ingenio humano como he señalado antes, formas que el delincuente propicia y busca para sustraer los bienes de la verificación aduanera.

Si las mercancías van ocultas, aunque el contrabando se realice por lugares autorizados para el trámite aduanal, también se iniciará su acción ejecutiva desde el momento en que entran al territorio nacional; pero si el contrabando va a configurarse hasta el momento en que se realiza la tramitación aduanal, entonces se inicia cuando burló al agente del fisco y quedan las mercancías a su disposición, para que obtenga los beneficios que le proporcionará la venta de éstas dentro del territorio nacional, después de haber burlado los ordenamientos que rigen su introducción a éste.⁽⁹⁸⁾

Como señalé, en el delito de contrabando es factible la tentativa, como en el supuesto de que el sujeto pretenda extraer del país por vía marítima, mercancía permitida sin pagar los impuestos correspondientes, sin el permiso correspondiente, o bien, mercancía de tráfico prohibido, y es detenido por la autoridad antes de que atraviese el mar territorial.

También se puede dar el llamado delito imposible, como se presenta en el siguiente ejemplo: Una persona viene del extranjero y trae mercaderías que piensa introducir al país, ocultando las mismas entre las ropas de su equipaje, pensando que se trata de mercancías

⁽⁹⁸⁾ * Fernández Doblado Luis. Aspectos Jurídicos del Contrabando. Dinámica de Derecho Mexicano. Editorial Impresora Azteca. México 1947 pp. 101 y 102.

prohibidas, o bien con la finalidad de omitir los impuestos al comercio exterior y/o cuotas compensatorias, y al bajar el sujeto del avión pasa ante las autoridades aduaneras sin ser descubierto, pero resulta que dichas mercancías no están prohibidas de introducir o que estén comprendidas dentro de las franquicias que se otorgan en algunos casos a esos pasajeros, con lo que, si bien habría existido el delito de contrabando, ello no es así y, por lo tanto, se da indudablemente el supuesto de delito imposible. Claro que la expresión no es del todo feliz y podría pensarse en otra denominación, como "conducta que no es delito".

Ñ.- EL CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO.

Esta figura jurídica también se conoce como: *la participación delictuosa*; es tan antigua como el delito mismo.

Hay autores que explican la participación o concurso de personas, a partir de la distinción entre los delitos unisubjetivos y plurisubjetivos, recordando que los primeros son aquellos que pueden ser cometidos por un sólo sujeto, aunque, también puede ser por varios, en cambio los mencionados en segundo término, forzosamente deben ser cometidos por varias personas.

Tomando en cuenta lo anterior, la participación es concebida como:

"...la voluntaria colaboración de varios individuos en la realización de

un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad." ⁽⁹⁹⁾

A efecto de analizar las formas de participación, transcribo a continuación el artículo 95 del Código Fiscal de la Federación.

"Son responsables de los delitos fiscales, 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".

La fracción I se refiere a aquellos sujetos cuya actividad es meramente intelectual, y sólo responderán si el hecho se realiza, de conformidad con el principio ya citado, referente a que el pensamiento no delinque.

La fracción II contiene al autor material, que es quien ejecuta el delito por si mismo.

La fracción III contempla a la coautoría, es decir, la realización conjunta del ilícito.

⁽⁹⁹⁾ Castellanos Tena, Fernando. Op. cit. p. 293.

El Maestro Moisés Moreno dice que:

"...para el derecho penal coautor es aquel que conjuntamente con otro u otros lleva a cabo la realización de un delito en forma tal que cada uno de ellos, aisladamente ejecuta la conducta típica en su totalidad y ambos reúnen los requisitos típicos necesarios para ser autores." ⁽¹⁰⁰⁾

La conducta puede ser ejecutada en forma aislada, pero el resultado final del ilícito es uno y definible: el perjuicio al Estado en lo que se conoce como Fisco Federal.

La fracción IV, se refiere a la autoría mediata, es decir, el autor se sirve de un tercero para cometer el delito, sirviéndole de mero instrumento, ya que este último carece de responsabilidad, ya sea por ausencia de conducta, por error o por ser un inimputable.

Por lo que se refiere a la fracción V el maestro Ignacio Villalobos manifiesta que los actores intelectuales (o por inducción) son quienes:

"no realizan por sí un delito pero logran que otro lo ejecute, usando para ello medios de eficaces que no llegan a impedir la concurrencia de la voluntad libre y el entendimiento por parte del inducido". ⁽¹⁰¹⁾

⁽¹⁰⁰⁾ Moreno Moisés. Citado por Urbina Nandayapan, Arturo. Op. cit. p. 90.

⁽¹⁰¹⁾ Villalobos Ignacio. Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. p. 546.

Estos sujetos del delito se pueden señalar como aquellos que determinan dolosamente, a otro a cometer el delito.

La fracción VI se refiere al cómplice del delito, este es en un sentido más técnico,

"...el que presta auxilio o coopera dolosamente en el injusto doloso de otro. El cómplice es un partícipe, en sentido estricto y, en tal virtud, no tiene el dominio del hecho al que ayuda o coopera, quien lo tiene es el autor. La conducta del partícipe (cómplice o instigador) es, por eso, accesoria del injusto realizado por otro u otros." (102)

Al respecto el Maestro Jiménez de Asúa, define al cómplice como:

"...el que presta al autor una cooperación secundaria a sabiendas que favorece la comisión del delito." (103)

Es necesario que exista el dolo en el auxilio, el cual se configura por el conocimiento y voluntad del auxilio que presta al autor, para que se cometa el delito, algunos autores sostienen que se puede dar la complicidad culposa, pero nuestra ley es determinante al requerir el dolo como única

(102) Urbina Nandayapan, Arturo, Op. cit. p. 91.

(103) Jiménez de Asúa Luis. Citado por Pavon Vasconcelos, Francisco, Ob. cit. p. 552.

forma de comisión de esta clase de participación.

En resumen en esta hipótesis se trata de conductas no integradoras del tipo, sino de conductas cooperadoras para integrar el mismo; se está en estos casos, frente a los cómplices en el delito realizado.

Por último la fracción VII se refiere a una variante de la complicidad, que regula una forma de encubrimiento, que difiere del delito de encubrimiento como figura autónoma con base a que se da una promesa anterior a la comisión del delito, es decir el encubrimiento puede revestir una forma de participación o un delito autónomo, dependiendo si el auxilio al delincuente después de efectuar su acción delictuosa, fue producto de una promesa anterior a la ejecución, o si ese acuerdo fue posterior a la ejecución, ya que en este último caso se estará ante una de las hipótesis de encubrimiento como delito autónomo.

Esta última hipótesis se encuentra regulada en el artículo 96 del Código Fiscal de la Federación, que en su parte conducente y a la letra dice:

"Es responsable de encubrimiento en los delitos fiscales, quien, sin previo acuerdo y sin haber participado en él, después de la ejecución del delito: ... II ayude de cualquier forma al inculpado a eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerse de la acción de ésta, u oculte, o altere, destruya o haga desaparecer las

huellas, pruebas o instrumentos del delito o asegure para el inculpado el objeto o provecho del mismo..."

Hasta aquí dejo expuesto el análisis del delito de contrabando, conforme a la teoría del delito, para pasar a los siguientes capítulos en los cuales abordaré el tema de la doble regulación del delito penal de contrabando, tanto en la vía judicial en su área penal, como en la esfera administrativa.

CAPITULO IV

LOS PROCEDIMIENTOS EN LA VIA ADMINISTRATIVA Y EN LA PENAL, APLICADOS AL ILICITO DE CONTRABANDO.

Considero necesario antes de llevar a cabo este análisis, decir que en la Ley Aduanera, hasta el año de 1989, se denominó a la infracción relacionada con la importación y exportación de mercancías, como contrabando, sin embargo, a pesar de haberse cambiado posteriormente la denominación, algunas de sus hipótesis corresponden a los supuestos señalados en el Código Fiscal de la Federación, como delito de contrabando.

Por lo que, a pesar del cambio de denominación, me seguiré refiriendo a ese supuesto normativo infracción, como contrabando por conservar su propia naturaleza.

A.- Procedimiento Administrativo en Materia Aduanera

El Manual para la Tramitación del Procedimiento Administrativo en Materia Aduanera⁽¹⁰⁴⁾, establece que el procedimiento administrativo en materia aduanera es el:

"...conjunto de actos previstos en la Ley, ligados en forma sucesiva, con la

⁽¹⁰⁴⁾ Estados Unidos Mexicanos, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Sistema de Administración Tributaria, 1996.

finalidad de emitir una resolución definitiva, ya sea condenatoria o absolutoria, respetándole al particular su garantía de audiencia al considerarle las probanzas y argumentaciones que pretendan justificar la legal estancia de las mercancías de procedencia extranjera en territorio nacional." (105)

De la definición anterior, se infiere que el procedimiento administrativo en materia aduanera (PAMA), se instaura cuando en el caso de fiscalización, de acuerdo con la Ley, proceda el embargo precautorio de las mercancías.

Ese procedimiento se puede iniciar a raíz del reconocimiento aduanero, el segundo reconocimiento, la verificación de mercancías en transporte, y el ejercicio de las facultades de comprobación, en los casos en que proceda el embargo precautorio de las mercancías; que se encuentran previstos en la Ley Aduanera, en su artículo 151.

De conformidad con el referido artículo, se decretará el embargo precautorio de las mercancías en los siguientes casos:

"... I.- Cuando las mercancías se introduzcan a territorio nacional por lugar no autorizado o cuando las

(105) Reyes Altamirano, Rigoberto, *Preguntas y Respuestas. Jurisprudencia. Diccionario Básico. Manual Aduanero*. Segunda edición Editorial Pac., México 1995. p. 290.

mercancías extranjeras en tránsito internacional se desvíen de las rutas fiscales o sean transportadas en medios distintos a los autorizados tratándose de tránsito interno.

II.- Cuando se trate de mercancías de importación o exportación prohibida o sujetas a regulaciones y restricciones no arancelarias a que se refiere la fracción II del artículo 176 de esta Ley y no se acredite su cumplimiento o, en su caso, se omita el pago de cuotas compensatorias.

III.- Cuando no se acredite con la documentación aduanera correspondiente, que las mercancías se sometieron a los trámites previstos en esta ley para su introducción al territorio nacional o para su internación de la franja o región fronteriza al resto del país y cuando no se acredite su legal estancia o tenencia, o se trate de vehículos conducidos por personas no autorizadas. En el caso de pasajeros, el embargo precautorio procederá sólo respecto de las mercancías no declaradas, así como del medio de transporte, siempre que se trate de vehículo de servicio particular, o si se trata de servicio público, cuando este destinado a uso exclusivo del pasajero o no preste el servicio normal de ruta.

IV.- Cuando con motivo del reconocimiento aduanero, del segundo reconocimiento o de la verificación de

mercancías en transporte, se detecte mercancía no declarada o excedente en más de un 10% del valor total declarado en la documentación aduanera que ampare las mercancías.

V.- Cuando se introduzcan dentro del recinto fiscal vehículos de carga que transporten mercancías de importación sin el pedimento que corresponda para realizar el despacho de las mismas.

VI.- Cuando el nombre del proveedor o importador señalado en el pedimento o en la factura sea falso o inexistente, el domicilio señalado en dichos documentos no se pueda localizar o la factura sea falsa.

VII.- Cuando el valor declarado en el pedimento sea inferior en un 50% o más al valor de transacción de mercancías idénticas o similares determinado conforme a los artículos 72 y 73 de esta Ley, salvo que se haya otorgado la garantía a que se refiere el artículo 86 A fracción I de esta Ley..."

Por lo que hace al acta que se levanta con motivo del inicio del PAMA, ésta deberá cumplir con los requisitos formales a que se refiere la Ley Aduanera, en el artículo 150.

En efecto, en dicha acta se deberá hacer constar, la identificación de la autoridad que practica la diligencia, y deberá requerirse al

interesado para que designe dos testigos y si éstos no son designados, o los designados no aceptan fungir como tales, entonces la autoridad los designará.

Asimismo, se requerirá al probable infractor para que señale domicilio para oír y recibir notificaciones, dentro de la circunscripción territorial de la autoridad competente para tramitar y resolver el procedimiento correspondiente, salvo que se trate de pasajeros, en cuyo caso, podrán señalar un domicilio fuera de dicha circunscripción, apercibiéndolo que de no hacerlo, o de señalar uno falso será notificado por estrados.

Se harán constar los hechos y circunstancias que motivan el inicio del procedimiento, la descripción, naturaleza y demás características de las mercancías, así como la toma de muestras de éstas, y otros elementos probatorios necesarios para dictar la resolución correspondiente.

En la referida acta se deberá señalar que el interesado cuenta con un plazo de diez días para ofrecer las pruebas y el alegato que a su derecho convengan.

Cuando se decrete el embargo precautorio de las mercancías en el acta que se levante se harán constar los siguientes datos:

El fundamento legal del embargo precautorio, fecha, hora y lugar en que fueron descubiertas las mercancías; identificación de la autoridad que practicó la diligencia,

inventario de las mercancías embargadas; su estado físico en el momento de ser embargadas por la autoridad, y las circunstancias en que fueron descubiertas.

La Autoridad Aduanera que lleva a cabo el embargo, deberá remitir a la autoridad que emitió la orden de visita o de verificación, o en su caso a la Administración Local de Auditoría Fiscal de la circunscripción territorial correspondiente a la Aduana el expediente con todas las constancias para que tramite y resuelva el procedimiento administrativo en materia aduanera.

Asimismo, se deberá notificar al interesado qué autoridad tramitará y resolverá el procedimiento administrativo.

Los funcionarios aduanales únicamente podrán emitir resoluciones provisionales absolutorias.

En el caso del supuesto anterior, el personal de la aduana deberá remitir el expediente debidamente integrado con las constancias (acta de irregularidades e inicio de procedimiento administrativo en materia aduanera, pedimentos, facturas, etc.) y demás pruebas documentales ofrecidas por el particular y la resolución provisional absolutoria, al Administrador Local de Auditoría Fiscal de su circunscripción territorial.

Dicha remisión deberá verificarse dentro de los 5 días siguientes a la notificación de dicha resolución.

Asimismo, en el caso de que con las pruebas ofrecidas por el interesado no logre desvirtuar las irregularidades que se le imputan, dicha autoridad deberá de remitir el expediente debidamente integrado a la referida administración local, dentro de los 5 días siguientes a que feneció el plazo de los 10 días hábiles para que el interesado ofreciera las pruebas y alegara lo que a su derecho conviniera.

No procederá la sustitución del embargo precautorio cuando se trate de los siguientes casos:

- Tratándose de vehículos, cuando no se haya obtenido el permiso de la autoridad competente.
- Cuando la importación o exportación de la mercancía este prohibida.
- Cuando no se compruebe el cumplimiento de regulaciones y restricciones no arancelarias, distintas de las cuotas compensatorias.
- Cuando no se acredite con la documentación aduanal correspondiente, que las mercancías se sometieron a los trámites

previstos en la Ley Aduanera para su introducción al territorio nacional.

Respecto al ofrecimiento y desahogo de pruebas, como ya se dijo, el contribuyente tiene un plazo de 10 días hábiles, contados a partir de la notificación del acta de inicio del procedimiento para ofrecer por escrito las pruebas y alegato ante la Autoridad que levantó dicha acta. El ofrecimiento y valoración de las pruebas se hará de conformidad con los artículos 230 al 234 del Código Fiscal de la Federación.

El técnico aduanal emitirá la clasificación arancelaria correspondiente, cerciorándose del valor, origen y procedencia de dichas mercancías y precisará las prohibiciones o restricciones y regulaciones no arancelarias a las que se encuentre sujeta la mercancía de que se trate.

En el caso de la prueba pericial, se deberá agregar el cuestionario y el dictamen pericial de su parte, para que la autoridad resuelva la inconformidad con la clasificación arancelaria al momento de emitir la resolución correspondiente.

En caso de que no se exhiba el dictamen pericial con su cuestionario, se tendrá por no ofrecida dicha probanza.

No se admitirán pruebas fuera del término establecido para el ofrecimiento, salvo el caso que se trate de pruebas supervenientes conforme a lo dispuesto en el artículo 230 del Código Fiscal de la Federación, siempre y cuando no se

haya dictado la resolución definitiva correspondiente.

Se admitirán toda clase de pruebas, excepto la testimonial y la confesión de las autoridades mediante absolución de posiciones. No se considerará comprendida en esta prohibición la petición de informes a las autoridades fiscales respecto de los hechos que consten en sus expedientes o de los documentos agregados a ellos.

En la valoración de las pruebas se seguirá el siguiente criterio: Harán prueba plena la confesión expresa del interesado, las presunciones legales que no admitan prueba en contrario, las demás pruebas se valoraran de conformidad con lo establecido en el Código Federal de Procedimientos Civiles, por ser de aplicación supletoria a la materia.

La Resolución que ponga fin al procedimiento deberá de estar fundada y motivada por mandato constitucional.

Las Resoluciones definitivas ya sean absolutorias o condenatorias deberán dictarse en un plazo de cuatro meses, contadas a partir de la fecha en que se levantó el acta de inicio de procedimiento.

Para el caso de que se haya emitido resolución provisional absolutoria por los funcionarios de la aduana, el plazo de cuatro meses para dictar resolución definitiva será contado a partir de la fecha de dicha resolución provisional.

Las Resoluciones deben contener los siguientes puntos:

Proemio.- Deben señalarse los preceptos legales aplicables del Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributario, Ley Aduanera, Código Fiscal de la Federación, Ley de Comercio Exterior y Código Federal de Procedimientos Civiles, que sirven de fundamento para la resolución del procedimiento administrativo en materia aduanera.

Resultandos.- Extracto detallado, en forma cronológica de todo lo acontecido dentro de la tramitación del procedimiento, permitiendo de manera clara y precisa tener una visión más amplia de los hechos y de los actos que dieron origen al mismo y los que se suscitaron durante su desarrollo.

Considerandos.- En caso de que se considere responsable a determinada persona, en éste apartado se hará la adecuación de la conducta infractora del contribuyente a los supuestos previstos por la legislación aduanera para posteriormente aplicar la consecuencia prevista en el precepto legal.

a).- **Liquidación.-** Se traduce en la representación numérica y desglosada de los impuestos al comercio exterior y demás contribuciones omitidas, así como su actualización y recargos en los términos de los artículos 83 de la Ley Aduanera, 17-A y 21 del Código Fiscal de la Federación (IVA, ISAN e IEPS).

b).- **Multas.**- Después de expresarse la conducta infractora y el precepto legal que la sanciona, se indica el monto de la multa que se impone; así como, su actualización conforme a los artículos 5 de la Ley Aduanera y del artículo 17-B del Código Fiscal de la Federación; separando la cantidad que corresponda a la multa por infracción a la Ley Aduanera, de los demás impuestos internos (IVA, ISAN, IEPS).

c).- Se determina si las mercancías están o no prohibidas, o sujetas a restricciones o requisitos especiales, precisándolos en su caso.

d).- **Decomiso.**- Consiste como se dice, en "...la privación coactiva de una parte de los bienes de una persona por razones de interés público", consistiendo en el presente caso en la pérdida de la propiedad de las mercancías objeto de la infracción relacionada con la exportación e importación de mercancías (contrabando); se expresa las mercancías que pasaran a propiedad del Estado por conducto del llamado Fisco Federal cuando se actualicen los supuestos previstos en Ley.

Dichos supuestos son los siguientes:

- Cuando la importación o exportación de mercancías este prohibida;

- Cuando se internen mercancías extranjeras procedentes de la franja o región fronteriza al resto del territorio nacional, en los siguientes supuestos:

- Omitiendo el pago total o parcial de los impuestos al comercio exterior y en su caso, de las cuotas compensatorias que deban cubrirse;

- Sin el permiso de las autoridades competentes, sin cumplir cualesquiera otras regulaciones o restricciones no arancelarias emitidas conforme la Ley de Comercio Exterior; cuando su importación o exportación este prohibida;

- Cuando ejecuten actos idóneos inequívocamente dirigidos a realizar las operaciones a que se refieren los supuestos anteriores si éstos no se consuman por causas ajenas a la voluntad del agente.

- Cuando se extraigan o se pretendan extraer mercancías de recintos fiscales o fiscalizados sin que hayan sido entregadas legalmente por la autoridad o por las personas autorizadas para ello;

- Cuando las mercancías extranjeras en tránsito internacional se desvíen de las rutas fiscales o sean transportadas en medios distintos a los autorizados tratándose de tránsito interno.

- Cuando no se acredite con la documentación aduanal correspondiente la legal estancia o tenencia de las mercancías en el país o que se sometieron a los trámites previstos en esta Ley, para su introducción al territorio nacional o para su salida del mismo, salvo que se demuestre que el pago

correspondiente se efectuó con anterioridad a la presentación de las mercancías.

- Cuando no se compruebe el cumplimiento de regulaciones y restricciones no arancelarias inclusive las cuotas compensatorias, excepto cuando el infractor cumpla con las regulaciones y restricciones no arancelarias, dentro de los treinta días siguientes a la notificación del acta de inicio del procedimiento administrativo en materia aduanera, y tratándose de vehículos cuando no se haya obtenido el permiso de la autoridad competente.

Puntos Resolutivos.- Determinan la consecuencia prevista en la norma jurídica en la cual se encuadre la conducta infractora, se fija la cantidad total del crédito fiscal con número y letra, es decir, los impuestos omitidos y/o aprovechamientos, las multas y demás sanciones que resulten aplicables, así como en su caso, el decomiso de mercancías.

Cabe aclarar que la sanción es una medida de represión, castigo, también es una medida intimatoria o sea de prevención contra todos aquellos futuros infractores; así, se tiene que en el tema a estudio la sanción es la multa y en su caso, también el decomiso, mientras que la actualización y los recargos son indemnización al Fisco por falta de pago oportuno.

En contra de las resoluciones que dicten las autoridades aduaneras, procede el recurso

de revocación, de conformidad con lo establecido en el Código Fiscal de la Federación, en su artículo 117.

La Ley Aduanera, en su artículo 203 y el Código Fiscal de la Federación, en el 120, establecen que la interposición del recurso es optativa para el interesado antes de acudir al Tribunal Fiscal de la Federación, y el artículo 125, del citado Código, reitera que el interesado puede optar por impugnar un acto a través del recurso de revocación o promover directamente contra dicho acto, juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

La opción de interponer o no el referido recurso, constituye una excepción a la regla general y tradicional de que el juicio de nulidad no puede iniciarse si existe algún recurso administrativo del que pueda hacer uso el particular.

El plazo para interponer el mismo es de 45 días y procede contra las resoluciones definitivas que dicten las autoridades aduaneras.

Para el caso del procedimiento administrativo en materia aduanera, la autoridad que emite la resolución definitiva que da origen al recurso de revocación son los funcionarios de la Administración General de Auditoría Fiscal o la Administración Local de Auditoría Fiscal y la autoridad competente para resolver el recurso de revocación será el personal de la Administración General Jurídica

de Ingresos o de la Administración Local Jurídica de Ingresos.

Dichas autoridades revisten el carácter de aduaneras de conformidad con lo establecido en el "Reglamento Interior del Sistema de Administración Tributaria", teniendo facultades para emitir las resoluciones en materia de infracciones relacionadas con la exportación e importación de mercancías.

La autoridad tiene un plazo de 3 meses contados a partir de la fecha de la interposición del recurso para dictar resolución y notificarla; en caso de que no se dicte la resolución en dicho plazo se tendrá como confirmado el acto impugnado.

En caso de que se haya interpuesto recurso de revocación y la resolución recaída al mismo sea contraria a los intereses del particular, este podrá promover el juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, dentro de un plazo de 45 días siguientes contados a partir de aquel en que haya surtido efectos la notificación de la resolución impugnada.

En este caso, el procedimiento es un verdadero juicio, puesto que interviene un órgano jurisdiccional que es el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y, por otra parte, la autoridad aduanera emisora de la resolución impugnada y el particular afectado en sus intereses, lo cual no ocurre en el recurso de revocación.

La autoridad podrá impugnar la resolución dictada por los Magistrados de la Sala Regional a través del recurso de revisión que se presente ante ésta, dentro de un plazo de quince días contados a partir del día siguiente en que surta efectos su notificación y estén dentro de los supuestos a que se refiere el Código Fiscal de la Federación en su artículo 48, para que los Magistrados de un Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa, resuelvan lo conducente.

El particular en contra de la resolución que se dicte en el juicio de nulidad, por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, podrá acudir al juicio de amparo directo, el cual lo interpondrá ante los Magistrados de la sala de dicho tribunal para que resuelvan los Magistrados del Tribunal Colegiado de Circuito.

El plazo para solicitar el juicio de garantías es de 15 días hábiles contados a partir de la fecha en que surte efecto la notificación del acto reclamando; en caso de que el amparo se promueva en contra de la ley, el particular afectado contará con un plazo de 30 días hábiles a partir de la publicación en el Diario Oficial de la Federación, de la ley o disposición que afecte sus intereses, para interponer el mismo.

En contra de la sentencia de amparo procede el recurso de revisión, y en este caso siendo en contra de una sentencia dictada por los Magistrados del Tribunal Colegiado de Circuito, sólo procederá dicho recurso, cuando en la resolución pronunciada en amparo directo,

se discuta la constitucionalidad de las leyes federales o locales o tratados.

El plazo para interponer la revisión es de 10 días contados a partir de que surtan efectos la notificación de la resolución recurrida.

De todo lo dicho con anterioridad, se concluye que en contra de las resoluciones administrativas de carácter aduanero, dictadas con motivo del procedimiento administrativo en materia aduanera, procede el recurso de revocación, el juicio de nulidad y el juicio de amparo.

B.- El Procedimiento Penal

En palabras del desaparecido Maestro Guillermo Colín Sánchez, el procedimiento penal es:

"El conjunto de actos y formas legales que deben ser observados obligatoriamente por todos los que intervienen desde el momento en que se entabla la relación jurídica material de derecho penal, para hacer factible la aplicación de la ley a un caso concreto." ⁽¹⁰⁶⁾

Por su parte el Maestro Manuel Rivera Silva, entiende por procedimiento penal:

"El conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente

⁽¹⁰⁶⁾ Colín Sánchez, Guillermo. Ob. cit. p. 61.

establecidos, que tienen por objeto determinar que hechos pueden ser calificados como delito para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente." ⁽¹⁰⁷⁾

En cuanto hace a que autoridad compete conocer el delito de contrabando, en principio diré que corresponde al orden federal el conocimiento del mismo de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 21 y 102 Apartado "A".

Asimismo, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Penales, en sus artículos 2°, 6°, 10, 17 párrafo tercero, 40 y 142 y demás relativos; en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en su artículo 50 fracción I inciso a); en el Reglamento Interno de esa Institución, en su artículo 2° fracción V y 8°, fracción I, inciso c y fracción II inciso a) de y 46; los jueces de Distrito, conocen de delitos de orden federal, facultades que le confiere la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en su artículo 50.

1.- Etapas del Procedimiento Penal.

El Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 1° establece los diversos procedimientos que se llevan a cabo en la materia penal, precepto que a la letra dice:

⁽¹⁰⁷⁾ Rivera Silva, Manuel, *El Procedimiento Penal*. Vigésima quinta edición Editorial Porrúa, S.A. México 1998 p. 45.

"El presente Código comprende los siguientes procedimientos:

I.- El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal;

II.- El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso la libertad de éste por falta de elementos para procesar;

III.- El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste;

IV.- El de primera instancia, durante el cual el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva;

V.- El de segunda instancia ante el tribunal de apelación, en que se

efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos;

VI.- El de ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas;

VII.- Los relativos a inimputables, a menores y a quienes tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos..."

No obstante que la ley habla de procedimientos, yo para hacer su análisis los denominaré etapas porque estimo que lo que existe es un solo procedimiento dividido en etapas, y no diversos como lo establece la ley en cuestión.

a) AVERIGUACIÓN PREVIA

La averiguación previa o el período de preparación de la acción, llamada también etapa preprocesal, es aquella en la cual el Agente del Ministerio Público, con el auxilio de la policía judicial, practica todas las diligencias necesarias para estar en situaciones de resolver si ejercita o no la acción penal debiendo integrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

En esta etapa, el Agente del Ministerio Público, así como el Jefe de la Policía Judicial, reciben las denuncias o querellas de

los particulares o de cualquier autoridad, sobre los hechos que estén tipificados en la Ley como delitos; practican las primeras diligencias, aseguran los objetos o instrumentos del delito, investigan la posible responsabilidad penal de quién o quiénes hubiesen intervenido en su comisión.

Es hasta este momento cuando el Agente del Ministerio Público, está en aptitud de ejercitar o no la acción penal.

De lo anterior se deduce que para iniciar la Averiguación Previa se necesita de una denuncia o querella.

El Maestro Rivera Silva, define a la querella 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".⁽¹⁰⁸⁾

Por ello la querella es una relación de hechos que pueden constituir delito, realizada por el ofendido ante el Agente Ministerio Público, con el deseo de que se persiga al autor de los mismos.

La denuncia es una relación de hechos que pueden ser delictuosos hecha por cualquier persona al Órgano investigador, que en México, recibe el nombre de Ministerio Público.

⁽¹⁰⁸⁾ Rivera Silva, Manuel, Op. cit. p.112.

De lo anterior se desprende que la diferencia entre la denuncia y la querrela, radica en que mientras la primera puede ser presentada por cualquier persona la segunda sólo por la parte ofendida.

En la querrela se requiere que se manifieste el deseo de que se persiga al autor del delito, mientras que en la denuncia, simple y sencillamente se requiere de la narración de los hechos supuestamente delictuosos, para que el Agente del Ministerio Público, se aboque a la investigación de los hechos.

Al respecto, el Maestro Pavón Vasconcelos, manifiesta que:

"...la denuncia, a diferencia de la querrela, no constituye una declaración de la voluntad sino una simple participación de conocimiento, ya que quien denuncia un hecho a la autoridad por estimarlo constitutivo de delito está "participando" o dando noticia del hecho, sin expresar voluntad de ninguna especie para que el órgano actúe en determinado sentido." ⁽¹⁰⁹⁾

En el ilícito penal a estudio, el Código Fiscal de la Federación, en su artículo 92 dispone que para proceder penalmente por los delitos fiscales previstos en este capítulo, será necesario que previamente el personal de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público:

(¹⁰⁹) Pavón Vasconcelos Francisco, *Revista Criminalia*, Op. cit. p. 878.

II. Declare que el Estado por conducto de lo que se designa como Fisco Federal ha sufrido o pudo sufrir perjuicio en los establecidos en los artículos 102 y 115.

El delito regulado en el artículo 102, es precisamente el de contrabando.

A primera vista y en la forma de estar redactado dicho artículo, pareciera que el Agente del Ministerio Público sólo pudiera iniciar el procedimiento, con motivo de los hechos constitutivos del delito de contrabando, por medio de la declaratoria de perjuicio o de posible perjuicio, pero como se verá adelante dicha declaratoria no es considerada como un requisito de procedibilidad.

a) ' Declaratoria de Perjuicio.

Para poder precisar cuál es la naturaleza de la declaratoria de perjuicio, es necesario tener presente en primer término qué se entiende por perjuicio fiscal, siendo de utilidad recordar que el llamado Fisco Federal es la parte del Estado en su calidad de receptor de los ingresos provenientes de los créditos fiscales a favor de la federación.

También el llamado Fisco Federal es considerado como sinónimo de Erario Federal es decir Tesoro del Estado.

En virtud de lo anterior, será perjuicio fiscal el menoscabo al patrimonio del Estado, en este caso de la Federación, constituido por

los ingresos provenientes de los créditos fiscales. ⁽¹¹⁰⁾

Federico Quintana Aceves, señala que el perjuicio fiscal es la:

"Voz utilizada en el ejercicio de atribuciones de las autoridades fiscales, para significar que estas han sufrido un menoscabo o afectación de naturaleza pecuniaria como consecuencia directa de la comisión de ciertas conductas delictivas por parte del contribuyente. El perjuicio fiscal no debe ser meramente hipotético, sino un hecho real, de contenido pecuniario, cuya demostración previa incumbe a las autoridades fiscales que invoquen su presencia, como uno de los presupuestos necesarios para formular querrelas en los casos de los delitos previstos en los artículos 102 y 115 del CFF." ⁽¹¹¹⁾

Asimismo, es indispensable precisar qué se entiende por requisitos de procedibilidad, requisitos prejudiciales, y obstáculos procesales, considerando suficiente citar lo dicho por Manuel Rivera Silva.

El citado Maestro señala la diferencia que existe entre los requisitos de

⁽¹¹⁰⁾ Es conveniente precisar que el vocabulario que se usa en esta materia, es del todo diferente al que se usa en el Derecho Civil, y considero conveniente también pensar en "inventar" otros vocablos especiales para el Derecho Penal, y así V.g. en lugar de "perjuicio", hablar de "detrimento".

⁽¹¹¹⁾ *Diccionario Jurídico Mexicano, P-Z*. Segunda edición Editorial Porrúa, S.A. México, 1987, p. 2387.

procedibilidad, requisitos prejudiciales, y obstáculos procesales, manifestando que:

"...los primeros son los que ha menester llenar para que se inicie el procedimiento. Los requisitos prejudiciales los que la ley señala como indispensables para el nacimiento de la acción procesal penal (ejercicio de la acción penal) y los obstáculos procesales, son situaciones fijadas en la ley, que impiden la continuación de la secuela procedimental." ⁽¹¹²⁾

Una vez dicho lo anterior, me referiré en seguida a precisar cuál es la naturaleza de la declaratoria de perjuicio.

Osorio y Nieto, afirma que la declaratoria de perjuicio, es:

"...la manifestación formal que hace la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ante el Ministerio Público Federal, por conducto de la Procuraduría Fiscal, en la cual da a conocer al citado órgano investigador que se han realizado determinados actos u omisiones que han producido que el fisco sufra o pudiere haber sufrido detrimento o merma en el cobro de contribuciones". ⁽¹¹³⁾

⁽¹¹²⁾ Rivera Silva, Manuel, Op. cit. p.120.

⁽¹¹³⁾ Osorio y Nieto, Cesar Augusto, *Los Delitos Federales*. Segunda edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1995 p.138

De acuerdo con el artículo 92 Código Fiscal de la Federación y al artículo 81 fracción II del Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda, la declaratoria de perjuicio o posible perjuicio la debe de hacer el personal competente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por medio de la Subprocuraduría Fiscal de Investigaciones de la Procuraduría Fiscal de la Federación.

Dicha declaratoria se hará por los delitos de contrabando y robo, destrucción o deterioro de mercancías en recinto fiscal o fiscalizado.

En efecto, la redacción del Código Fiscal, al establecer la necesidad de que se declare que el llamado Fisco Federal ha sufrido o pudo sufrir perjuicio es necesario para proceder penalmente por el delito de contrabando, como mencioné anteriormente, crea confusiones en cuanto a la naturaleza jurídica de dicha declaratoria.

Lo anterior ha llevado a algunos juristas a considerar a la *declaratoria de perjuicio como un requisito de procedibilidad*, y por lo tanto inconstitucional con relación al artículo 16 constitucional.

Ese precepto constitucional, establece de manera limitativa solamente a la denuncia, querrela o acusación (requisitos de procedibilidad), como se puede observar de la transcripción de la parte conducente del precepto legal citado, el cual dispone que:

"...No podrá librarse orden de aprehensión, sino por la autoridad

judicial, y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado".

Para el jurista Osorio y Nieto, la declaratoria de perjuicio y la simple declaratoria es un requisito de procedibilidad, de la misma naturaleza que la querrela.

En base a lo anterior para dicho jurista debería desaparecer dicha declaratoria, como requisito de procedibilidad, ya que impide que el Agente del Ministerio Público Federal detenga a las personas que transportan mercancías extranjeras sin que se acredite el legal internamiento de las mismas al país.

Asimismo se impide se aseguren dichas mercancías, ya que carece del requisito de procedibilidad, en este caso la declaratoria de la autoridad fiscal, y de hacerlo atentaría a lo dispuesto por el artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales, siendo tal detención violatoria de garantías individuales.⁽¹¹⁴⁾

Por su parte la Doctora Mabarak Cerecedo, afirma que:

⁽¹¹⁴⁾Osorio y Nieto Cesar A gusto. Op. cit. pp. 141 y 142.

"El artículo 92 se encuentra redactado en forma tan antijurídica, que conduce contra toda opinión a considerar que el Ministerio Público no puede iniciar la averiguación previa, si previamente el fisco no presenta la querrela, la declaratoria de perjuicio, o la declaratoria, equiparando legalmente éstas dos últimas a la querrela, situación que es ilógica y antijurídica... inclusive en la práctica se da una situación distinta a la mencionada en el precepto fiscal de referencia y que es la de que el Ministerio Público recibe la denuncia; inicia y a veces hasta concluye la averiguación previa; luego solicita a la autoridad fiscal la declaratoria de perjuicio para poder consignar los hechos ante la autoridad judicial competente. Este procedimiento parece correcto y esta acorde con lo que al efecto dispone el artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales." ⁽¹¹⁵⁾

En sentido contrario, se encuentra la opinión del maestro Pavón Vasconcelos, quien señala que:

"Cuando el artículo 274 del Código Fiscal exige que para proceder criminalmente por los delitos previstos en el propio capítulo, se requiere que la Secretaría de Hacienda declare previamente que el fisco ha

⁽¹¹⁵⁾Mabarak Cerecedo Doricela. Op. cit. p. 140.

sufrido o pudo sufrir perjuicio, no está estableciendo un requisito de procedibilidad que impide la iniciación del procedimiento penal, ya que cualquier persona puede poner en conocimiento de la Procuraduría General de la República los hechos que se consideren constitutivos de delito de naturaleza fiscal, lo que resultaría suficiente para que el procedimiento penal se iniciara con la averiguación previa respectiva. Lo que en realidad sucede es que el citado artículo está creando un verdadero obstáculo procesal ya que para proceder criminalmente en contra del presunto responsable de tales delitos será necesario que la Secretaría de Hacienda haga la declaración de referencia y mientras tal cosa no suceda el Ministerio Público está impedido de ejercitar acción penal." (116)

En este mismo sentido se han pronunciado los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como se puede leer en la siguiente jurisprudencia:

"Contrabando, Manifestación de Perjuicio al Fisco, Naturaleza y Formalidades. El acto por el cual la Secretaría de Hacienda y Crédito Público manifiesta que el fisco ha sufrido o pudo sufrir perjuicio no es un requisito de procedibilidad, sino un obstáculo procesal, cuya existencia

(116) Pavón Vasconcelos Francisco. Revista Criminalia. Op. cit. p. 879.

únicamente suspende el procedimiento, pero no impide su persecución si es salvada o subsanada la causa que lo constituye y en estas condiciones no puede equipararse a la querrela la que si es un requisito de procedibilidad, por lo tanto, no gozando la manifestación de perjuicio de la misma naturaleza de la querrela, no le son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 118 y 119 del Código Federal de Procedimientos Penales en cuanto a las formalidades para su validez".

Amparo Directo 5629-77 Rubén Alberto López Rubio.- 20 de junio de 1979.- 5 votos.- Ponente Fernando Castellanos Tena. Semanario Judicial de la Federación. Séptima época, volumen 127-132 segunda parte. Primera sala. P.71.

En sentido similar. Amparos Directos 1095/79, 1374/79 y 1375/79. Demandante: Eliseo Iruarte Tapia, Fausto Valenzuela Cabrera, y Donaciano Zarraball Melch. ⁽¹¹⁷⁾

Por mi parte, comparto la opinión de la Maestra Mabarak Cerecedo, en el sentido de que carece de técnica jurídica la redacción del artículo 92 del Código Fiscal de la Federación, haciendo pensar a primera vista que para que el Agente del Ministerio Público pueda conocer de los hechos probablemente constitutivos del

⁽¹¹⁷⁾ Mabarak Cerecedo Doricela. Op. cit. pp. 137 y 138.

delito de contrabando, se requiere la declaratoria de perjuicio.

No obstante, considero a la declaratoria de perjuicio como un requisito prejudicial con base a lo siguiente:

Cuando es regulada la declaratoria de perjuicio en el Código Fiscal de la Federación, por reformas a dicho ordenamiento de 30 de diciembre de 1948, en la "Exposición de motivos" del artículo referente a dicha declaratoria se dijo que:

"En el artículo 264 se establece, sin perjuicio ni menoscabo de la función persecutoria que la Ley otorga al Ministerio Público, un obstáculo procesal, tomándose en consideración que para el buen desenvolvimiento del ejercicio de la acción penal, es indispensable que la Secretaría de Hacienda declare previamente que el Fisco ha sufrido o pudo sufrir perjuicio..."⁽¹¹⁸⁾

De lo anterior se desprende que el espíritu del legislador fue establecer un obstáculo procesal, y no un requisito de procedibilidad.

Asimismo, resulta conveniente considerar a la declaratoria de perjuicio como requisito prejudicial, toda vez que no resulta lógico pensar que el Agente del Ministerio Público, no

⁽¹¹⁸⁾ Rivera Silva, Manuel. *Los Delitos Fiscales Comentado*. Editorial Botas, México 1949 p. 119.

obstante sabedor de los hechos ilícitos, no pudiese iniciar su investigación por no contar con la declaratoria de perjuicio o posible perjuicio.

Dicha situación traería como consecuencia la imposibilidad de proceder a detener al o a los probables sujetos responsables del delito; lo cual podría conducir a que la conducta de éstos quede impune, ya que lo más probable es que dichos sujetos concedores de su conducta se oculten.

La finalidad que se persigue con dicho requisito prejudicial o procesal es que oportunamente tenga conocimiento el Procurador Fiscal de la Federación, de la probable comisión de algunos de los delitos fiscales, para estar en posibilidad de coadyuvar con el Agente del Ministerio Público Federal, en defensa de los intereses del Fisco.

En conclusión la declaratoria de perjuicio al igual que la simple declaratoria, la considero como un requisito prejudicial, el cual no impide que el Agente del Ministerio Público, inicie su averiguación, con todas sus facultades, pudiendo detener a las personas con mercancías extranjeras, sin la documentación que acrediten su legal estancia.

Lo único que impide la falta de las referidas declaratorias, es que se consignen los hechos al juez correspondiente.

Asimismo, respecto a la declaratoria de perjuicio o simple declaratoria, es importante

comentar que no constituye de manera alguna una querrela.

Lo anterior en virtud de que siempre que el llamado Fisco haya o pueda haber sufrido perjuicio, el Estado por conducto del Secretario de Hacienda y Crédito Público, está obligado a presentar la respectiva declaratoria al Agente del Ministerio Público, subórgano encargado del ejercicio de la acción penal, sin que quede a su inspiración cumplir o no tal deber.

De conformidad con el Código Fiscal de la Federación, en su artículo 92, fracciones II y III, existen diversas declaratorias que son las siguientes:

- a).- Declaratoria de que el llamado Fisco Federal ha sufrido perjuicio;
- b).- Declaratoria de que el llamado Fisco Federal pudo sufrir perjuicio (se da en la tentativa, es decir, no se consuma el delito a pesar de existir un principio de ejecución);
- c).- Declaratoria de que las mercancías no deben pagar impuesto y requieren permiso de autoridad competente, y
- d).- Declaratoria de que una mercancía es de tráfico prohibido.

Comenta el Maestro Reyes Tayabas⁽¹¹⁹⁾, respecto a la declaratoria de perjuicio, que la exigencia de esta declaratoria se explica y se

⁽¹¹⁹⁾ Reyes Tayabas, Op. cit. p.148.

justifica por la conveniencia de que la autoridad fiscal precise, dada su especialización técnica, lo relativo a la clasificación y tratamiento legal de las mercancías tratándose de la importación y exportación de las mismas.

Se aclara que lógicamente dicho criterio técnico, podrá ser rebatido por el inculpado y su defensor, y el cual es estudiado por el Agente del Ministerio Público durante la averiguación previa para resolver sobre el ejercicio de la acción penal, y por el juez que llegue a conocer de los hechos incriminados en las diversas etapas del procedimiento.

La diferencia entre la declaratoria de perjuicio o posible perjuicio, y la simple declaratoria, radica que en la primera se presenta cuando existe un perjuicio fiscal o pudo haberlo, toda vez que no se cubrieron las contribuciones al comercio exterior correspondientes.

Mientras que la simple declaratoria, se presentará cuando la introducción o extracción de mercancías no están sujetas al pago de impuestos al comercio exterior, pero se trata de mercancías que requieren permiso para su importación o exportación, y éste no se obtuvo, o bien son de tráfico prohibido. En este caso no habrá perjuicio fiscal, puesto que nunca existió el hecho generador del crédito fiscal.

En la práctica la declaratoria de perjuicio se maneja de manera similar a la querrela, aunque como se mencionó no tiene las mismas características y alcances.

La declaratoria deberá reunir los requisitos señalados en el artículo 16 constitucional, mismos requisitos que establece el Código Fiscal de la Federación, en su artículo 38, consistentes en que debe hacerse por escrito y debe provenir de autoridad competente con motivación y fundamentación adecuadas, por ser acto que afecta a los intereses del particular.

La multicitada declaratoria de perjuicio es elemento básico del juicio penal fiscal, tratándose del delito de contrabando, ya que dicha probanza presentada por la autoridad fiscal es de suma importancia para tener por acreditado la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

La averiguación previa culmina con la consignación, en donde el Agente del Ministerio Público ejercita la acción penal, poniendo a disposición del juez las diligencias y en su caso, al probable responsable, en la prisión preventiva o en el centro de salud en que se encuentre, iniciándose el proceso penal judicial.

Al respecto el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 134, dispone que:

“En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado los elementos del cuerpo del delito, la probable responsabilidad del indicado, en los términos del artículo 168, el

Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los tribunales..."

Con las pruebas debe demostrar, conforme lo dispuesto en el multicitado Código Penal adjetivo, en sus artículos 168 y 180, la existencia del cuerpo del delito, y de conformidad en lo dispuesto en los artículos 279 a 290, también del citado ordenamiento legal, acreditar la probable responsabilidad del o los inculpados.

La acción penal, según el Maestro Guillermo Colín Sánchez, está ligada al proceso, es la fuerza que lo genera y lo hace llegar hasta la meta deseada.⁽¹²⁰⁾

Para Florian, citado por el Colín Sánchez, la acción penal es:

"...el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal".⁽¹²¹⁾

b) PREINSTRUCCIÓN

Cuando se ejercita la acción penal, comienza la segunda etapa del procedimiento, llamada *preinstrucción*, también conocida como de preparación del proceso, a la cual le conceden autonomía respecto del proceso y en especial de la instrucción, primera etapa de

⁽¹²⁰⁾ Colín Sánchez, Guillermo, Op. cit. p. 205.

⁽¹²¹⁾ Ibidem. p. 206.

éste último; así lo regula el Código Federal de Procedimientos Penales.

En efecto, para algunos autores cuando se ejercita la acción penal, comienza la segunda etapa del procedimiento llamada instrucción, siendo su primera etapa, aquella que abarca desde la resolución judicial conocida como auto de inicio, de radicación o de "cabeza de proceso", hasta el auto de plazo constitucional.

Lo primero que hace el juez una vez que se ha ejercitado la acción penal, es dictar el auto de cabeza o de radicación.

El auto de radicación es la primera resolución que dicta el titular del órgano de la jurisdicción, donde se sujeta tanto al Agente del Ministerio Público y al procesado a la jurisdicción de un juez determinado.

Esta resolución fija la jurisdicción del juez, es decir, el juez tiene el derecho y el deber de decir el derecho al caso concreto, por el cual dictó el auto de radicación.

Asimismo, vincula a las partes ante dicho titular del órgano jurisdiccional, esto quiere decir que tanto el Agente del Ministerio Público, como el inculcado y su defensor deben actuar ante el juez que radicó el asunto; asimismo cualquier persona que tenga que ver en el asunto queda sujeta a dicho titular del órgano jurisdiccional.

A partir de este auto, el juez en este período tiene dos deberes fundamentales que

son: tomar la declaración preparatoria al inculpado dentro de las 48 horas siguientes a que lo hayan puesto a su disposición, en el centro de reclusión correspondiente, y dictar un auto de plazo constitucional dentro de las 72 horas el cual se podrá ampliar a lo doble.

Los efectos jurídicos del auto de radicación dependen si la consignación fue con detenido o sin detenido, para lo cual se tomará en cuenta lo dispuesto por la Constitución Política de Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 19, que a la letra establece:

"Ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique por un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado."

Si es con detenido el juez debe ratificar la detención y si no la ratifica deberá dictar la inmediata libertad si bien con reservas de ley.

Si fue sin detenido, al dictar el auto de radicación, el juez tomará en cuenta si los hechos ameritan una sanción corporal, o si por el contrario, se sancionarán con una pena alternativa, puesto que ambas situaciones

derivan hacia consecuencias jurídicas diferentes:

En el primer caso, previa la satisfacción de los requisitos del artículo 16 constitucional, procederá la orden de aprehensión, en el segundo el libramiento de la cita, comparecencia u orden de presentación para lograr la presencia del sujeto ante el juez.

Referente a la orden de aprehensión, el Maestro Colín Sánchez, dice que desde el punto de vista procesal, es una resolución judicial en la que con base en el pedimento del Agente del Ministerio Público y satisfechos los requisitos del artículo 16 constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado para que sea puesto de inmediato, a disposición de la autoridad que lo reclama o requiere. ⁽¹²²⁾

La orden de comparecencia, procede tratándose de delitos sancionados con apercibimiento, caución de no ofender, multa o pena alternativa.

La orden de presentación se dictará cuando el inculcado no obedezca la orden de comparecencia, por segunda ocasión y será cumplimentada por los Agentes de Policía Judicial, lográndose la comparecencia ante el juez.

Tratándose del delito de contrabando procederá dictar la orden de aprehensión toda

(¹²²) Colín Sánchez. Guillermo. Ob. Cit. p. 298

vez que dicho ilícito penal, se castiga con pena de prisión, y no es alternativa.

Respecto a la declaración preparatoria, el Maestro Guillermo Colín Sánchez, manifiesta que es el acto a través del cual comparece el procesado ante el órgano jurisdiccional, con el objeto de hacerle conocer el hecho punible por el que el Agente del Ministerio Público ejercitó la acción penal en su contra para que pueda llevar a cabo sus actos de defensa y el juez resuelva la situación jurídica dentro del término constitucional de setenta y dos horas.⁽¹²³⁾

En efecto, el artículo 20 de la Constitución General de la República establece que:

"En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías..., fracción III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo rindiendo en este caso su declaración preparatoria..."

Una vez rendida la declaración preparatoria, lo procedente será el desahogo de todas las pruebas aportadas por las partes, sin olvidar que la limitación del término dentro

(¹²³) Colín Sánchez Guillermo. Ob. cit. pp. 302 y 303

del cual deberá resolverse la situación jurídica del procesado, imposibilita la práctica de todas las diligencias que fuera de desearse.

Las resoluciones que se pueden dictar al vencerse el plazo constitucional son:

- a).-Auto de Formal Prisión,
- b).- Auto de sujeción a proceso, y
- c).- Libertad por falta de méritos con las reservas de Ley.

En el contrabando, en caso de que se compruebe el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, se dictará un auto de formal prisión, por ser castigado con pena privativa de la libertad.

El efecto de éste auto, es que da base al proceso, fija el tema del mismo, señalando el delito por el cual se seguirá el proceso.

Algunas veces en materia de contrabando, por la naturaleza de este delito, sucede que aparentemente se puede dar la configuración del delito de contrabando y su equiparable, por lo cual algunos jueces usan la expresión "contrabando y /o su equiparable", lo cual resulta violatorio de garantías.

El juez de la causa para obsequiar el auto de formal prisión y en su caso, la sentencia condenatoria, se basará un 90% en las pruebas que haya presentado y acompañado la autoridad

fiscal, más las que presente en el transcurso del proceso.

c).- INSTRUCCIÓN.

La instrucción, en términos generales comprende todas aquellas diligencias realizadas por el personal de los tribunales, con el fin de esclarecer la existencia de los delitos, las circunstancias en que hubieren sido cometidos y la responsabilidad o irresponsabilidad de los partícipes.

La mayoría de los penalistas coinciden en que este período, es aquel en el cual se aportan los datos que el juez necesita conocer para poder emitir su sentencia.

En materia federal, se considera que la instrucción principia con el auto de formal prisión, resolución judicial que abre una primera etapa, misma que termina con la resolución que considera agotada la averiguación o instrucción, dictándose resolución en ese sentido, poniéndose el proceso a la vista de las partes por diez días comunes para que promuevan las pruebas que estimen pertinentes.

Dichas probanzas deberán desahogarse dentro de los quince días siguientes al en que se notifique el auto admisorio de pruebas. Según las circunstancias que aprecie el juez en la instancia podrá de oficio ordenar el desahogo de las pruebas que a su juicio considere necesarias para mejor proveer o bien

ampliar el plazo de desahogo de pruebas hasta por diez días más.

Transcurridos estos plazos se dictara acuerdo, mediante el cual se tendrá por cerrada la instrucción.

A pesar de que en las anteriores etapas del procedimiento, se encuentra presente las pruebas de las partes, es en ésta etapa donde la prueba alcanza su mayor desarrollo, por ello haré una breve referencia a la misma.

En la doctrina mexicana se ha dicho que:

"las pruebas, es el factor básico sobre el que gravita todo el procedimiento -agregando que- la prueba es todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y la personalidad del delincuente, para de esa manera estar en aptitud de definir la pretensión punitiva estatal." (124)

Respecto de los medios de prueba, el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 206, establece que se admitirá como prueba conforme a lo dispuesto por la Constitución Política de Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20 fracción V, todo aquello que se ofrezca como tal, con la única salvedad de que deben ser conducentes, y no vayan contra el derecho a juicio de juez.

(124) Colin Sánchez Guillermo. Ob. cit. p. 339.

El Código Penal Adjetivo antes mencionado, regula las siguientes como medios de prueba: la confesión, la inspección, la pericial, la testimonial, la confrontación, los careos, la documental, la reconstrucción de hechos, la interpretación, la confrontación y el careo; asimismo encontramos el cateo y las visitas domiciliarias, no incluidas dentro del título referente a las pruebas.

En el delito de contrabando, las pruebas idóneas para acreditar la existencia del mismo, son la denuncia y ratificación de la misma que se hace ante el Procurador General de la República, ya sea por las aduanas con motivo del reconocimiento, o a través de una visita domiciliaria por parte de la autoridad hacendaria, como es el personal de la Administración General de Auditoria Fiscal.

Dicha denuncia puede ser hecha por cualquier persona, sin embargo, casi en su totalidad será hecha por la autoridad hacendaria, en la cual se incluye el personal de las aduanas, por ser la autoridad que conoce tratándose de importación y exportación de mercancías.

Asimismo, resultan de suma importancia, la fe ministerial de objetos, es decir, de las mercancías, el dictamen de la clasificación arancelaria cotización y avalúo de dichas mercancías, que emiten los dictaminadores o técnicos aduanales adscritos a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En el referido dictamen, se manifiesta si la mercancía requiere permiso, esta prohibida o

está sujeta al pago de impuestos al comercio exterior, determinando la cantidad de que ascienden los mismos, o bien si está sujeta al pago de una cuota compensatoria.

Dicho dictamen, también deberá ser ratificado, siendo muy importante que se establezca que dicha mercancía es de origen extranjero.

Por último, también será indispensable para acreditar el delito a estudio, como ya lo anoté, la declaratoria de perjuicio o simple declaratoria, la ratificación de la misma, debiéndose acreditar que introdujo mercancías extranjeras. Así como la declaración ministerial del inculpado, y la investigación informada por el personal de la Policía Judicial Federal.

d) juicio

Desahogadas las pruebas promovidas por las partes y practicadas que fueren las diligencias ordenadas por el titular del subórgano jurisdiccional, cuando éste considere que ya se llevaron a cabo todas las diligencias necesarias para el conocimiento de la conducta o hecho y del probable autor, dicta una resolución judicial declarando cerrada la instrucción.

Este auto produce el surgimiento de la cuarta etapa del procedimiento penal: el juicio.

En efecto, una vez que se ha cerrado la instrucción se pone el expediente a la vista

del Agente del Ministerio Público para que rinda sus conclusiones.

En seguida, haré referencia a la solicitud de sobreseimiento por parte del Estado a través del Secretario de Hacienda y Crédito Público, y del procedimiento seguido en contra del o los probables responsables del delito de contrabando.

a) La Solicitud de Sobreseimiento.

Elegí este apartado para tratar lo referente al sobreseimiento regulado en el Código Fiscal de la Federación, en su artículo 92, porque dicha figura procesal, se puede solicitar por el personal de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, precisamente hasta antes de que el Agente del Ministerio Público Federal, formule conclusiones, aunque en opinión de algunos juristas como Reyes Tayabas, la solicitud de sobreseimiento puede pedirse hasta antes de pronunciarse sentencia en segunda instancia, como lo establece el Código Penal Federal.⁽¹²⁵⁾

En efecto, dicho precepto en su parte conducente expresa:

"...Los procesos por delitos fiscales a que se refieren las tres fracciones de este artículo, -dentro de las cuales se encuentra el delito de contrabando- se sobreseerán a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuando

⁽¹²⁵⁾Reyes Tayabas Jorge. Cuadernos INACIPE, ensayos jurídicos. México 1988 pp. 129 y 130.

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 del que el Ministerio Público Federal formule conclusiones y surtirá efectos respecto de las personas a que la misma se refiere..."

De donde se desprende que solicitar el sobreseimiento, es una facultad discrecional del titular del Ejecutivo Federal a través del Secretario de Hacienda y Crédito Público; es decir, independientemente que el probable responsable, pague los créditos fiscales o los garantice, a satisfacción del mencionado Secretario, este podrá o no solicitar el referido sobreseimiento.

Al respecto en primer lugar, considero que ese precepto, carece de una buena técnica legislativa, por que el sobreseimiento es el efecto de algo, la consecuencia de una situación determinada, como se puede observar, en el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 298.

Considero que no debe aceptarse como discrecional la facultad del Estado a través del Secretario de Hacienda y Crédito Público, para solicitar el sobreseimiento, en relación con el contrabando, por las razones que enseguida comento:

El autor García Domínguez, afirma que:

" El postulado de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley se ha establecido para proteger los legítimos intereses de los ciudadanos, por ello, en los estados con una forma de gobierno realmente democrática, ha de ser propósito indeclinable no permitir ningún margen de discrecionalidad, la cual no sólo es fuente de desigualdad, sino que puede conducir a abusos de los funcionarios en perjuicio de los ciudadanos o de la colectividad." ⁽¹²⁶⁾

Si bien es cierto, la facultad es discrecional, no debe contravenir alguno de los principios generales del derecho, es decir, la decisión de la autoridad no debe ser ilógica, irracional o arbitraria, ni debe contrariar el principio de igualdad ante la ley.

Para Reyes Tayabas, dicha petición es un verdadero perdón comentando lo siguiente:

"Nada hay que vaya más allá de lo que gramaticalmente es un tropo (metonimia) al usarse el nombre del efecto (sobreseimiento) para aludir a la causa (perdón). Por que la Secretaría no está obligada a pedir el sobreseimiento, sino que el mismo precepto deja clara indicación de que se trata de una potestad optativa, de una facultad discrecional. Por que la petición no se

⁽¹²⁶⁾ García Domínguez, Miguel Ángel, *Delitos Especiales Federales*. Segunda reimpresión a la primera edición. Editorial Trillas. México 1991 pp. 39 y 40.

sujeta para su eficacia a que el Ministerio Público la haga suya. Por que la petición extingue la responsabilidad penal y, por ende, impide que se ejercite la acción penal persecutoria o mata ésta en el caso de que ya se estuviere ejercitando. Por que el sobreseimiento que se declare producirá las consecuencias de libertad absoluta del reo, y la absolución contendrá el alcance de cosa juzgada al causar ejecutoria. Por que estando pagados o garantizados los créditos fiscales ni el Ministerio Publico, ni el juez en su caso podrán resolver en otro sentido que no sea el sobreseimiento con todas sus consecuencias ya anotadas; ni podrán abstener de resolver". ⁽¹²⁷⁾

Así mismo debe precisarse que la figura del sobreseimiento va en contra de la doctrina contemporánea, la cual se alimenta con la idea de que cuando se comete un delito, las consecuencias jurídicas fijadas en la ley están animadas por el propósito de obtener la readaptación del delincuente a la vida social.

De igual manera, con la solicitud de sobreseimiento, se olvida lo desarrollado por el Derecho Penal moderno respecto a los fines de la pena y se atiende únicamente al lograr de una satisfacción económica, o política.

Con dicho sobreseimiento se rompen todos los lineamientos de la escuela clásica en la

⁽¹²⁷⁾ Reyes Tayabas Jorge. Op. cit. p. 123.

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 los que no han cometido delitos, por la amenaza del dolor de la pena, no incurran en ilícitos, es decir tiene un fin intimidatorio (prevención general).

En los delitos fiscales, se ha perseguido de manera preponderante la satisfacción económica, la cual no tiene la esencia concedida por los clásicos a la pena.

Habiéndose recurrido al Derecho Penal, como instrumento para obtener dicha satisfacción, aunque en los últimos años se ha observado la tendencia por parte del subórgano del Estado, Procuraduría Fiscal de la Federación, de no solicitar el Procurador el sobreseimiento cuando en su criterio se encuentra integrado el delito, aunque no deja de ser una facultad discrecional dando lugar a los inconvenientes señalados con anterioridad.

De eliminarse tan peligrosa discrecionalidad administrativa, se suprimiría también el riesgo de que, satisfecho el interés protegido por la norma, no se otorgase el perdón o no se pida el sobreseimiento por una inspiración vengativa, personal o institucional.

Asimismo, puede acontecer que la petición sea consecuencia de una confabulación entre inculpado y autoridades, o simplemente, que tal petición derive de fenómenos compositivos al margen del proceso, resultado de una política

que entendiera los delitos fiscales como meros instrumentos utilitarios.

Algunos juristas consideran que en todo caso, en lugar del perdón explícito del ofendido, o el implícito en la petición discrecional de sobreseimiento del Secretario correspondiente, en vez de esta especie de indulto en manos de tal Secretario, deberían establecerse excusas absolutorias de aplicación automática.

En conclusión, para poder dar por terminado el Proceso Penal en materia de contrabando, con motivo de la solicitud de sobreseimiento, primero se debe pagar las contribuciones recargos y multas, o garantizar estas a satisfacción del Estado por conducto del personal de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Segundo, el personal de dicha Secretaría solicite el sobreseimiento antes que el Agente del Ministerio Público formule conclusiones; desprendiéndose del Código Fiscal de la Federación, en el artículo 92, que la petición de sobreseimiento será discrecional.

Se debe suprimir la referida facultad discrecional por que abre la posibilidad de vulnerar el principio de igualdad ante la ley, que es uno de los postulados ideológicos fundamentales consagrados de la Constitución y que constituye una característica esencial del estado de derecho.

Asimismo, tomando en cuenta que la declaratoria de perjuicio es un requisito

prejudicial u obstáculo procesal en su caso, el delito de contrabando se persigue de oficio, bastando la simple denuncia para que el Agente del Ministerio Publico, se avoque a la investigación del mismo.

En virtud de lo anterior, no debería existir la posibilidad de solicitar el sobreseimiento, contrario a lo que prevé el Código Fiscal de la Federación, en su artículo 92, el cual regula dicha posibilidad.

Una vez expuesta mi opinión sobre la solicitud de sobreseimiento, continuaré con la explicación del juicio, recordando que cerrada la instrucción se ponen los autos a la vista del Agente del Ministerio Público Federal, de la adscripción por el término de 10 días para que formule las conclusiones que correspondan.

Generalmente, dichas conclusiones son acusatorias como penalmente responsable; en este caso, de la comisión del delito de contrabando previsto en el artículo 102, en cualquiera de sus hipótesis y sancionado en el artículo 104 en cualquiera de sus fracciones, ambos del Código Fiscal de la Federación, conforme lo previsto por la fracción II del artículo 95 del referido Código.

Se solicita que se imponga a dicho inculpado o inculpados las penas correspondientes. Asimismo, se mandará poner a la vista del defensor los autos, para que formule sus conclusiones, señalándose fecha para la audiencia de vista.

Ese período, tiene como finalidad el que las partes precisen su posición, basándose en los datos reunidos durante la instrucción, es decir, que el Agente del Ministerio Público precise su acusación y el procesado su defensa.

Aunque en el auto de formal prisión se fijan los hechos por los cuales se sigue el proceso, el "*nomen iuris*" utilizando para catalogarlos no deja de ser provisional, ya que al ser investigados a través de la instrucción se puede reclasificar la conducta por la que se siguió el proceso por un tipo diverso, siempre y cuando sea la misma conducta por la que se procesó.

Asimismo, antes de celebrarse la audiencia de primera instancia se deberá precisar los hechos en las conclusiones, y relacionarlos con el proceso, establecer el nexo causal entre la conducta y el resultado, para que, según el caso, sean el tema sobre el cual versen la audiencia final de primera instancia y la sentencia, o por el contrario, den lugar al sobreseimiento de la causa y a la libertad del procesado.

La defensa, aunque en principio toma en cuenta para fijar su posición legal lo solicitado por el Agente del Ministerio Público, debe acudir también a las probanzas existentes para dar mayor solidez a sus puntos petitorios; de lo contrario, toda pretensión de exculpación o disminución de la penalidad sería inconsistente para lograr su cometido.

Las conclusiones del Agente del Ministerio Público, se sujetarán, de acuerdo con la ley a

cierta forma y contenido, el cual puede variar en algunos aspectos, según sean acusatorias o no.

Desde el punto de vista formal, las conclusiones están sujetas a estos requisitos: presentarse por escrito; señalar el proceso a que se refieren, el juez a quien se dirigen; el nombre del procesado; una exposición de los hechos; los preceptos legales aplicables; los puntos concretos a que se llegue a la fecha y firma del Agente del Ministerio Público.

En cuanto al contenido, deben satisfacer las siguientes exigencias: una exposición sucinta y metódica de los hechos; un estudio jurídico y doctrinal de los medios de prueba que obren en el expediente, relacionándolos con los acontecimientos y con la personalidad del acusado; las proposiciones sobre las cuestiones de derecho que surjan de los hechos, con su fundamentación jurídica y doctrinal; y el pedimento, en concreto.

Las conclusiones deben referirse a los hechos, sistemática y cronológicamente, demostrando su encuadramiento técnico dentro del tipo penal; relacionarse con las pruebas aportadas durante todo el procedimiento; analizar las circunstancias en que se llevaron a cabo los hechos, fijando el daño producido.

Asimismo, se deberá de fijar el móvil del delito, la participación del sujeto, las calificativas o modificativas de la conducta y los medios empleados para ejecutarla; tomar en cuenta el resultado del estudio sobre la personalidad del delincuente, para, así de

acuerdo con todo lo anterior, solicitar la imposición adecuada de una pena o una medida de seguridad.

El pedimento, fincado en proposiciones concretas, especificará: que el hecho delictivo está demostrado (señalando sus elementos) o no lo está, acorde a los razonamientos de la parte considerativa; que el acusado es responsable, en cierto grado, o no lo es.

Finalmente, los preceptos jurídicos (invocándolos concretamente) contenidos en la Constitución General de la República, en el Código Penal, en el Código de Procedimientos Penales, etc., que sirven de apoyo a lo anterior y, por ende, para solicitar la aplicación de la pena, la reparación del daño, la amonestación, y todo cuanto, conforme a derecho haya necesidad de especificar.

Las conclusiones de la defensa, siempre tienen como antecedente necesario las conclusiones acusatorias del Agente del Ministerio Público, pues si éste no ha presentado acusación, no tendrá sentido que aquella solicitara la inculpabilidad de quien no ha sido acusado, o la disminución de una pena no solicitada por el titular del subórgano autorizado para ello.

Una vez que el Agente del Ministerio Público Federal, ha formulado sus conclusiones acusatorias, se harán conocer al acusado y a su defensor dándoles vista de todo el proceso a fin de que, en un término de 10 días, contesten el escrito de acusación y formulen, a su vez, las conclusiones que crean procedentes.

Presentadas las conclusiones por la defensa, se llevará a cabo la audiencia en materia federal, la cual deberá verificarse dentro del término de cinco días.

Además, se prevé para las "partes" que, si desean la repetición de las diligencias de prueba practicadas durante la instrucción, deberán solicitarlo, a más tardar, al día siguiente de notificado el auto, citando para la "audiencia", para que el tribunal, si lo considera necesario y posible, ordene lo procedente (artículo 306).

El Código Federal de Procedimientos Penales, al referirse a este momento procedimental, utiliza el vocablo "audiencia".

Con base en lo anterior, la Audiencia Final de Primera Instancia, es la diligencia efectuada entre los sujetos de la relación jurídica, para que las "partes" presenten pruebas, en su caso, y reproduzcan verbalmente sus conclusiones, lo cual permitirá al titular del subórgano jurisdiccional, a través del juicio propiamente dicho, y atendiendo a los fines específicos del proceso penal, definir la pretensión punitiva.

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 306 dispone lo siguiente:

" En la audiencia podrán interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio, el juez, el Ministerio Público y la defensa. Podrán repetirse las

diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, siempre que fuere necesario y posible a juicio del tribunal, y si hubieren sido solicitadas por las partes, a más tardar al día siguiente en que se notificó el auto citando para la audiencia. Se dará lectura a las constancias que las partes señalen; y después de oír los alegatos de las mismas, se declarará visto el proceso, con lo que terminará la diligencia, salvo que el juez oyendo a las partes, considere conveniente citar a nueva audiencia, por una sola vez...".

e).- SENTENCIA

La quinta etapa de procedimiento penal, es la sentencia.

Sentencia, del latín *sententia*, significa dictamen o parecer; es una decisión judicial sobre alguna controversia o disputa.

También se afirma que viene del vocablo latino *sentiendo*, porque el Juez, partiendo del proceso, declara lo que siente.

La sentencia penal, es la decisión del titular del subórgano jurisdiccional competente, sobre si la conducta o hecho es constitutiva de uno o más delitos y sobre la responsabilidad del sujeto activo del delito, o por el contrario la inexistencia del delito, o que aún habiéndose cometido no se demostró la culpabilidad del acusado.

En cuanto a su contenido, el Código Federal de Procedimientos Penales, en el artículo 95 establece los requisitos que deben contener las sentencias.

Por otra parte, considero que es incorrecto que el juez esté obligado a resolver por el delito o delitos por los que acusa la representación social en sus conclusiones, encontrándose impedido para reclasificar el delito en el caso de que el Ministerio Público se equivoque en sus conclusiones.

En efecto, el hecho de que el juzgador se encuentre con dicha limitante, automáticamente, su función estará limitada y dependiendo del Agente del Ministerio Público, limitando sus facultades para juzgar.

Así, el juez al dictar sentencia a un procesado en materia penal, por el delito de contrabando, deberá ajustarse a las disposiciones generales que regulan esa etapa procedimental.

CAPÍTULO V

EL DOBLE PROCEDIMIENTO DEL ILÍCITO DE CONTRABANDO, CON RELACIÓN A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN SU ARTÍCULO 23.

I.- CORRIENTES SOBRE EL PRINCIPIO, "NON BIS IN IDEM."

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 23, consagra el principio universal, "Non Bis In Idem", que debe leerse como el que "nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito".

Ahora bien, el contrabando es un ilícito que da lugar a una infracción aduanera, y simultáneamente a un delito fiscal, sometiendo al sujeto que realizó la conducta ilícita a diversos procedimientos, el administrativo y el penal respectivamente, imponiéndose en su caso la multa y si procede, el decomiso de las mercancías en el primer caso, mientras que para el segundo, se reserva únicamente la pena corporal.

Lo anterior, ha dado lugar a que se hayan formado dos corrientes de opinión respecto a si con esa doble regulación del ilícito de contrabando, se viola o no el principio non bis in idem.

A.- CORRIENTE QUE SOSTIENE QUE NO SE VIOLA LO DISPUESTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN SU ARTÍCULO 23, AL

REGULARSE EL ILÍCITO DE CONTRABANDO EN DOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.

En efecto, hay una corriente que sostiene la legalidad de esa doble regulación de la que es partidario Manuel Rivera Silva, basado en la doctrina filosófica del *perspectivismo* de Ortega y Gasset, que consiste en ver una cosa desde uno u otro lugar, la perspectiva es el orden y forma que la realidad toma para el que la contempla, por lo que si el observador cambia de lugar, varía también la perspectiva.

El citado autor, al aplicar dicha doctrina al campo del derecho, la denomina *perspectivismo jurídico*, comentando que:

"Un solo acto, sin merma ni alteración de su idiosincrasia, puede ser contemplado en formas diferentes según 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 cumplimiento 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 sobre el aspecto penal no invade ni influye en la estimación jurídica que por otro lado las autoridades fiscales hagan por el aspecto administrativo ..." ⁽¹²⁸⁾

⁽¹²⁸⁾ Rivera Silva Manuel. Op. cit. p. 29

De donde se desprende que la dualidad de procedimientos por ser totalmente diferentes no influye uno sobre el otro, por lo que no se lesiona el artículo 23 constitucional, porque si bien es cierto que se prohíbe ser juzgado dos veces por el mismo delito, no existe prohibición para ser juzgado, una vez por lo que de criminal tiene un hecho ilícito y otra por la infracción administrativa, que puede presentarse concurrente con el delito.

En sentido similar, el Maestro Francisco Pavón Vasconcelos, manifiesta que:

"Desde hace varios lustros este problema de la doble sanción se planteó ante la H. Suprema Corte de Justicia, la cual lo resolvió estableciendo jurisprudencia firme en el sentido de que no se excluyen los procedimientos administrativos y penal en el caso de contrabando, diciendo en una ejecutoria... Siendo el procedimiento de contrabando diverso al del orden penal, teniendo uno y otro diversas finalidades, y estando tales procedimientos regidos por normas diferentes, no puede decirse que uno impide o excluya al otro; y en consecuencia, como sólo el de orden penal puede conceptuarse como un verdadero juicio, al llevarse acabo el de orden administrativo, no se viola el artículo 23 constitucional que estatuye

que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito." (129)

Para éste autor, no bastan los argumentos que han establecido los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que los mismos únicamente subrayan las circunstancias de la distinta naturaleza de ambos procedimientos y los fines diversos de las sanciones.

En virtud de lo anterior, el citado autor, hace un estudio sobre la antijuridicidad para poder encontrar la razón de orden jurídico, que justifica la coexistencia de ambos procedimientos, y la imposición de lo que pudiera estimarse una doble sanción.

Dicho estudio lo realiza a partir de lo expuesto por el Maestro Ricardo Franco Guzmán, en su obra "Delito e Injusto", relativo a la antijuridicidad, quien concluye que la misma:

"...es una sola e indivisible y que no puede hablarse seriamente de una antijuridicidad propia y exclusiva de lo penal, aunque puede y de hecho así se hace, limitarse a un campo determinado -concluyendo- que la ilicitud del hecho en el delito, es una ilicitud distinta a la de los demás actos antijurídicos precisamente en virtud de la tipicidad y de la punibilidad". (130)

(129) Pavón Vasconcelos. Francisco. Revista Criminalia. Ob. cit. p. 885.

(130) Idem.

Así, acepta que la antijuridicidad como elemento del delito y referida a los elementos de tipicidad y punibilidad, constituye una ilicitud distinta de los demás injustos.

De ese modo, Pavón Vasconcelos, reconoce la existencia de diversos ilícitos según la naturaleza del acto y del ordenamiento violado, por lo que es posible hablar de la concurrencia de un ilícito civil y un ilícito penal, como resultado de una misma acción u omisión, la conducta humana.

Finalmente concluye diciendo:

" Si atendemos al principio ontológico- jurídico que afirma que lo que no esta prohibido está permitido y, si la coexistencia o concurrencia de ambas sanciones (la penal y la administrativa) no contraría ningún texto de rango superior, hemos de concluir, como lo hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que siendo ambos procedimientos diversos y teniendo finalidades distintas que rigen normas diferentes, no puede decirse que el uno excluya al otro.

Entrar a considerar si esa situación es justa o no, es abordar otro problema de índole filosófico que no es materia de este trabajo." ⁽¹³¹⁾

⁽¹³¹⁾ Pavón Vasconcelos Francisco. Op. cit. p. 884.

Por su parte el Maestro Luis Fernández Doblado, manifiesta que los hechos punibles fiscales, al no conllevar una repetición o duplicidad de sanciones, a pesar de que se encuentren previstos como ilícitos en diferentes ordenes normativos, no se incurren en la violación del principio *non bis in idem*.

Agrega dicho autor, que no es cierto que se esté recalificando y penalizando dos veces el mismo hecho, cuando menos dentro del área estrictamente penal, basándose en los siguientes argumentos:

-La facultad de sancionar y las sanciones que se establecen para la infracción administrativa de contrabando, son distintas a las que se estatuyen para él como delito, por lo que no es violatorio del principio *non bis in idem*, el hecho de que un mismo ente tenga distintas sanciones en diferentes niveles normativos.

-Se estaría violando dicho principio y recalificando dos veces el mismo hecho, si para éste se estuviera dirigiendo diversas sanciones penales, principalmente; por que un delito tiene penas principales y accesorias, es decir, si se esta considerando como delito dos veces un único hecho y la estamos infligiendo dos castigos penales, entonces si se estaría contraviniendo el principio de referencia.

-El contrabando es un ilícito, que reviste carácter de infracción administrativa y de delito, dicho ilícito se sanciona en la vía administrativa con multa y decomiso; mientras que en la jurisdicción penal se reserva exclusivamente la sanción corporal, habiendo

una perfecta independencia en ambos ordenamientos, en lo administrativo como lo penal, de tal suerte que la autoridad judicial penal, de ninguna manera podrá aplicar una sanción pecuniaria, que queda reservada exclusivamente para la jurisdicción administrativa. ⁽¹³²⁾

Por otra parte, Miguel Angel García Domínguez, afirma que el artículo 23 Constitucional ha consagrado el principio "Non bis in idem" para evitar que se juzgue dos veces a una misma conducta desde la misma perspectiva, es decir, evitar que se imponga dos veces una pena privativa de libertad; que se imponga dos veces una sanción pecuniaria y que se decrete dos veces la pérdida de bienes o derechos. ⁽¹³³⁾

Asimismo, comenta el citado Maestro, que cuando una infracción sea simultáneamente delito, la imposición de sanciones coincidentes, pero diversas, no implican el ejercicio de dos acciones idénticas.

Señala el referido autor, que ciertamente hay identidad de causa, ya que la misma conducta da origen a dos acciones, pero no son las mismas partes ya que una acción la ejercita el Ministerio Público y la otra el representante del fisco-víctima.

⁽¹³²⁾ *Revista Dinámica del Derecho Mexicano*, volumen 2, editada por la Procuraduría General de la República. México 1974 pp. 104 y 105.

⁽¹³³⁾ García Domínguez Miguel Ángel. *Derecho Fiscal Penal. Las infracciones y las multas fiscales*. Editorial Porrúa, S.A. México 1994. P.213

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, por otra parte la acción administrativa, es con el fin de poner las sanciones pecuniarias y el decomiso cuando proceda legalmente.

La tramitación de dos procedimientos, manifiesta este autor, no llevará nunca a la contradicción de resoluciones, ya que uno y otro no van a interferirse pues cada uno impone las sanciones que son de su exclusiva jurisdicción.

Por su parte Ricardo Sergio de la Rosa Velez, ⁽¹³⁴⁾ sostiene que en los referidos ilícitos existen diferencias no de grado, sino de esencia, que son:

a).- Que la infracción es una conducta que lesiona o desconoce el orden jurídico administrativo mientras que el delito vulnera las normas que forman parte del Derecho Penal Común;

b).- Que el infractor contiene una violación a los intereses cuyo cuidado se encomendó a la administración pública mientras que en el delito se lesiona fundamentalmente los derechos subjetivos de la colectividad o del Estado;

c).- Que la infracción puede ser atribuida a personas físicas y morales mientras que el delito únicamente puede ser realizado por

(¹³⁴) De la Rosa Vélez Sergio. Citado por De la Garza Sergio Francisco. Ob. cit. p. 880

personas físicas, y de que la infracción puede existir aun cuando no concorra el dolo y la culpa, mientras que el delito requiere siempre el dolo.

Máximo Carvajal Contreras,⁽¹³⁵⁾ también se ubica dentro de los partidarios de esta corriente de opinión, considerando que el doble procedimiento para el tratamiento de algunas conductas ilícitas de carácter fiscal, no conculcan el principio internacional consagrado en el artículo 23, de la Carta Magna.

El referido autor, comenta que desde el Derecho Romano, los efectos de una sentencia son: la extinción de pleno derecho de la obligación contraída en la "litis contestatio". Hacer lo que la sentencia ordene o sea, su irrevocabilidad. La excepción de la cosa juzgada o "exceptio rei judicatae".

Afirma que la finalidad de la cosa juzgada, es impedir que se abra doble proceso, por los mismos hechos delictuosos, contra el mismo acusado, siempre y cuando se haya dictado una sentencia definitiva con carácter de irrevocable, es decir, impide que un mismo conflicto sea objeto de varias decisiones "non bis in idem", y para que se actualicen dicho principio es necesario que previamente se den los tres elementos siguientes:

1.- Eadem causa petendi.- Es decir, que para aplicar el "principio", se necesita invocar la misma causa de pedir, sobre la cual

(¹³⁵) Carvajal Contreras Máximo. Op. cit. pp. 472 - 475.

ya existe una sentencia irrevocable acerca de la misma pretensión punitiva.

2.- Eadem res o petitium.- Consistente en que el hecho incriminado objeto del proceso resuelto o irrevocablemente con anterioridad sea el mismo, por lo cual se pretenda accionar un nuevo proceso.

3.- Eadem personae.- Consistente en que el sujeto al que se le dictó sentencia irrevocable, por determinado hecho delictuoso sea el mismo contra el cual se intenta una nueva acción penal por ese mismo hecho delictuoso.

Una vez que menciona los tres elementos que integran el principio "non bis in idem", expone que se ha dicho que:

"...en el doble proceso del contrabando no existe el elemento "eadem res o petitium"; es decir, no existe la identidad del hecho u objeto incriminado, ya que en el proceso penal se ejerce la acción correspondiente para la aplicación de la pena corporal y la sentencia determinará sobre esta responsabilidad y su consecuente sanción, la pérdida de la libertad, solamente.

En cambio en el juicio administrativo la acción se ejerce para la aplicación de multas y el decomiso de mercancías, y la resolución determinará sobre la sanción económica y la pérdida de la propiedad de las

mercancías en favor del fisco federal exclusivamente".⁽¹³⁶⁾

Y agrega que al faltar un elemento en la configuración del principio de seguridad jurídica que salvaguarda el artículo 23 constitucional, no existe su violación.

Otro argumento que esgrime para demostrar que no se conculca el artículo 23 Constitucional, es el relacionado con la irrevocabilidad de la sentencia.

Señalando que para que se viole el principio "non bis in idem", debe ejercitarse una nueva acción sobre una conducta que ha sido juzgada, dictándose una sentencia firme e irrevocable

Llevando dicho criterio a la materia del delito de contrabando, señala que por razones de política fiscal y criminal, se puede sobreseer por petición del Secretario de Hacienda y Crédito Público, por lo que es poco frecuente que llegue a existir sentencia irrevocable en el proceso penal y al no existir ésta, no se puede hablar de que se juzga dos veces a una persona por la misma conducta delictiva.⁽¹³⁷⁾

Asimismo, opina que en virtud de las reformas a las disposiciones aduaneras, las multas, al haberse vuelto menos onerosas, han perdiendo su carácter represivo, teniendo en la actualidad una naturaleza restitutoria y no

⁽¹³⁶⁾ Carvajal Contreras Máximo. Ob. cit. pp. 473 y 474.

⁽¹³⁷⁾ Idem.

intimidatoria como se pretende hacer valer, por lo que los argumentos de Servando J. Garza y Margarita Lomelí Cerezo, han perdido actualidad y vigencia.

En conclusión afirma que no se viola el principio "non bis in idem" por lo siguiente:

1.- Falta un elemento esencial para que se configure el "principio" y por lo tanto, carece de aplicación y eficacia jurídica.

2.- En el proceso penal no se llega a establecer una sentencia firme e irrevocable, en la mayoría de los casos.

3.- Las reformas legislativas han atemperado las sanciones económicas, teniendo en consecuencia una naturaleza restitutoria.

4.- El actual procedimiento de investigación y audiencia no es un proceso, sino el cumplimiento de las garantías de legalidad y audiencia que debe de establecer la autoridad en beneficio de los individuos, previamente a la aplicación de las sanciones administrativas." (138)

Por lo que hace a la legislación en México, desde la Ley Aduanal de 1929, como apunté en los antecedentes del contrabando, hasta la fecha, ha establecido la tesis de la

(138)Carvajal Contreras Máximo. Ob. cit. p. 475.

independencia entre el aspecto administrativo y el penal tratándose de este ilícito.

La posibilidad y fundamento de instruir ambos procedimientos, esta expresamente contemplada en el Código Fiscal de la Federación, en los artículos 70 y 94.

Por ultimo, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han admitido la duplicidad de procedimientos considerando independientes el procedimiento judicial y el administrativo, establecidos para sancionar el mismo hecho, el ilícito de contrabando, como se puede leer en las siguientes jurisprudencias:

a).- "El pago de 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 constituye la reparación del daño y, por tanto, es análoga a la responsabilidad de orden civil. (Sem. Jud. Fed. Tomos XXII, pag. 930; XXIV, pag. 369; LXXIV, pag. 171 y Apendice al Tomo XXXVI, pag. 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 la aplicación de multas por infracción a las disposiciones aduanales. (Sem. Jud. Fed. Tomos XXVIII, pag. 307; LXIII, pag. 3950 y LXXIV, pag. 171).

c).- El proceso penal y el proceso administrativo son independientes entre sí y lo resuelto en uno no puede influir en el otro; por tanto, si se 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, pag. 792; LXIII, pag. 3950; LXXXVI, pag. 76 y Tocas 5541/44/1*, 6098/49/2* y 105/57/A.

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." ⁽¹³⁹⁾

Únicamente ha diferido de las jurisprudencias anteriores, los Ministros de la Sala Auxiliar de la Suprema Corte, que se ocupó de los asuntos fiscales, durante los años 1954 y 1955, resolviendo en la revisión fiscal 319/53, que:

"La obligación de una persona de pagar determinadas cantidades en

⁽¹³⁹⁾ Lomeli Cerezo Margarita. *Derecho Fiscal Represivo*. Segunda edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1997 p. 102.

numerario para satisfacer las prestaciones fiscales evadidas con motivo del contrabando del que se le consideró responsable, constituye un crédito fiscal, que se determina por la Secretaría de Hacienda o por los órganos fiscales autónomos; pero tal crédito fiscal esta subordinado a la prueba de la existencia del contrabando. De donde se deduce, que si el hecho delictuoso no existe, tampoco el crédito fiscal, puesto que carece de derecho la Hacienda Publica para cobrar lo que no se le adeuda; y la resolución que declara que no hubo contrabando, viene a producir, aunque sin expresarlo, la inexistencia del crédito fiscal, porque si no hubo contrabando, tampoco pudo haber evasión de impuestos. En caso de que estos ya se hayan hecho efectivos con el producto del remate de las mercancías partiendo del falso supuesto de la existencia de un hecho delictuoso, deben devolverse al interesado".⁽¹⁴⁰⁾

B.- CORRIENTE QUE SOSTIENE QUE SI SE VIOLA LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN SU ARTÍCULO 23, AL REGULARSE EL ILÍCITO DE CONTRABANDO EN DOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.

Contrario a las posturas tratadas en el apartado anterior, se encuentran autores que sí

⁽¹⁴⁰⁾ Lomeli Cerezo Margarita. *Derecho Fiscal Represivo*. Segunda edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1997 p. 103.

consideran violatorio de la Constitución en su artículo 23, el hecho de que se siga doble procedimiento, con sus correspondientes sanciones, por la comisión del mismo hecho ilícito, como sucede con el de contrabando.

En esa corriente se afirma que el principio "*non bis in ídem*", establecido en el artículo 23 constitucional, no ha sido analizado tan concienzudamente como debiera, acaso por falta de una bibliografía más amplia y que permitiera acabar de una vez con la vieja idea de que dicho principio había sido plasmado en el artículo 23 de la Constitución, con el exclusivo propósito de cancelar la práctica viciosa de mantener abierto un proceso o bien, repetir una misma acción penal en contra de un individuo.

El principal exponente de esta corriente, quien ha hecho un análisis penetrante del tema en estudio, es Servando J. Garza, quien afirma que el constituyente, plasmó en el artículo 23 Constitucional, el principio de la unicidad de la sentencia.

Dicho principio, produjo en el sistema romano la creación de la excepción de cosa juzgada, lo cual opera sólo cuando se reúnen los elementos de identificación de las acciones.

Servando J. Garza, al analizar el principio "*non bis in ídem*", afirma que éste principio en materia penal, responde a la unicidad de la sentencia, lo que trae como consecuencia la "*excepción de cosa juzgada*", la

cual sólo opera cuando se reúnen los elementos de identidad de las acciones. ⁽¹⁴¹⁾

Para que sea idéntica la acción, deben de existir las mismas partes (eadem personae), mismo objeto (eadem res o petitum), misma causa (eadem causa petendi). Concluyendo que al establecer el artículo 23 " que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito", responde precisamente a la excepción de cosa juzgada y al principio de unicidad de la sentencia.

Por lo anterior, afirma el mismo autor, que la Ley Aduanera y el Código Fiscal de la Federación, al consagrar la dualidad de procedimientos para el caso de los delitos fiscales, se opone al artículo 23 constitucional y viola los principios que protege el precepto:.

Afirma que en los procedimientos judicial y administrativo existe:

-Dualidad de juicios, uno que se sigue ante los tribunales federales para la aplicación de la pena corporal y otro, el administrativo, que en la actualidad ya es un juicio y que concluye con una resolución de cobro de impuestos y de aplicación de sanciones de carácter represivo.

-Idéntica naturaleza de juicios, en virtud de que el procedimiento para la aplicación de la sanción corporal es evidentemente de naturaleza penal; y de igual manera, el procedimiento

⁽¹⁴¹⁾ Servando J. Garza. Las garantías constitucionales en el derecho tributario mexicano. Editorial Cultura, T.G., S.A. México 1949 p. 151 al 161

administrativo en cuanto a que impone una multa de carácter represivo ya que no atiende al cumplimiento de un derecho violado, será entonces, por su naturaleza, típicamente penal.

-Identidad de partes, ya que existe el mismo sujeto que será el contribuyente; y el Estado como sujeto activo, sin que sea trascendente que en su caso comparezca como titular de la acción penal bajo la forma del Ministerio Público y en el otro, como un órgano administrativo dependiente del ejecutivo federal.

-Identidad de delitos ya que la normatividad jurídica que se dice violada es idéntica, pues si bien es cierto que son dos acciones, la administrativa y la penal, en ambas concurre identidad de supuesto jurídico, que es el hecho u omisión ilícita.

Reconoce este autor que existe una diferencia entre la consecuencia que la ley prevé para el aspecto administrativo y la consecuencia prevista para la forma penal; siendo esta diferencia sólo de cualidad más no de esencia, ya que ambas acciones se identifican porque son represivas y tienen idéntico supuesto jurídico.

Manifiesta que la dualidad de procedimientos crea el problema insoluble de la contradicción de sentencias que puede ocurrir por dicha duplicidad.

Otro argumento que esgrime, es que entre delito y falta no hay ninguna diferencia esencial sino sólo de grado y localización, la falta es u

delito de menor cuantía y se localiza en los reglamentos de policía o buen gobierno.

Por lo anterior, concluye que en el caso de contrabando se da la identidad de los delitos, identidad de los juicios e identidad de las partes, por lo que este sistema al consagrar una dualidad procesal con diferentes sanciones, viola flagrantemente el artículo 23 constitucional.

El penalista Efraín Urzúa Macías, quien pertenece a la misma corriente, se formula el siguiente cuestionamiento:

¿Cuándo un hecho es conocido y sancionado por la autoridad administrativa como falta o infracción, puede además, ser consignado a los tribunales y castigado como delito?⁽¹⁴²⁾

Haciendo la aclaración que por delito, no debe entenderse determinado tipo o categoría legal como lo han sostenido los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino el hecho u omisión, base del procedimiento represivo, contesta a la pregunta en los siguientes términos:

Las formas procesales no son privativas del subórgano judicial, sino también se encuentran en la administrativa y en algunas ocasiones en forma parecida a la tramitación judicial, por lo que debe concluirse que si un hecho cae dentro de lo ilícito administrativo es sancionado por la autoridad competente.

⁽¹⁴²⁾ Urzúa Macías Efraín. El Derecho Penal Administrativo. Revista Criminalia. Enero de 1951 p. 5-12

Para este autor, es antijurídico que por mismo hecho o hechos se abra un nuevo procedimiento judicial, sucesivo simultáneamente y se imponga una pena, siendo este aspecto frecuentemente arbitraria autoridad administrativa y lo que es más grave aún, que tal vicio ha llegado hasta legislación como ocurre en México con la Ley Aduanas, respecto al ilícito de contrabando.

Por su parte, Margarita Lomelí Cerezo, manifiesta que se adhiere por convicción a las opiniones de Servando J. Garza y Efraín Urzúa Macías, considerando que las mismas son jurídicas y fundadas, haciendo hincapié que la posición de la legislación y la jurisprudencia, sobre la defensa de la constitucionalidad del doble proceso, se basa en dos premisas esenciales que son falsas.⁽¹⁴³⁾

La primera, que consiste en que un hecho u omisión puede ser a la vez delito e infracción administrativa. Mientras que la segunda se refiere a que la reparación del daño causado al fisco, en los delitos tributarios comprende no sólo el pago de los impuestos, sino también de las multas que imponga la autoridad administrativa, por lo que esta puede exigir las independientemente del procedimiento judicial.

Por lo que hace a la primera cuestión, la autora refiere que la misma es falsa, porque la esencia del delito y la infracción es la misma, ya que sólo hay una diferencia de grado entre ambos, en cuanto a la gravedad de la conducta, por lo que resulta ilógico que un hecho u

⁽¹⁴³⁾ Lomelí Cerezo Margarita. Ob cit. pp. 108 -111.

omisión, se considera al mismo tiempo, como una transgresión grave, es decir, como delito, y como una transgresión menos grave, que es la infracción administrativa.

Concluyendo, que debe ser una u otra cosa, pero no las dos a la vez; por lo que en el caso de que se tipifique un acto u omisión en leyes diversas como delito y como infracción administrativa deberá sancionarse sólo en su aspecto mas grave, es decir, como delito, pero no como delito y contravención a la vez.

Por lo que hace a la segunda cuestión considera la jurista que también es falsa, ya que la multa es de carácter represivo y no reparatorio, teniendo las multas administrativas una finalidad intimidatoria, aunque sean impuestas por la autoridad administrativa, siendo sanciones de carácter represivo.

Así, la mencionada autora manifiesta que la existencia de dos procedimientos sancionatorios viola indudablemente el principio non bis in idem, contenido en el artículo 23 Constitucional.

Finalmente la Maestra Lomelí Cerezo, concluye que para evitar la violación al principio "non bis in idem" contenido en el artículo 23 constitucional, tendría que suprimirse la dualidad de procedimientos, optándose por uno de ellos.

Considera que tomando en cuenta la tradición jurídica y la conciencia social, el contrabando, se debe tipificar como delito, por

lo que la jurisdicción para conocer del mismo correspondería a la autoridad judicial, la que impondría las penas corporales y pecuniarias establecidas por la ley que regule el delito, en este caso el Código Fiscal.

Agrega que la autoridad administrativa intervenga para ser la denuncia de los hechos al Agente del Ministerio Público, como coadyuvante de éste; y para determinar los impuestos omitidos, asegurar precautoriamente su pago y hacerlos efectivos junto con las multas aplicadas por la autoridad judicial cuando en definitiva se hubiera establecido la existencia del delito y por consiguiente de la evasión de impuestos.

Asimismo, manifiesta que si por conveniencia a los intereses del Estado en materia fiscal, de recobrar los impuestos omitidos en una forma breve y expedita, y considerando que la instauración de un proceso penal no son el medio más idóneo para cumplir con tales fines, se debe tipificar como infracciones administrativas, atribuyendo el conocimiento y castigo de las mismas en forma exclusiva para la Administración Pública.

Por su parte el Maestro Rogelio Martínez Vera comenta:

"...esencialmente no hay diferencia entre la infracción y el delito de contrabando. Por lo cual se puede concluir que generalmente estas dos figuras jurídicas pueden presentarse simultáneamente, sin que al parecer exista la independencia al que se

refiere el artículo 70 del Código Fiscal de la Federación..." así mismo en relación a los ordenamientos que regulan el ilícito de contrabando en sus dos planos manifiesta que "la infracción de contrabando presupone también la existencia del delito y viceversa. También, esta situación debe llevar a concluir que sino existe infracción de contrabando, tampoco existirá el delito. Esta conclusión teórica desgraciadamente no es válida en la práctica, debido a que son dos autoridades distintas: la administrativa y la judicial, las que en sus respectivos ámbitos, conocen tanto de la presunta infracción como del supuesto delito." (144)

José Othón Ramírez Gutiérrez, sobre el tema comenta, que adopta la posición de que el artículo 23 constitucional, que contiene el principio "*non bis in idem*", se viola, manifestando lo siguiente:

"El precepto parte que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, entendiéndose, en este caso en particular, como un mismo hecho, un mismo acto, una misma omisión; de tal manera que este principio constitucional, se viola, cuando ese

(144) Martínez Vera Rogelio. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Delito de Contrabando. Año VI, número 25, ago/oct/85. Editorial. Chimal de Toluca. 1985. P.66

mismo acto se califica simultáneamente como infracción administrativa y como delito.

La mayoría de las legislaciones extranjeras se remiten o a la vía judicial o a la administrativa pero no participan de esta dualidad; en España, Argentina, Chile y Uruguay, se le considera como delito de contrabando. En nuestro país, todavía la Ley Aduanal de 1935 consideraba al contrabando únicamente como delito especial, que regulaba en su a. 346 y de conformidad con el 358, era la autoridad judicial federal la que aplicaría las normas sobre contrabando contenido en la ley administrativa." (145)

Por su parte el Maestro Francisco De la Garza, después de haber hecho un análisis de los diversos autores que han escrito sobre el tema, manifiesta que coincide totalmente con la tesis que sostiene que la dualidad de ilícitos respecto al mismo hecho, con sus correspondientes sanciones y procedimientos, contravienen abiertamente el artículo 23 Constitucional.

El referido autor deplora que no obstante la claridad de las objeciones para quien estudia con objetividad este problema no haya conducido, a pesar del tiempo, a una

(145) *Diccionario Jurídico Mexicano. A-CH.* Décima tercera edición. Editorial Porrúa, S.A. - Universidad Nacional Autónoma de México. México 1999 p. 690.

rectificación legislativa que resulta imperativa ética y jurídicamente.⁽¹⁴⁶⁾

C.- POSTURA PERSONAL.

Es interesante, saber que en algún tiempo Los Ministros de la Suprema Corte de la Nación, establecieron que el procedimiento administrativo que declara la existencia del ilícito de contrabando, es la base del procedimiento penal, y que sin dicha secuela administrativa se carece de algunos de los elementos o características de la figura delictiva.

Sin embargo, como ya se vio desde los años treinta, variaron su criterio en forma radical, al darle plena independencia al procedimiento administrativo del penal, salvo la excepción que también ya comenté.

Ahora bien, debo externar mi posición, para lo cual transcribo el texto del artículo de referencia, y que es el siguiente:

"Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene".

Del precepto legal antes transcrito, se desprende la acción de juzgar. Al respecto los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han dicho lo siguiente:

⁽¹⁴⁶⁾ De la Garza Sergio Francisco. Derecho Financiero Mexicano. Décima octava edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1999 p. 882

"Por juzgado se entiende a un individuo que haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme e irrevocable, o sea, contra la que no procede legalmente ningún recurso".⁽¹⁴⁷⁾

Del criterio anterior, se desprende que la palabra "juzgar", está referido a la actividad llevada a cabo por un subórgano jurisdiccional, sin embargo, considero que la palabra "juzgar" debe ser extendida a cualquier área del derecho en donde se pronuncie una resolución que dirima un conflicto de intereses.

Independientemente de la denominación que se le designe, para resolver si un determinado sujeto es o no responsable de la comisión de un delito, infracción, o cualquier otra violación a alguna rama del derecho.

Lo anterior, en virtud que la palabra "juzgar" denota una actividad mental que lleva a cabo cualquier autoridad para pronunciarse sobre determinada situación jurídica, resolviendo un conflicto de intereses.

En este orden de ideas, cuando se dicta resolución en el procedimiento administrativo para determinar si se es o no responsable de la comisión de la infracción de contrabando, se esta juzgando.

Dicho lo anterior, procedo a analizar la existencia o no de los tres elementos que los

⁽¹⁴⁷⁾) Burgoa Orihuela Ignacio. Las Garantías individuales. Vigésima octava edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1996. p. 667

tratadistas del Derecho Penal han adoptado del Derecho Civil, para establecer la identidad de acciones, y que son los siguientes:

- 1.- Los sujetos,
- 2.- El objeto o pretensión,
- 3.- La causa.

1.- **Los Sujetos.**- respecto de este elemento, en el ilícito de contrabando, existe identidad del sujeto pasivo del procedimiento, ya que la misma persona que se le sigue el procedimiento penal, es a la misma a la que se le instruye el administrativo, de igual modo existe identidad en el sujeto activo, que es el Estado, sin importar que en un caso aparezca el estado a través de un Agente del Ministerio Público y en el otro el personal de un organismo administrativo, ya que ambos son subórganos del órgano ejecutivo.

2.- **El objeto o pretensión.**-Respecto a este punto, coincido con el Maestro Servando de la Garza, únicamente en cuanto que la sanción pecuniaria que la ley prevé para la infracción administrativa, y la sanción corporal que prevé la Ley Penal, no existe una diferencia esencial sino de grado, ya que ambas sanciones se identifican en que son represivas.

Sin embargo, no puedo afirmar que en ambos procedimientos exista el mismo objeto, es decir, la misma petición.

Lo anterior en virtud de que, si bien es cierto, en ambos procedimientos lo que se pide es una sanción, también lo es que dichas sanciones son diversas, ya que mientras en el administrativo lo que se pretende imponer es una sanción pecuniaria, multa y en su caso, el decomiso de las mercancías; en el procedimiento penal, relativo al delito de contrabando, es una pena corporal.

Por ello considero, que no hay identidad de objeto o pretensión en los diversos procedimientos que se siguen con motivo del contrabando.

3.- La causa.- Por lo que hace a este punto, afirmo que es la misma conducta ilícita la que se juzga, respecto de algunas hipótesis del ilícito de contrabando, ya que se trata del mismo supuesto legal, como se puede observar en el siguiente cuadro comparativo.

Código Fiscal de la Federación	Ley Aduanera
<p>Artículo 102.- Comete el delito de contrabando quien introduzca al país o extraiga de él mercancías:</p>	<p>Artículo 176.- Comete las infracciones relacionadas con la importación o exportación, quien introduzca al país o extraiga de él mercancías, en cualquiera de los siguientes casos:</p>

<p>I.- Omitiendo el pago total o parcial de las contribuciones o cuotas compensatorias que deban cubrirse.</p>	<p>I.- Omitiendo el pago total o parcial de los impuestos al comercio exterior y, en su caso, de las cuotas compensatorias que deban cubrirse.</p>
<p>II.- Sin permiso de autoridad competente, cuando sea necesario este requisito</p>	<p>II.- Sin permiso de las autoridades competentes...</p>
<p>III.- De importación o exportación prohibida.</p>	<p>III.- Cuando su importación o exportación esté prohibida...</p>
<p>También comete delito de contrabando quien interne mercancías extranjeras procedentes de las zonas libres al resto del país en cualquiera de los casos anteriores así como quien las extraiga de los recintos fiscales o fiscalizados sin que le hayan sido entregadas</p>	<p>...V.- Cuando se internen mercancías extranjeras procedentes de la franja o región fronteriza al resto del territorio nacional en cualquiera de los casos anteriores</p> <p>VI.- Cuando se extraigan o se pretendan exportar mercancías de recintos fiscales o</p>

legalmente por las autoridades o por las personas autorizadas para ello..."	fiscalizados sin que hayan sido entregadas legalmente por la autoridad o por las personas autorizadas para ello..."
---	---

Por lo que antes expongo, considero que con la doble regulación del ilícito de contrabando, no se viola la garantía del *non bis in idem*, toda vez que no existe el mismo objeto, es decir, la misma pretensión, y por lo tanto, no existe duplicidad de procedimientos ni de sanciones.

Asimismo, es importante mencionar que el artículo 23 constitucional, al contener en su redacción la palabra delito, dicho precepto debe entenderse que se refiere exclusivamente al procedimiento penal, el cual tiene, como ya se mencionó en puntos anteriores, la finalidad de saber si se cometió o no un delito y si el inculcado es o no responsable del mismo, y en su caso imponerle una pena.

Es cierto que se trata del mismo hecho el que se juzga, pero no existe duplicidad o repetición del procedimiento penal, y por lo tanto tampoco de sanciones.

No obstante lo manifestado, considero que el ilícito de contrabando, por lo que respecta a sus hipótesis idénticas, previstas tanto en

el Código Fiscal de la Federación, como en la Ley Aduanera, no debe estar regulado en dos ordenamientos, y por lo tanto sujeto a dos procedimientos distintos, fortaleciendo tal postura además con las razones que más adelante expongo.

II.- SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE INFRACCION Y DELITO, APLICADAS AL ILÍCITO DE CONTRABANDO.

Mucho se ha discutido con relación a que si entre la infracción administrativa, y el delito existen diferencias esenciales o nada mas criterios de diferenciación entre ambos.

Al respecto se han formado dos corrientes de opinión, por una parte los que sostienen la autonomía del Derecho Penal Administrativo (infracción), en relación con el Derecho Penal Criminal, y por la otra, los que consideran que no existe independencia entre ambos.

A.- CORRIENTE QUE SOSTIENE QUE EXISTEN DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE INFRACCIÓN Y DELITO.

Dentro de esta corriente, esta el pensamiento de James Goldschmidt, quien sostiene una autonomía científica del derecho penal administrativo, en relación con el Derecho Penal Criminal, definiendo al primero de estos como:

"El conjunto de aquellas disposiciones mediante las cuales la administración estatal encargada de favorecer el

bienestar público estatal vincula a la transgresión de una disposición administrativa como supuesto de hecho, una pena como consecuencia administrativa." (148)

Manifiesta dicho autor, que la separación entre ambas ramas del Derecho Penal, no es absoluta, sino relativa, dependiendo de la concepción temporal y local, por lo que la delimitación entre ambos ilícitos debe ser realizada por el legislador.

Afirma que la distinción entre ilícito administrativo y el penal, es que el primero consiste en una mera oposición a una disposición emitida para favorecer la actividad administrativa del Estado, mientras que en el segundo, hay un menoscabo de bienes jurídicos que gozan, por sí mismos, de la protección jurídico penal.

Asimismo, expresa que las diferencias fundamentales entre ambos, radica en primer lugar, por lo que hace a la antijuricidad; al manifestar que las causas de justificación tradicionales del derecho penal criminal, tienen reducida aplicación en el Derecho Penal administrativo; tomándose en cuenta únicamente si se trata de causas de justificación de Derecho Público.

Lo anterior queda de manifiesto para dicho autor, al cuestionarse si pudiese operar la legítima defensa en una infracción administrativa.

(148) Goldschmidt James. Citado por De la Garza Sergio Francisco. Op. cit. p.872

En segundo lugar hace referencia a la culpabilidad donde encuentra otra diferencia al sostener que en el Derecho Penal administrativo, no cabe una diferencia entre dolo y culpa; por lo anterior para ese autor, las diferencias entre el ilícito criminal (delito) e ilícito administrativo (infracción) no son meramente cuantitativas, sino cualitativas y esenciales.

Asimismo, Villegas Basavilbaso, manifiesta que:

"La distinción entre delito y contravención cualquiera que sea el criterio con que se trate de justificarla, se acepte el de la falta al deber de colaborar con la Administración (GOLDSCHMIDT)...o el de la esencia exclusivamente administrativa del precepto penalmente sancionado (Manzini) o el del derecho subjetivo de la Administración en virtud de haberse violado deberes administrativos (Zanobini) o el del fin de asegurar el normal funcionamiento de la actividad administrativa (Gómez)... se revela por la diversa fisonomía que presentan ambos hechos ilícitos." ⁽¹⁴⁹⁾

El autor antes citado, sostiene que es indiscutible la existencia del Derecho Penal administrativo, aunque como toda ciencia jurídica especializada, su autonomía no es

⁽¹⁴⁹⁾ Villegas Basavilbaso Benjamín. *Derecho Administrativo. Tomo I* Editorial Tipografía. Argentina, TEA, Buenos Aires. 1949 p.134.

absoluta, sino relativa como lo es la esencia de todo conocimiento del derecho.

Agrega que, aunque no se admitiera esa "divitio" entre delito e infracción, no puede negarse que a los fines de la sistematización, la misma se afirma como una necesidad dogmatico-valorativa; haciendo basar la diferencia entre uno y otra en lo siguiente:

La ejecución de oficio es extraña al Derecho Penal; el régimen de prescripción, de la acción y de la pena, obedece en el Derecho Penal a otros principios; las situaciones personales del agente que son tenidas en cuenta por el Derecho Penal, no juegan papel principal en la contravención; la incriminación de los hechos es mucho más restringida en el delito que en la contravención.

Agrega que en la infracción la sanción puede aplicarse a personas jurídicas, mientras que la sanción en el delito es aplicable al hombre; en la contravención puede allanarse el agente a las consecuencias del hecho, lo que es inadmisibles en el Derecho Penal. ⁽¹⁵⁰⁾

El penalista argentino Eusebio Gómez, afirma que ninguna rama del Derecho puede estar totalmente desvinculada de las demás que integran la enciclopedia jurídica, que los principios generales que les son comunes crean entre ellas una íntima vinculación, sin restarles autonomía.

⁽¹⁵⁰⁾Villegas Basavilbaso Benjamín. Ob. cit. pp. 134, 135 y 139.

El mencionado autor se refiere a las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, manifiesta que son visibles las mismas, empezando porque el Derecho Penal sanciona una serie de delitos contra la administración pública y que es el Derecho Administrativo el que fija el concepto de la misma.

Agrega que dentro de los delitos contra ésta, hay algunos que solamente pueden ser cometidos por funcionarios públicos y otros en que la situación de funcionario público es tenida en cuenta como una circunstancia calificativa, por lo que es necesario el concurso del Derecho Administrativo para establecer con certeza cuándo media la situación especialmente considerada en tales casos por el Derecho Penal.⁽¹⁵¹⁾

Después de hacer las consideraciones precedentes, el referido tratadista sostiene que:

"Existe un derecho penal administrativo que difiere del derecho penal ordinario, pero que tiene con él notables semejanzas. Difiere en cuanto a la finalidad que persigue. No es esta, la de prevenir hechos contrarios a la convivencia social sino la de asegurar el orden administrativo, el desenvolvimiento normal de la actividad administrativa. Sus sanciones, aunque de carácter coercitivo, como las del

(151) Gómez Eusebio. *Tratado de Derecho Penal. Tomo I* Editorial Compañía Argentina de editores. Argentina Buenos Aires 1939 pp. 94, 106 y 107.

derecho penal ordinario, tienen una función distinta y son impuestas sin considerar, para nada, las condiciones personales del infractor, en procura de una adaptación que el derecho penal ordinario juzga imprescindible. Aquel a quien se impute un delito administrativo, frente a la sola imputación, puede allanarse a las consecuencias del hecho que le es atribuido, lo que el derecho penal ordinario, por su propia naturaleza, no consiente. A la incriminación de los hechos previstos por el derecho penal administrativo preside un criterio más restringido en razón de que, con ella, se trata de amparar, como se ha dicho, únicamente el orden administrativo. Ciertamente es que, con idéntico propósito, el Código Penal estatuye sanciones para hechos lesivos de ese orden, pero lo hace, exclusivamente, cuando tales hechos importan, además, un ataque al orden jurídico, como ocurre, por ejemplo, con el delito de malversación de caudales públicos." (152)

En síntesis, son tres los grupos de tesis principales, que sostienen la existencia de diferencia ontológica entre delito y contravención:

"a) Las teorías que se basan en el elemento ético, afirmando que los delitos ofenden los principios morales universales; las contravenciones no

(152) Gómez Eusebio. Ob. cit. pp. 107 y 108.

tienen significación moral: son meras desobediencias a las leyes que sólo tienen por fin la utilidad colectiva (Carmignani y Carrera. Escuela toscana).

b) Las tesis que se fundan en que los delitos constituyen agresión inmediata y directa a los bienes jurídicos que la ley penal protege, y por tanto, producen un daño, lesión o peligro actual para dichos bienes. Las contravenciones, en cambio, no lesionan a los mismos bienes, sino sólo son capaces de producir las condiciones favorables para que se presenten el daño o peligro actual y constituyen, por tanto, sólo un riesgo para los bienes jurídicamente protegidos (Carnevale, Petrocelli).

c) Doctrinas que se apoyan en el elemento subjetivo, sosteniendo que éste no tiene relevancia en la contravención, al contrario de lo que sucede en el delito, ya que lo que cuenta en aquélla es la simple inobservancia voluntaria de la norma, sin que sea necesario investigar además, como se hace en el delito, si hubo dolo o culpa, presumiéndose la existencia de estos factores subjetivos (Massari, Negri)."⁽¹⁵³⁾

⁽¹⁵³⁾ Lomelí Cerezo Margarita. Op. cit. pp. 161 y 162.

B.- CORRIENTE QUE SOSTIENE QUE NO EXISTEN DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE INFRACCIÓN Y DELITO.

Esta corriente sostiene que hay identidad de naturaleza entre el delito y la infracción, y únicamente existen en ambos diferencias accidentales.

Dentro de esta corriente se encuentra Adolfo Merkl, citado por Margarita Lomelí Cerezo, cuyas palabras resultan muy interesantes al considerar que:

"Se pierden inútiles esfuerzos tratando de determinar qué figuras delictivas corresponden al Derecho Penal Criminal y cuáles al Derecho Penal Administrativo... se trata de una idea quimérica... Sólo el derecho positivo puede contestar a la pregunta de si un hecho determinado corresponde al Derecho Penal Judicial o al Administrativo, según sea la forma en que se hallen establecidas las competencias." (154)

Afirma ese autor, que el Derecho Penal Administrativo y el Derecho Penal Común, se diferencian únicamente por razón de la competencia, ya que mientras en el primero ésta es administrativa, en el segundo es judicial, por lo que:

"...si se reduce la diferencia esencial entre ambos Derechos Penales a una

(154) Lomelí Cerezo Margarita. Ob. cit. p.124.

diferencia en la competencia para la aplicación de la norma penal, ello implica que se considera el Derecho Penal Administrativo como Derecho Penal auténtico y pleno." ⁽¹⁵⁵⁾

Hans· Kelsen, niega una distinción sustancial entre la esfera Judicial y la Administración, respecto de la materia penal, ya que las leyes administrativas son aplicables en concreto del mismo modo que las llamadas leyes judiciales, es decir, una autoridad constata el hecho establecido por la norma general como requisito del acto coactivo y aplica la consecuencia jurídica, la "coacción administrativa" pudiendo ser una pena pecuniaria o contra la libertad, una ejecución.

En ambos casos se realiza un acto de jurisdicción, de creación de normas individuales (sentencias), manifestando que la distinción entre el acto administrativo y el judicial es una mera diferencia técnica y que la distinción entre autoridades judiciales y administrativas no se explica sino por motivos históricos. ⁽¹⁵⁶⁾

Para ese autor:

"Los órganos del poder ejecutivo desempeñan frecuentemente la misma función que los tribunales. La administración pública se basa en el derecho administrativo así como la jurisdicción de los tribunales se basa

¹⁵⁵ Lomeli Cerezo Margarita Ob. cit. p. 125.

¹⁵⁶ Ibidem. pp. 126 y 127.

en el civil y en el penal...Como la ley civil y la ley penal, la administrativa trata de provocar un determinado comportamiento, enlazando un acto coercitivo, o sanción administrativa, a la conducta contraria, es decir, al acto antijurídico administrativo." (157)

Por último comenta que:

"Por lo que afecta especialmente a la distinción entre asuntos penales, judiciales y administrativos, basta decir que los últimos son delitos de importancia secundaria, a los que se aplican penas no degradantes. Pero no es posible trazar tampoco en este caso un límite racional." (158)

Asimismo, dentro de esta corriente se encuentran dos destacados penalistas, Enrique Aftalión y Jiménez de Asúa, quienes manifiestan que no es posible sostener que haya una diferencia esencial entre delito y contravención, y que la prueba de ello se ve en el hecho de que con frecuencia el legislador transforma delitos en faltas y viceversa.

Es el primero de ellos, quizá el autor que ha realizado el estudio más penetrante sobre la identidad y diferencias entre el Derecho Penal Administrativo y el Derecho Penal Criminal.

(157) Hans Kelsen. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción de García Maynez Eduardo. Tercera edición Editorial UNAM. México 1969. pp. 324 y 325.

(158) Lomelí Cerezo Margarita. Op. cit. p. 127.

En efecto Aftalión, comenta que si el llamado Derecho Penal Administrativo es una disciplina independiente con respecto del Derecho Penal, ya no cabe exigir en todos los casos la vigencia de ciertas garantías fundamentales, hoy de pacifico reconocimiento en el campo de este último (Ley previa, veda de la analogía, restricción interpretativa, debido proceso, in dubio pro reo, etc.).⁽¹⁵⁹⁾

El referido Maestro hace una crítica a la postura del defensor más reconocido de la autonomía del Derecho Penal Administrativo, Goldschmidt.

Respecto al primer argumento del jurista alemán consistente en que el delito esta referido al valor justicia; mientras que la infracción, al valor bienestar público Aftalión, contesta que se debe preguntar si acaso hay sectores del ordenamiento jurídico que puedan considerarse ajenos a una valoración de justicia.

Por lo que hace al argumento consistente en que el delito ataca derechos subjetivos u otros bienes de cultura jurídicamente protegidos; y que la infracción es una inobservancia del deber de obediencia a los mandamientos omitidos en aras de intereses, el referido autor manifiesta que dicha distinción es más que dudosa, citando a Jhering quien señala que los derechos subjetivos no son otra cosa que intereses jurídicamente protegidos.

⁽¹⁵⁹⁾ Aftalión, Enrique R., con colaboraciones de Laureano Landaburu, Julio Cueto Rúa y Carlos Jáuregui. *Derecho Penal Administrativo*. Editorial Arayú. Buenos Aires, Argentina 1955, pp.86-89.

Además de que un mismo interés puede estar protegido en algunos aspectos en el Código Penal y en otros por disposiciones contravencionales.

Con referencia al tercer argumento consistente en que la sanción en el delito tiene un sentido ético, mientras que la de las infracciones administrativas es una simple voz de alerta a los ciudadanos para que piensen en sus deberes administrativos.

Aftalión manifiesta que tampoco hay una base científica, ya que ni las penas administrativas pueden ser ajenas a la ética, ni las personas sancionadas administrativamente, a menudo con una severidad mayor que la deseada por Goldschmidt, quedarían satisfechas con la explicación de que sólo se les había "alertado".

Asimismo, por lo que hace a los argumentos de Goldschmidt, consistentes en que los principios de *nullum crimen, nulla poena sine lege* y de la retroactividad de la ley más benigna no tiene tanta importancia en relación con las contravenciones como con los delitos, ya que hay algunas diferencias entre infracción y delitos en materia de culpabilidad, tentativa y concurso, responsabilidad de personas jurídicas; el jurista responde de la siguiente manera:

La mayor flexibilidad de los legisladores en los principios de legalidad, irretroactividad, culpabilidad, responsabilidad de personas jurídicas en infracciones administrativas, no constituyen rasgos

diferenciales esenciales, sino expresión de contingentes valoraciones, como traducción de una política legislativa que es injusta, en algunos casos, la aplicación de los principios generales del Derecho Penal.⁽¹⁶⁰⁾

Después de refutar los argumentos de Goldschmidt, Aftalión entre otras cuestiones comenta, que:

"No es posible olvidar que el hecho de que las infracciones administrativas puedan ser juzgadas por la administración no suprime el carácter jurisdiccional del acto del juzgamiento, ni altera la sustancia penal de la infracción..."⁽¹⁶¹⁾

Concluyendo, el autor de referencia dice que aunque el Derecho Penal Administrativo sea legislado y conceptualizado como un Derecho autónomo, ello no significa que haya diferencias esenciales entre delitos e infracciones, sino sólo que se estima que las ilicitudes "administrativas" deben regirse y juzgarse por un sistema de principios distintos de los del Derecho Penal.

Agrega que dado que la tesis autonomista no ha elaborado un sistema de principios originales, igualables en cuanto a garantías de seguridad jurídica, a los del Derecho Penal y Procesal clásico, la total emancipación de estos últimos principios conduce, en la práctica al enseñoramiento de la inseguridad.

⁽¹⁶⁰⁾ Aftalión, Enrique R. Ob. cit. pp.86-89.

⁽¹⁶¹⁾ Aftalión Enrique R. Citado por Margarita Lomelí Cerezo. Op cit. p. 136.

Insiste que es inconveniente la tesis autonomista ya que para él no es una construcción científica, con la cual se trata de justificar el creciente proceso de desapoderamiento del Poder Judicial de sus facultades jurisdiccionales en la materia.

Manifiesta que el hecho de que se le asigne funciones jurisdiccionales a la administración en materia penal administrativa,

"...no tiene por que llevar aparejada una emancipación de los principios esenciales de los Derechos Penal y Procesal-penal: La índole del tribunal no puede alterar la sustancia penal de la cosa que se juzga." (162)

Por su parte Emilio Margain Manatou refiriendose a la materia fiscal, es partidario de que entre la infracción y el delito existe la misma esencia, y en apoyo de su pensamiento cita la siguiente resolución:

"...Los principios generales del Derecho Penal si tienen aplicación en el campo de las infracciones administrativas, dado que no existe una diferencia sustancial sino de grado entre los llamados delitos tributarios que se sancionan por la autoridad judicial mediante el proceso correspondiente y las contravenciones o infracciones administrativas sancionadas por la autoridad

(162)Aftalión Enrique R. Citado por Lomeli Cerezo Margarita Op cit. p. 137.

administrativa, según procedimientos de la misma índole, ya que tanto unos como otros consisten en un acto u omisión que transgrede las normas fiscales, existiendo en ambos elementos subjetivos de la culpabilidad, independientemente del elemento objetivo constituido por la transgresión de la norma o el daño causado a los intereses fiscales, de tal suerte que si hay una diferenciación entre el delito y la infracción administrativa únicamente es en cuanto a la gravedad del ilícito que trae, aparejada la situación de diversas sanciones y en cuanto a la autoridad que las aplica. Revisión No. 666-68, visible en la hoja informativa de la sala superior del Tribunal Fiscal de la Federación, correspondiente al mes de enero de 1981".⁽¹⁶³⁾

Por su parte el Maestro Luis Fernández Doblado, no acepta la autonomía del Derecho Penal Administrativo en relación con el Derecho Penal Común, en virtud en que ambos se advierten caracteres que de ninguna manera pueden dar margen a una distinción de carácter ontológico, y no existe tampoco este tipo de diferencia entre las contravenciones y los delitos¹⁶⁴

⁽¹⁶³⁾ Margain Manatou Emilio. Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano. Décima primera edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1993; pp. 327 y 328.

⁽¹⁶⁴⁾ Fernández Doblado Luis. La ley sobre atribuciones al Ejecutivo Federal en materia económica, en su aspecto represivo. Revista Criminalia. Año XXV, Número 5 mayo de 1959 p. 260

Asimismo, para el Maestro Jiménez de Asúa no existen diferencias esenciales entre infracción y delito, comentando lo siguiente:

"La contravención no es más que un delito en pequeño del que se reproduce sus elementos y características. Ni con base a la gravedad en virtud de que existen contravenciones más severamente sancionadas que ciertos delitos, ni en la antijuricidad, o culpabilidad, daño o peligro..."⁽¹⁶⁵⁾

Respecto del elemento culpabilidad en el cual diversos autores han querido encontrar una diferencia sustancial es ilustrativo mencionar lo dicho por el Maestro Sainz de Bujanda.

Dicho autor manifiesta, que no existen infracciones tributarias involuntarias, aunque sí las haya no dolosas o maliciosas.

Las infracciones leves, de deberes formales por lo general, son ciertamente en muchos casos, fruto del error o de la falta de información; pero el error o la ignorancia provienen, así lo conceptúa el legislador, de una falta de diligencia que se reputa culpable y como tal punible.

Las infracciones a deberes sustantivos fundamentales son, en cambio, estrictamente

⁽¹⁶⁵⁾ Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal. tomo III. Ob cit. P. 147.

voluntarias, en el más riguroso sentido, por que se cometen con fraude.

Así mismo este autor esta a favor de que apliquen a la materia de infracciones tributarias los principios cardinales del Derecho Penal Común, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. El principio de culpabilidad habrá de ser especialmente acogido por que es uno de los más descuidados o postergados en la actualidad en el ámbito tributario.

Concluye que estima que en lo relativo al concepto y clases de las infracciones, todas aquellas que revisten la naturaleza punitiva, tanto las aplicables inmediatamente por la administración como las aplicables por los órganos judiciales, deben inspirarse fundamentalmente en los principios de tipicidad, ilicitud y culpabilidad, elaborados por la dogmática jurídico-penal.⁽¹⁶⁶⁾

En sentido similar Jarach, con respecto a la culpabilidad ha sostenido que la evolución del derecho tributario es y debe ser en el sentido de aceptar sin excepción el principio del derecho penal según el cual no puede haber pena sin culpabilidad en un sentido amplio, sea dolo o simple culpa.

Dicho autor⁽¹⁶⁷⁾ reconoce que ha habido y puede haber aún ejemplos en el derecho positivo de infracciones tributarias penadas sin que sea necesario indagar sobre la existencia de la culpabilidad del infractor. Pero estos ejemplos

⁽¹⁶⁶⁾ Sainz de Bujanda. Citado por De la Garza J. Francisco. Ob. cit. pp. 887 y 888

⁽¹⁶⁷⁾ Jarach. Citado por De la Garza J. Francisco. Ob. cit. p. 887

tienden a desaparecer y el progreso de las instituciones debe tender a ello en los casos en que aún existan.

Agrega el autor que en la interpretación de las instituciones jurídicas positivas en caso de silencio de las normas acerca del requisito subjetivo, de la culpabilidad debe interpretarse que éste es un elemento necesario para la punibilidad.

Si el legislador expresamente, en forma precisa no establece que la infracción se configura objetivamente, con prescindencia de toda forma de culpabilidad, es ilícito al intérprete explicar la pena sin reconocer la existencia de dolo o culpa. Rechaza como inexacta la posición contraria y la repudia desde el punto de vista de lo que debe ser.⁽¹⁶⁸⁾

También resulta de suma importancia señalar, respecto al elemento culpabilidad, las conclusiones a que se llegó en las I Jornadas Hispano-Luso-Americanas de Estudios Financieros y Fiscales, celebradas en Curia (Portugal) en 1967, las cuales fueron las siguientes:

"...7ª Analizando con especial atención y detenimiento el elemento de la culpabilidad, se juzga que éste constituye, en cualquier caso, una nota definidora de la infracción a la que se asocia una infracción punitiva. No es aconsejable la formulación de presunciones legales de culpabilidad de carácter genérico. No obstante, se

⁽¹⁶⁸⁾ Jarach. Citado por De la Garza J. Francisco. Ob. cit. p. 887

estima posible, e incluso necesario, que se formulen presunciones legales de carácter excepcional, en relación con determinadas infracciones, sin que en ningún caso se elimine la posibilidad de prueba en contrario por parte del contribuyente.

"8ª En las infracciones tributarias que se agotan en la mera inobservancia de un deber, con independencia de cualquier evento, el dolo y la negligencia se refieren exclusivamente a aquella inobservancia.

"9ª Puede haber negligencia punible incluso cuando el agente, al cometer la infracción, no supiera que la está cometiendo; sin embargo, la negligencia debe ser apreciada en función de las posibilidades concretas de que el agente dispone para evitar la infracción que le es imputada." (169)

La autonomía del Derecho Penal Administrativo, ha sido negada con los siguientes argumentos:

-Es falso que existan una diferencia ontológica entre delito y falta o contravención, por lo que sólo el Derecho positivo puede determinar si un hecho determinado corresponde al Derecho Penal Judicial, por ser un delito, o al Derecho Penal Administrativo por ser una falta.

(169) De la Garza J. Francisco. Ob. cit. p. 888

-Los preceptos del llamado Derecho Penal Administrativo son de idéntica estructura a los de Derecho Penal Común, pues se trata en ambos de una conducta humana ordenada o prohibida bajo la sanción de una pena.

-La ausencia de culpa en diversas infracciones, tampoco justifica que se preconice la autonomía.

-El hecho de que las contravenciones puedan ser juzgadas por la administración, no suprime el carácter materialmente jurisdiccional de dicho juzgamiento y no altera la sustancia penal de la infracción.

C.- POSTURA PERSONAL

Una vez expuestas las diferentes opiniones que se han emitido, con referencia a las diferencias y similitudes entre infracción y delito, a continuación expongo lo que considero al respecto, para lo cual elaboro una lista de las similitudes y posteriormente una de las diferencias entre dicha figuras jurídicas.

1.- Similitudes entre infracción y delito.

a).- No existe una diferencia ontológica entre la infracción y el delito.

b).- La infracción al igual que el delito tiene como elemento esencial a la tipicidad, por lo que sólo será infracción la conducta o hecho que encuadre en el tipo descrito por el legislador como infracción.

Lo anterior, deriva del principio de exacta aplicación de la ley expresado con la formula latina *Nullum Crimen, Nulla poena Sine Lege*, que ha sido consagrado por la Constitución Política de Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 14, tercer párrafo, y que es absolutamente aplicable en la materia de infracciones, dada la identidad ontológica entre infracción y delito.

Con base en lo anterior, no se puede aplicar en los ilícitos mencionados la analogía como instrumento de integración de normas en el ámbito penal, la mayoría de razón, ni los principios generales de derecho justicia y equidad.

Respecto a la antijuridicidad, las infracciones al igual que el delito, son conductas que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico que se trata de proteger con la norma.

c).-En la infracción como en el delito se encuentra inmerso el elemento culpabilidad. En efecto en el delito es reconocido por todos que se encuentra el factor psicológico, ya sea al analizar el tipo o en la culpabilidad, mientras que en la infracción no existe claridad para apreciar el elemento culpabilidad como en el delito.

Sin embargo, del análisis de la mayoría de las infracciones se desprende el elemento subjetivo como parte de la infracción. Encontrando que existen infracciones, las menos, que no requieren de este elemento, las cuales son las denominadas infracciones objetivas.

En la teoría del delito, se ha elaborado todo un sistema para determinar los aspectos negativos del delito que hacen que este no llegue a nacer, lo cual no ha ocurrido en materia de infracciones, no obstante lo anterior, se encuentra en diversas leyes administrativas ciertas circunstancias que hacen que la infracción no aparezca o que se excluya de la sanción al sujeto activo de la conducta.

Así se tiene que el Código Fiscal de la Federación, en su artículo 73 establece que no se impondrá sanción alguna, cuando se haya incurrido en una infracción a causa de fuerza mayor o de caso fortuito.

Lo que hace concluir que el infractor que deja de pagar o paga extemporáneamente, lo debe hacer dolosa o culpablemente, aunque en efecto como afirman algunos autores, a la autoridad no le interesa saber si fue cometida con dolo o culpa.

Por lo que si bien la legislación establece una presunción de culpabilidad, esta puede ser destruida mediante prueba en contrario, como lo es el caso fortuito o fuerza mayor.

En el Derecho Positivo sí se toma en consideración, el elemento culpabilidad, sobre todo tratándose de las infracciones fiscales, como se desprende de los siguientes supuestos:

El Código Fiscal de la Federación, en el artículo 74 dispone que al condonar las multas, el Estado por conducto de su Secretario de

Hacienda y Crédito Público, debe apreciar discrecionalmente "las circunstancias del caso", entre las cuales se encuentran, indudablemente, se deben contemplar la gravedad o levedad de la infracción; así como la intención o culpa del infractor.

Es importante mencionar que diversas disposiciones administrativas, si bien es cierto no interesa si se cometió con dolo o culpa para efectos de tener por acreditada la infracción, si interesa el grado de culpa para poder determinar la sanción.

En efecto, el Código Fiscal de Federación, en su artículo 75 establece que las autoridades, al imponer multas por la comisión de las infracciones señaladas en las leyes fiscales, incluyendo las relacionadas con las contribuciones al comercio exterior, deberán fundar y motivar su resolución y tener en cuenta dentro de otras circunstancias las siguientes:

a).- Que se haga uso de documentos falsos o en los que se hagan constar operaciones inexistentes.

b).- Que se utilicen, sin derecho a ello, documentos expedidos a nombre de un tercero para deducir su importe al calcular las contribuciones o para acreditar cantidades trasladadas por concepto de contribuciones.

c).- Que se lleven dos o más sistemas de contabilidad con distinto contenido.

Asimismo, el propio artículo 73 del citado Código, establece que no se impondrán multas

cuando se cumplan en forma espontánea las obligaciones fiscales fuera de los plazos señalados en las disposiciones fiscales; y en su último párrafo textualmente señala:

"Siempre que se omita el pago de una contribución cuya determinación corresponda a los funcionarios o empleados públicos o a los notarios o corredores titulados, los accesorios serán a cargo exclusivamente de ellos, y los contribuyentes sólo quedarán obligados a pagar las contribuciones omitidas. Si la infracción se cometiere por inexactitud o falsedad de los datos proporcionados por los contribuyentes a quien determinó las contribuciones, los accesorios serán a cargo de los contribuyentes.".

De las disposiciones que antes anoto, se desprende la intención del legislador de que se tomen en cuenta una serie de factores relativos a la culpabilidad.

Es cierto que en algunos de los supuestos citados, se establecen esos elementos subjetivos para agravar la pena o disminuirla, pero no como elemento de la infracción, sin embargo en otros casos la culpabilidad si se observa como parte integrante de la infracción, como se desprende de:

Las figuras del caso fortuito o fuerza mayor; cuando se establece que para condonar las multas, el Secretario de Hacienda y Crédito Público debe apreciar discrecionalmente las circunstancias del caso; cuando se señala que

no se impondrán multas cuando se cumplan en forma espontánea las obligaciones fiscales fuera de los plazos señalados.

Asimismo, última hipótesis que se transcribió; en donde por no haber actuado con culpabilidad los funcionarios o empleados públicos, notarios o corredores titulados, no son sujetos de una sanción.

En conclusión, en la infracción administrativa, sí se presenta el elemento culpabilidad, aunque se analice en una forma diferente a como se hace en el delito.

En el Derecho Tributario Represivo, se sostiene que las multas deben extinguirse con la muerte del infractor, puesto que la finalidad punitiva de la multa ya no puede lograrse; es decir, al igual que en el derecho penal las penas no son transcendentales.

2.- Diferencias entre infracción y delito.

a).- En el Derecho Penal las personas morales o jurídicas colectivas no delinquen; es decir, no existe responsabilidad penal sobre ellas y solamente se les aplica, cuando así lo amerite, una medida de seguridad (artículo 11 del Código Penal); en cambio, en el Derecho de las infracciones administrativas, a tales entes jurídicos, se les considera y sanciona como responsables.

En efecto, la responsabilidad en el Derecho Penal Común esta plenamente reconocido que es estrictamente personal, es decir sólo existe por el hecho propio.

Mientras que en las infracciones en principio se acepta que la responsabilidad en la comisión de las mismas es personal, pero se pueden señalar excepciones a esta regla, estableciendo una responsabilidad por hechos de terceros.

En efecto existen ciertas infracciones, que no obstante ser cometidas por terceros, se le imputan a las personas que la ley considera como responsables, en virtud de la presunción de culpabilidad que se basa en las relaciones especiales existentes entre las personas que la ley considera como responsables de la infracción y aquellas que realizaron los hechos constitutivos de la misma; por ejemplo entre el comitente y el agente aduanal.

b).- Existe autonomía legislativa, ya que mientras los delitos se encuentran normalmente regulados en códigos penales, las infracciones administrativas se encuentran en ordenamientos administrativos.

En ocasiones en un mismo ordenamiento se encuentran infracciones y delitos, considerando a la parte que regula las primeras como de naturaleza administrativa, mientras la que regula los segundos se consideran leyes penales.

c).- En los procedimientos administrativos no hay contienda, no hay debate entre partes al imponer las sanciones, la relación surge entre la persona sujeta al procedimiento sancionador y el personal del subórgano

administrador que instaura el procedimiento y en su caso impone la sanción.

Sin embargo, la resolución dictada en el procedimiento administrativo puede ser impugnada por la vía del recurso administrativo, y una vez agotado cabe en algunos supuestos la impugnación ante los funcionarios del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, lo cual convierte el asunto en una controversia entre la autoridad que dictó la resolución impugnada y el sujeto que se siente agraviado por dicha resolución.

Esta controversia se sigue dando en caso de que el sujeto solicite el amparo y protección de la justicia ante la autoridad judicial.

Por lo cual si en principio existe una diferencia, posteriormente encontramos una similitud entre ambos ilícitos.

d).- La imposición de las penas o sanciones penales es propia y exclusiva de la autoridad judicial, mientras que la imposición de las sanciones administrativas corresponde a la administración pública.

Lo anterior, da lugar a la imposición de diferentes sanciones. Aunque existen sanciones que pueden ser aplicadas tanto para delitos como para infracciones, como en el caso de la multa y el decomiso.

e).- Por lo que hace a los procedimientos administrativos para determinar las sanciones administrativas, en relación con el

procedimiento penal, se observa que no reviste tantas formalidades como el procedimiento penal, como se pudo analizar al estudiar el procedimiento administrativo en materia aduanera y el procedimiento penal.

En efecto, el Derecho Penal ofrece más garantías que el administrativo, debido principalmente a que la sanción penal normalmente es más gravosa que la administrativa, por lo que se ha dado al sujeto pasivo del proceso penal mayores seguridades y garantías, ya que existe la posibilidad de una afectación de derechos más trascendentales para el individuo.

Sin embargo, lo más importante es que en ambos procedimientos se respeta la garantía de audiencia.

Dicha garantía es tan amplia que al llevarse a cabo se afirma que se instaura todo un procedimiento.

f).- Se ha señalado una diferencia entre las figuras delictivas y las meras infracciones, en cuanto que, mientras en los delitos se aceptan los grados de ejecución anteriores a la consumación, esto es, la tentativa y la frustración, en cambio, tratándose de meras infracciones, o contravenciones, por regla general se ignora la tentativa y la frustración y no se castigan.

Una vez hecho el análisis entre infracción y delito concluyo lo siguiente:

No existe diferencia esencial entre ambas clases de ilicitudes, toda vez que son los

mismos elementos de la infracción que del delito independientemente de todas las diferencias accidentales como son la competencia, las diferentes sanciones, y que las personas morales a diferencia de lo que ocurre en materia penal, pueda ser sujeto de responsabilidad en materia administrativa.

En cuanto a la culpabilidad, que es el elemento que ha causado mayor polémica, respecto a si constituye o no elemento de la infracción, considero que si bien es cierto no se encuentra expresado en ley, en la forma tan nítida como se da en el delito, si es un elemento en la mayoría de las infracciones.

En síntesis, cualquiera que sea el criterio invocado para desentrañar el fundamento de la separación entre delitos e infracciones, ninguno tiene carácter universal de validez absoluta, total, pues ciertos hechos considerados delitos para un legislador pueden ser contravenciones para otro, o viceversa.

Por lo tanto 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.

Una vez que he vertido mi opinión sobre las características de la infracción y el delito, haré el análisis de las mismas enfocadas al ilícito de contrabando.

En el caso de la figura en estudio la infracción es cometida, tanto por personas morales como es el caso de algunas sociedades

mercantiles, o incluso civiles, como por personas físicas, mientras que el delito de contrabando, únicamente puede ser realizado por personas físicas.

La autoridad competente para averiguar el delito, lo es el Agente Ministerio Público Federal, y en ejercicio de la facultad del personal de la policía judicial, conforme a los artículos 16 y 21 Constitucionales, 1º fracción I, del Código de Procedimientos Penales, en materia federal.

Mientras que en la infracción no existe una etapa específica de averiguación previa a la instauración del procedimiento administrativo en materia aduanera, toda vez que la relación jurídica se instaura desde su inicio entre el posible infractor y la autoridad que va a juzgar el asunto.

En cuanto a la tipicidad, primeramente, es necesario recordar que los diversos tipos que constituyen el delito de contrabando, son prácticamente los mismos que se prevén para la infracción de contrabando.

Al respecto, es necesario hacer las siguientes puntualizaciones:

Existe una diferencia en la primera hipótesis del contrabando ya que como delito la ley habla de omitir contribuciones, mientras que como infracción se indica omitir impuestos.

Esta diferencia sólo tendría importancia en caso de que además de los impuestos se exigiera el pago de alguna otra contribución diversa a los mismos; lo cual implicaría que en

materia de infracción de contrabando quedaran fuera esas contribuciones diversas a los impuestos, de toda consideración para efectos de la sanción.

Asimismo, es importante mencionar otra diferencia, para lo cual cito las hipótesis correspondientes de ambos ordenamientos jurídicos:

Código Fiscal de la Federación:

"Artículo 102...También comete delito de contrabando quien interne mercancías extranjeras procedentes de las zonas libres al resto del país en cualquiera de los casos anteriores..."

Ley Aduanera:

"Artículo 176...Comete las infracciones relacionadas con la importación o exportación, quien introduzca al país o extraiga de él mercancías, en cualquiera de los siguientes casos:

...V.- Cuando se internen mercancías extranjeras procedentes de la franja o región fronteriza al resto del territorio nacional en cualquiera de los casos anteriores".

Como puede desprenderse de las hipótesis legales, antes citadas en el delito de contrabando se hace referencia a zonas libres, mientras que en la infracción de contrabando, a franja o región fronteriza.

La Ley Aduanera se encuentra redactada en forma correcta, toda vez que en sus preceptos hace referencia y define qué se debe entender por región fronteriza, concepto que ya fue vertido en el capítulo II del presente trabajo.

Por lo que hace al Código Fiscal de la Federación, éste no ha sido actualizado conforme a la materia aduanera, ya que sigue hablando de zona libre, situación que resulta de gran trascendencia.

En efecto, aún y cuando la región fronteriza se puede considerar como sinónimo de zona libre, como es sabido en materia penal no cabe la posibilidad de aplicar la analogía, por lo cual en cumplimiento del principio de exacta aplicación de la ley, consagrado en el tercer párrafo del artículo 14 constitucional, la conducta que encuadre en la hipótesis comentada no podrá constituir delito de contrabando.

La antijuricidad, en ambos ilícitos consiste en un ataque al Estado en lo que se llama Fisco, y a la economía nacional; se pone en riesgo la salud, la seguridad entre otros bienes protegidos por la norma penal y administrativa.

Respecto al sujeto pasivo, en este caso también es el mismo, siendo el titular del bien o interés jurídicamente protegido, es decir, el Estado, y la sociedad en general.

En cuanto al elemento culpabilidad en el delito de contrabando a pesar de que la ley

prevé la posibilidad de que se pueda cometer a título de culpa dicho ilícito, como ya lo señalé, se comete a título de dolo.

Por lo que hace a la infracción de contrabando, si bien es cierto no importa si se cometió a título de dolo o culpa, sí está presente el factor culpabilidad, como se desprende de las presunciones señaladas para la infracción de contrabando en el artículo 177 de la Ley Aduanera; algunas de las cuales son las siguiente:

Cuando se descarguen subrepticamente mercancías extranjeras de los medios de transporte; una aeronave con mercancías extranjeras aterrice en lugar no autorizado para el tráfico internacional, salvo caso de fuerza mayor; así como cuando se efectúe transbordo entre mercancías extranjeras, sin haber cumplido con los requisitos fijados para dicha hipótesis.

Otras presunciones de la comisión de la infracción de contrabando consisten en introducir o extraer del país mercancías ocultas o con artificio tal que su naturaleza pueda pasar inadvertida, si su importación o exportación está prohibida o restringida o por la misma se deban pagarlos impuestos al comercio exterior; se introduzcan al país mercancías o las extraigan del mismo por lugar no autorizado.

Asimismo, la Ley Aduanera en su artículo 144 de establece que el Estado por conducto de su Secretario de Hacienda y Crédito Público, tendrá facultad para dictar en caso fortuito o fuerza mayor naufragio o cualquiera otra causa

que impida el cumplimiento de algunas de las previsiones de la Ley Aduanera, las medidas que se requieran para subsanar la situación.

De todo que apunto anteriormente, concluyo que es incuestionable que la infracción de contrabando contiene el factor subjetivo, es decir, la culpabilidad, sin el cual no se constituye la infracción de contrabando.

En la infracción administrativa de contrabando, resulta irrelevante que la conducta se desenvuelva a título de dolo o culpa, pues únicamente importa el resultado; en tanto que en el delito de contrabando, a pesar de que la ley abre la posibilidad de que se cometa en forma culposa, se requiere el elemento culpabilidad en su manifestación de dolo.

La autoridad competente para aplicar la sanción en el delito, lo es la autoridad judicial, en el presente caso los jueces de distrito.

Mientras que, como deje señalado, en materia de infracción de contrabando la autoridad competente para imponer, en su caso, la sanción correspondiente lo es el titular del Ejecutivo Federal, a través del Secretario de Hacienda y Crédito Público.

Respecto a la sanción, la infracción de contrabando⁽¹⁷⁰⁾ se sanciona con multas que pueden fluctuar entre 70% y 150% de los

⁽¹⁷⁰⁾ Como ya se expresó por infracción de contrabando, se entiende únicamente las hipótesis que tienen correspondencia con las del delito de contrabando.

impuestos y contribuciones omitidos, asimismo, en algunas hipótesis del 70% al 120% del valor comercial de la mercancía, y tratándose de vehículos de \$2,000.00 a \$5,000.00, cuando no se haya obtenido el permiso de autoridad competente.

Además de lo anterior, en algunos casos se aplicara la sanción consistente en el decomiso de mercancías pasando a ser propiedad del Estado por conducto de lo que llaman Fisco Federal.

Por su parte, como ya señalé en el capítulo anterior, el delito de contrabando se sanciona con pena de prisión, la cual puede ir desde tres meses a nueve años.

Respecto de la tentativa, se puede decir que la misma es dable y por lo tanto sancionable, tanto en la infracción de contrabando, como en el delito de contrabando, con la salvedad de que la "tentativa" en la infracción de contrabando, se considera como infracción consumada.

En efecto, el artículo 176 de la Ley Aduanera, en su fracción IV establece que:

"Comete las infracciones relacionadas con la importación o exportación, quien introduzca del país o extraiga de él mercancías, en cualquiera de los siguientes casos:

...IV Cuando se ejecuten actos idóneos inequívocamente dirigidos a realizar las operaciones a que se refieren las

fracciones anteriores si éstos no se consuman por causas ajenas a la voluntad del agente".

Por su parte, como ya señale en el capítulo anterior, el Código Fiscal de la Federación respecto de la tentativa, aplicable al delito de contrabando, en su artículo 98 dispone que:

"La tentativa prevista de este Código es 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 a la voluntad del agente."

Tratándose de la tentativa en el delito de contrabando, la misma se sanciona con prisión de hasta dos terceras partes de la que corresponda por el delito de contrabando consumado.

Mientras que la "tentativa" en la infracción de contrabando, se sancionará con las mismas penas que correspondan a las diversas hipótesis que integran la infracción.

III.- PROPUESTA PERSONAL SOBRE LA DEBIDA REGULACIÓN DEL ILÍCITO DE CONTRABANDO.

Ahora bien, una vez que se hice el estudio de los diversos procedimientos que se llevan a cabo tratándose del ilícito de contrabando, así como el análisis de la naturaleza de la

infracción y del delito, estoy en posibilidad de hacer mi propuesta, para lo cual me fundo en los siguientes razonamientos:

El primer punto a considerar, es que la naturaleza del delito y de la infracción en esencia es la misma, es decir, los elementos que integran a ambos ilícitos en esencia son los mismos, aunque como se puede observar existen diferencias y muchas, pero éstas son accidentales, las cuales se dan principalmente en base a la gravedad de la ilicitud, por lo que dichas diferencias son de grado.

El segundo punto a considerar, consiste en que diversas hipótesis que regula el Código Fiscal de la Federación, como constitutivas del delito de contrabando, son las mismas que regula la Ley Aduanera, como infracción de contrabando, situación que no puede ser aceptable al menos desde un aspecto lógico de lo que debe ser.

Por otra parte, puede haber una contradicción real en las resoluciones dictadas por las diversas autoridades, como sería el caso de que se declare a una persona responsable del delito de contrabando y se le absuelva de responsabilidad en materia administrativa.

En efecto, no obstante que jurídicamente se ha dicho que lo resuelto en el procedimiento penal no influye en el administrativo, y viceversa; en realidad no es así, al menos en el supuesto planteado, ya que la infracción de contrabando queda totalmente inmersa en el delito de contrabando; por lo tanto si hubo

delito de contrabando, ineludiblemente se habrá cometido infracción de contrabando.

Por lo anterior propongo que el ilícito de contrabando se regula por una sola vía, ya sea la penal o la administrativa, pero no ambas.

En base a lo anterior surge la interrogante: Por cuál vía se debe regular el ilícito de contrabando, ¿por la penal o por la administrativa?.

Para dar respuesta a esta interrogante debo tener en consideración ciertos aspectos que resultan relevantes.

En primer lugar, es importante mencionar que considero que el hecho de que para el ilícito de contrabando, el sujeto activo del delito pueda sufrir diversas sanciones tanto administrativas como penales, es con la única finalidad de fortalecer y facilitar el ejercicio de las facultades recaudatorias, sin interesarles los fines que se persiguen con las penas (sanciones).

No es conveniente dejarla sólo como infracción aduanera ya que el orden público económico, así como la percepción de impuestos es un valor capital para la mayoría de los países, en donde se encuentra el nuestro, toda vez que de su preservación depende el mantenimiento institucional, el bienestar colectivo, la paz, etc.

Así mismo, con determinadas mercancías no sería suficiente una sanción administrativa, sino que es necesario su represión penal, como

son armas, objetos de interés histórico, cultural, arqueológico, científico, etc.

Siendo el contrabando una modalidad tan dañina para el orden económico social, así como para el Estado en su parte llamada Fisco Federal y por lo tanto para la sociedad en general, su conocimiento no se puede entregar totalmente a autoridades que de entrada carecerían de los eficaces instrumentos de que dispone el funcionario jurisdiccional, como las órdenes de allanamiento, orden de aprehensión, etc.

De regularse como una mera infracción, se debilitaría aún más la valoración que el ciudadano realiza de que las agresiones contra bienes de contenido comunitario son graves, y las considerará como verdaderas pequeñeces.

Por otra parte es de tomarse en cuenta que normalmente los procedimientos administrativos son más rápidos que los penales, y de esta forma por la vía administrativa sería más rápido recuperar los impuestos omitidos, toda vez que el Estado es un acreedor que no puede esperar por sus múltiples funciones que tiene que realizar.

Aunque, al instaurar el procedimiento administrativo, como sería el procedimiento administrativo en materia aduanera, no sólo se persigue que se paguen los impuestos omitidos, sino imponerle una sanción de carácter punitivo, persiguiendo finalidades de carácter preventivo e intimidatorio.

Asimismo, debe considerarse el principio del bien jurídico, el cual preconiza que el

Derecho Penal, como medio político criminal, sólo debe utilizarse para la protección de los bienes jurídicos individuales o colectivos más importantes o esenciales para la vida ordenada en comunidad. Para los demás bienes están las otras sanciones jurídicas.

Por lo tanto la pena supone la última *ratio legis* y no se debe recurrir a ella sino cuando sea evidente que no son eficaces otras medidas de protección de los bienes jurídicos relativos.

Tomando en cuenta lo que antes expongo, al respecto considero conveniente que se adopte en primer lugar, un criterio cuantitativo, para diferenciar a la infracción de contrabando, con el delito de contrabando, para lo cual propongo que a partir de determinada cantidad se considere delito, para evitar que la misma conducta sea reprimida por dos ordenamientos diferentes, con sus consecuentes inconvenientes.

Asimismo, debe tenerse en cuenta un criterio cualitativo, es decir, dependiendo de la clase de mercancía, independientemente de su valor; si es mercancía restringida o prohibida, será considerada dicha conducta como delictuosa.

Esta distinción trae aparejada importantes repercusiones prácticas, en cuanto a las autoridades a que se atribuye la competencia de tales ilícitos, y su consecuente sanción, como en lo que se refiere al aspecto procedimental.

En efecto, conforme a lo que afirmo determinadas conductas tendrán que ser juzgadas

por los jueces de distrito en materia penal, en tanto que otras tendrán que ser resueltas por las autoridades aduaneras, según se aprecie, por su valor o la naturaleza de la mercancía, que pueda tratarse de un delito o de una infracción.

Por último, considero que se deben adoptar además de las medidas represivas, otro tipo de acciones para erradicarlo, las cuales deben ser de naturaleza preventiva, de concientización, para llevar a los gobernados al convencimiento de que cometer el ilícito de contrabando se atenta contra la economía individual, contra la industria y el comercio establecidos, y en última instancia, afecta al Estado en su patrimonio, su economía y el desarrollo de la misma.

Pero además este tipo de medidas de concientización se deben aplicar con mayor vigor a los servidores públicos, adscritos a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que se encargan de revisar a quines ingresan y salen del país.

Por lo que el sistema para combatir el ilícito de contrabando en Estados Unidos Mexicanos, debe modificarse, y el legislador debe enfocar los cambios a la ley con mayor rigor e interés a medidas preventivas, y reprimir al sujeto activo del ilícito a través de un solo procedimiento.

CONCLUSIONES

PRIMERA.-Existen innumerables definiciones de contrabando, dependiendo del lugar, tiempo y política aduanera.

En forma general, el ilícito de contrabando se puede concebir como la introducción o extracción de mercancías en forma ilegal al o del territorio nacional.

En el caso de la legislación mexicana, también existe el contrabando, en el supuesto de que las mercancías se extraigan de los recintos fiscales y fiscalizados sin que hayan sido entregadas legalmente por las autoridades o por las personas autorizadas para ello.

SEGUNDA.- El contrabando es un delito especial, fiscal desde el punto de vista formal; mientras que en un sentido material sólo algunas de sus hipótesis revisten tal carácter.

TERCERA.- Respecto de las normas generales del derecho penal que se encuentran repetidas en el Código Fiscal de la Federación, debe hacerse las reformas pertinentes, a efecto de que sean eliminadas por ser innecesarias.

Asimismo, considero pertinente, que deben regularse los delitos fiscales en el Código Penal Federal, en un título denominado "*delitos contra el Fisco*".

CUARTA.- El delito de contrabando en orden a la conducta, puede ser un delito de acción o mixto (acción y omisión) y unisubsistente o plurisubsistente.

Mientras que en orden al resultado puede clasificarse como: Instantáneo, continuado, formal, y de daño.

QUINTA.- El delito de contrabando por su naturaleza, requiere para su realización una determinada preparación, que por lo mismo ha de ser voluntaria por lo que es difícil que se den las hipótesis de ausencia de conducta y únicamente se puede anular la conducta, mediante la *vis maior*, siendo posible su aparición y en consecuencia la imposibilidad del surgimiento del delito de contrabando.

SEXTA.- Como elementos que integran el tipo que describe el contrabando se tiene:

El sujeto activo puede ser cualquier persona, ya que el tipo no requiere de ninguna calidad especial; mientras que el sujeto pasivo, que es el titular del derecho lesionado o puesto en peligro por el delito, en el caso a estudio únicamente lo es el Estado, a través de la hacienda pública, es decir, lo que se ha dado en llamar el Fisco Federal, y genéricamente la economía nacional.

El objeto material en el delito de contrabando, lo es el Estado en su hacienda pública, y por lo tanto, la colectividad.

No se hace alusión a medio específico de comisión, tampoco a referencia temporal, ya que

el delito de contrabando puede realizarse en cualquier tiempo.

Hay referencia espacial, en tanto que se habla de territorio nacional, recinto fiscal o fiscalizado; en estos términos si pretendo extraer del país mercancía extranjera sin pagar impuestos o de tránsito restringido sin permiso, o mercancía prohibida habrá quizá tentativa pero no delito consumado debido a la referencia espacial; en este caso el país.

No se hace alusión a elementos subjetivos del injusto.

SÉPTIMA.- En cuanto a la clasificación de los tipos, el que consagra el delito de contrabando es un tipo anormal, fundamental, complementado calificado, autónomo, de formulación casuística alternativamente formado.

OCTAVA.- El bien jurídico tutelado, o sea, el valor que se trata de proteger con la norma penal en el delito de contrabando, esta constituido por el patrimonio del Estado y en su caso el interés de la colectividad; así como la economía nacional, la seguridad, la ecología, la salud, asegurar la existencia de determinados bienes indispensables para el consumo interno; entre otros bienes jurídicos protegidos.

NOVENA.- En el delito de contrabando, puede darse el estado de necesidad como causa de justificación.

DECIMA.- En el contrabando, puede darse el caso de exclusión del delito por inimputabilidad.

DECIMA PRIMERA.- En cuanto al aspecto interno del delito o sea la culpabilidad, el delito de contrabando es un delito eminentemente doloso, presentándose generalmente, el dolo directo, sin embargo, también puede darse el dolo indirecto, incluso el eventual.

DECIMA SEGUNDA.- En el contrabando, por lo que hace a las causas de inculpabilidad, se puede presentar el error de hecho esencial e imperceptible o como se dice invencible, la obediencia jerárquica; así como la no exigibilidad de otra conducta.

DECIMA TERCERA.- En la comisión del delito de contrabando, puede operar una excusa absolutoria, y por lo tanto a pesar de que exista delito no se imponga la pena.

DECIMA CUARTA.- El delito de contrabando, por ser su comisión de carácter doloso, evidentemente recorre las dos fases del *itiner criminis*.

En efecto, en el agente nace la idea criminosa de realizar el contrabando, delibera sobre su realización y decide llevarlo a cabo para posteriormente manifestar su idea realizando los actos preparatorios que considere necesarios y así ejecutar los actos tendientes para la realización del mismo, pudiéndose consumir éste o no.

DECIMA QUINTA.- En la forma en que está redactado el Código Fiscal de la Federación, en su artículo 92, parece que la declaratoria de perjuicio tiene la naturaleza de un requisito de procedibilidad, pero dado el espíritu del legislador que se plasmó en la exposición de motivos, a la jurisprudencia y a la necesidad que se da en la práctica, se debe considerar un requisito prejudicial y en su caso un obstáculo procesal.

Considero conveniente redactar de mejor modo dicho precepto, cambiando la frase "*para proceder penalmente se requiere*" por la siguiente: "*para ejercitar acción penal se requiere*" o "*para consignar los hechos al Ministerio Público se requiere*".

En efecto, la declaratoria de perjuicio al igual que la simple declaratoria, la considero como un requisito prejudicial el cual no impide que el Ministerio Público inicie su averiguación, con todas sus facultades, pudiendo detener a las personas con mercancías extranjeras sin la documentación que acrediten su legal estancia.

Lo único que impide la falta de las referidas declaratorias es que se consignen los hechos al juez correspondiente, es decir que se ejercite acción penal, y en caso de que éstos hayan sido consignados, el juez de la causa deberá suspender el proceso hasta que cuente con la referida declaratoria.

La declaratoria de perjuicio o simple declaratoria junto con las demás pruebas aportadas por la autoridad hacendaria,

constituye aproximadamente el 90% para tener por acreditado el delito de contrabando.

DECIMA SEXTA.- Se debe suprimir la facultad discrecional del Estado a través del Secretario de Hacienda y Crédito Público, para solicitar el sobreseimiento de la causa penal, respecto al delito de contrabando.

Para evitar la posibilidad de vulnerar el principio de igualdad ante la ley, que es uno de los postulados ideológicos fundamentales consagrados de la Constitución y que constituye una característica esencial del estado de derecho.

Además porque el delito de contrabando, se persigue de oficio, bastando la simple denuncia para que el Agente del Ministerio Público se avoque a la investigación del mismo, debido a la trascendencia del interés jurídico tutelado, no debería existir la posibilidad de solicitar el sobreseimiento, contrario a lo que prevé el artículo 92 del Código Fiscal de la Federación el cual regula dicha posibilidad.

DÉCIMA SÉPTIMA.- No existen diferencias esenciales entre la infracción y el delito, pues ambas conductas contrarias a derecho, están constituidas en esencia por los mismos elementos, con algunas diferencias como son la competencia, los procedimientos y las diversas sanciones; las cuales son producto básicamente de la gravedad del ilícito, lo que corrobora que entre infracción y delito existe únicamente diferencia de grado.

DÉCIMA OCTAVA.- La doble regulación del ilícito de contrabando, tanto en el Código Fiscal de la Federación, en su aspecto delictual, como en la Ley Aduanera, en su aspecto de infracción, no viola el principio *non bis in idem*, consagrado en la Constitución Política de Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 23.

DÉCIMA NOVENA.- Es posible hablar de la concurrencia de un ilícito administrativo y un ilícito penal, derivados de una misma conducta humana, por lo cual será posible la imposición de sanciones administrativas y penales; en virtud de lo cual serán distintos los procedimientos las competencias y las sanciones aplicables.

Pero puede acontecer que el hecho que se castiga como delito sea el mismo que el previsto como infracción administrativa. En estos supuestos se está ante un concurso de leyes que deberá resolver, qué ley se aplica.

VIGÉSIMA.- El ilícito de contrabando debe ser sancionado por una sola vía, ya sea la penal o la administrativa, pero no ambas.

Para determinar porque vía se debe sancionar, considero que se puede adoptar en primer lugar un criterio cuantitativo, para diferenciar cuándo se trata de infracción y cuándo de delito de contrabando, por lo cual propongo que a partir de determinada cantidad de omisión de créditos fiscales, se considere delito, evitando que los mismos hechos sean reprimidos por dos ordenamientos diferentes con sus respectivas consecuencias.

También se debe tener en cuenta un criterio cualitativo es decir, dependiendo de la clase de mercancías, independientemente de su valor, por lo que si se trata de mercancía restringida o prohibida debe considerarse como delito.

VIGÉSIMA PRIMERA.- Paralelamente a las sanciones que se impongan a quienes cometen el ilícito de contrabando, y a efecto de reducir el mismo, se debe tomar otro tipo de acciones, las cuales deben ser de naturaleza psicológica de concientización, que lleven principalmente a la prevención del ilícito. Convencer a los gobernados de que el ilícito de contrabando, provoca graves perjuicios en diversos aspectos que influyen de manera directa en la sociedad.

Esas medidas de concientización, deben aplicarse con mayor vigor a los servidores públicos adscritos a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que se encargan de revisar a las personas que introducen o extraen mercancías del país.

Las medidas proteccionistas adoptadas para proteger la economía del país, muchas veces hacen surgir el ilícito de contrabando, favoreciendo a los referidos empleados hacendarios, quienes en ocasiones anteponen sus intereses personales, a los intereses de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta Romero Miguel y López Betancourt Eduardo.- *Delitos Especiales*.- Cuarta Edición.- Editorial Porrúa,- México, 1998.

Aftalión, Enrique R.- *Derecho Penal Administrativo*. Con colaboraciones de Laureano Landaburu, Julio Cueto Rúa y Carlos Jáuregui.- Ediciones Arayú.- Buenos Aires, 1955.

Arrijoja Vizcaino Adolfo.- *Derecho Fiscal*.- Décima Tercera Edición.- Editorial Themis.- México, 1998.

Basaldua, Xavier Ricardo.- *Introducción al Derecho Aduanero, Concepto y Contenido*.- Editorial Abeledo- Perrot.- Buenos Aires. 1998

- *Derecho Aduanero Parte General, Sujetos*.- Editorial Abeledo- Perrot.- Buenos Aires. 1992

Beccaria Cesare.- *De Los Delitos y De Las Penas*.- Segunda Reimpresión.- Editorial Aguilar S.A.- España, 1976.

Burgoa Orihuela, Ignacio.- *Las Garantías Individuales*. Editorial Porrúa, México, 1996.

Carranca y Trujillo, Raúl.- *Derecho Penal Mexicano*.- Editorial Porrúa.- México, 1980.

Carvajal Contreras, Máximo. *Derecho Aduanero*.- Séptima Edición.- Editorial Porrúa.- México, 1998.

Castellanos Tena, Fernando.- *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*.- Trigésima Cuarta Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1994.

Cerisola Benvenuto, Alejandro.- *El Contrabando*. Estudio Jurídico Sustancial, Tesis Profesional 1974.

Colín Sánchez, Guillermo.- *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*.- Décima Tercera Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1992.

Cortina Velarde, Francisco José.- *Ley Aduanera. Análisis y Comentarios*.- Primera Edición.- Editorial Themis S. A. de C.V., 1998.

Corzo Ramón.- *Los Fenicios, Señores del Mar*.- Editorial Madrid: Grupo 16, 1988.

Cuello Calón, Eugenio.- *Derecho Penal I*. Octava edición. Barcelona 1947.

De La Garza, Sergio Francisco.- *Derecho Financiero Mexicano*.- Décima Octava Edición.- Editorial Porrúa.- México, 1999.

De Medina y Ormaechea, Antonio A.- *Código Penal Mexicano*. Sus motivos, concordancias y leyes complementarias. Tomo II Imprenta del Gobierno en Palacio. México 1880.

Dromi José Roberto.- *Instituciones de Derecho Administrativo*.- Segunda Reimpresión.- Editorial Astrea.- Buenos Aires, 1983.

España Krauss, Emilio.- *El impacto del contrabando en nuestra economía; como*

cuantificarlo y como combatirlo técnicamente.- México, 1970. Apuntes.

Flores Zavala, Ernesto.- *Elementos de Finanzas Públicas*.- Editorial Porrúa.- México, 1998.

Franco y Guzmán, Ricardo.- *Delito e Injusto. Formación del Concepto de Antijuridicidad*.- México, 1950.

Gabino Fraga. *Derecho Administrativo*.- Trigésima Cuarta Edición.- Editorial Porrúa, S. A. -México, 1996.

García Domínguez, Miguel Angel.- *Derecho Fiscal Penal. Las Infracciones y Las Multas Fiscales*.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1994.

García Domínguez, Miguel Angel.- *Los Delitos Especiales Federales*.- Segunda Reimpresión, Editorial Trillas.- México, 1991.

Gómez Eusebio.- *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*.- Compañía Argentina de Editores.- Buenos Aires, 1939.

González Grajera, F. Javier.- *Procedimiento de Gestión Aduanera*.- Editorial Escuela de la Hacienda Pública.- Madrid, 1988.

González Salas Campos, Raúl.- *Los Delitos Fiscales*.- Primera Edición.- Editores, S. A.- México, 1995.

Guerra Aguilera, José Carlos.- *Manual de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia*,

en Materia de Narcotráfico, Fármaco Dependencia y Contrabando.- Primera Edición.- Editor Orlando Cárdenas, impresora continental.- México, 1989.

Guerrero Lara, Ezequiel y otros.- La Interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Materia de Impuestos 1917- 1985.

Gutiérrez y González Ernesto.- Derecho de las Obligaciones. Décima Segunda edición tercera reimpresión. Editorial Porrúa, S.A. México 1999.

Hernández Pliego.- Programa de Derecho Procesal Penal.- Editorial Porrúa, S.A. .- México, 1996.

Maier, Julio.- Delitos No Convencionales.- Editorial Edigraf. S.A.- 1994.

Jiménez de Asúa, Luis.- La Ley y el Delito.- Segunda Edición.- Editorial Hermes.- México, 1954.

- Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Buenos Aires. Segunda edición 1958.

Kelsen Hans.- Teoría General del Derecho y del Estado. trad. De García Maynez, UNAM, Textos Universitarios.- Tercera Edición.- México, 1969.

Lomelí Cerezo, Margarita.- Derecho Fiscal Represivo.- Editorial Porrúa.- México, 1997.

Macario Schettino.- *El TLC, Tratado de Libre Comercio. Qué es y Cómo nos afecta.-* Grupo Editorial Iberoamérica, S.A.- México, 1994.

Margáin Manautou, Emilio.- *Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano.-* Décima Primera Edición.- Editorial Porrúa S.A.- México, 1993.

Montoro Puerto, Miguel.- *La Infracción Administrativa. Características, Manifestaciones, y Sanciones.-* Ediciones NAUTA.- Barcelona España, 1965.

Mora, José María Luis. *México y sus revoluciones.* Tomo I Editorial Porrúa, S.A. México.

Osorio y Nieto, César Augusto.- *Los Delitos Federales.-* Segunda Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México 1995.

Pallares, Jacinto.- *Derecho Mercantil Mexicano.-* Primera Edición.- Reimpresión.- Editorial Faximular.- Publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.- México, 1987.

Pavón Vasconcelos, Francisco.- *Manual de Derecho Penal.-* Décima Tercera Edición.- Editorial Porrúa.- México, 1997.

Polo Bernal, Efraín.- *Tratado Sobre Derecho Aduanero.-* Fondo Editorial Confederación Patronal de la República Mexicana.- México, 1978.

Porte Petit Candaudap, Celestino.-
Apuntamientos de la Parte General de Derecho
Penal.- Décima Edición.- Editorial Porrúa,
S.A.- México, 1985.

Reyes Altamirano, Rigoberto.- Preguntas y
Respuestas. Jurisprudencia. Diccionario Básico,
Manual Aduanero.- Segunda Edición.- Editorial
Pac, S. A. de C. V.- Octubre 1995.

Reyes Tayabas, Jorge.- Cuadernos INACIPE,
Ensayos Jurídicos,- Primera Edición.- México,
1988.

Rivera Silva, Manuel.- El Procedimiento
Penal.- Vigésima Quinta Edición.- Editorial
Porrúa.- México, 1998.

- Los Delitos Fiscales Comentados.
Editorial Botas.- México, 1949.

Roldan, José Manuel, y otros.- Historia de
Roma. Tomo II.- Editorial Cátedra, S.A.-
España, 1989.

Sabatino Moscati.- Cartagineses.-
Editorial Madrid: Encuentro, 1983.

Servando, J. Garza.- Las Garantías
Constitucionales en el Derecho Tributario
Mexicano.- Editorial Cultura, T.G. S.A.-
México, 1949.

Silveyra, Felix Jorge.- Contrabando y
Encubrimiento de Contrabando.- Editorial
Abeledo- Perrot.- Buenos Aires, 1968.

Toutain J. -*La Economía Antigua*. Traducción al español por el Lic. José López Pérez.- Primera Edición, en español.- Editorial Hispano América.- México, 1959.

Urbina Nandayapa Arturo.- *Los Delitos Fiscales en México*. Constante de cinco tomos, consultándose los siguientes: Tomo I Aspectos constitucionales y generales de los delitos fiscales en México, Tomo II, Delitos fiscales en el Derecho Positivo Mexicano, Tomo III, Proceso Penal Tributario.- Primera Edición.- Editorial Sistemas de Información Contable y Administrativa Computarizados, S.A. de C. V.- México, 1997.

Vázquez Arminio, Fernando.- *Derecho Mercantil, Fundamentos e Historia*.- Primera Edición.- Editorial Porrúa.- México, 1977.

Villegas Basavilbaso.- *Derecho Administrativo*. Tomo I, Editorial Tipografía.- Argentina TEA, Buenos Aires, 1949.

Zamora Pierce, Jesús.- *Garantías y Proceso Penal*.- Quinta Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1991.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Fiscal de la Federación.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Ley Aduanera.

Ley de Comercio Exterior.

Colección de Leyes, decretos y órdenes, expedidos por el congreso Nacional y por el Supremo Gobierno, en el año de 1850 y del año de 1851, primera parte del Semanario Judicial; México, 1851.

Reglamento Interior de La Secretaria de Hacienda y Crédito Público.

Reglamento Interior del Sistema de Administración Tributaria.

Manual de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en materia de narcotráfico, farmacodependencia y

contrabando. Compiladas por el Licenciado José Carlos Guerra Aguilera. Editor Orlando Cárdenas, Impresora Continental. Irapuato Guanajuato, México 1989.

HEMEROGRAFÍA

Ferro Torres, Guillermo.- Razones por las cuales debe mantenerse el contrabando como delito, *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas Edición Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Volumen XIII, Número 44- Mayo/Agosto/1991.*

Fernández Doblado, Luis.- *Revista Dinámica del Derecho Mexicano, volumen II. Aspectos Jurídicos del Problema de Contrabando.- Procuraduría General de La República.- Primera Edición.- México, 1974.*

Garrido, Luis.- *Criminalia, año XXV, número 6, Los Delitos Fiscales.- Edición Botas.- Enero, México, 1959.*

Gimbernat Ordeig, Enrique.- Artículo *El Sistema del DERECHO PENAL EN LA ACTUALIDAD, (SEPARATA DEL Anuario de ciencia jurídica, de España 1-1971-2) .*

Martínez Vera, Rogelio.- *Revista de La Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Año VI, Núm. 25 Agosto/Octubre/ 1985. Delito de Contrabando.- Editorial Chimal de Toluca. 1985.*

Palacios, J. Ramón.- *Revista Jurídica Veracruzana, Tomo XIII, julio y agosto de 1962, número 4, Jalapa Veracruz.- Editorial Xalapeña, S.A. J. 1962.*

Pavón Vasconcelos, Francisco.- *Criminalia*, Algunas cuestiones entorno a los llamados delitos fiscales. Año XXII.- No. 12. Diciembre.- México, 1956.

Silva Meza, Juan.- *Revista Cardinal*, época II, abril-mayo 1982, año IV, número 29, La Mentalidad Fiscal y las Sanciones por incumplimiento de los deberes tributarios.

Urzúa Macias Efraín.- *El derecho penal administrativo*. Revista *Criminalia*. Año XVII, número 1 enero 1951 México D.F.

El Contrabando y el Comercio Exterior en La Nueva España.- Publicaciones del Banco Nacional de Comercio Exterior, S.A. México, 1967.

Manual para la tramitación del procedimiento administrativo en materia aduanera. Secretaria de Hacienda y Crédito Público. Sistema de administración tributaria. 1996.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IV.-
Editorial Argentina, 1984.

Caballenas, Guillermo.- *Diccionario
Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo II.-
Vigésima Primera Edición.- Editorial Heliasta
S.R.L.- 1989.

Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, C
- CH, Tomo VII P- Reo.- Editorial Porrúa,
S.A.- México, 1999.

*Diccionario de la Lengua Española; Real
Academia Española*. Vigésimo primera edición.
Editorial Espasa -Calpe, S.A. España 1992.