



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

“CONTROL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

RICARDO TORRES VARGAS

ASESOR:

MINISTRO. JUAN N. SILVA MEZA



MEXICO, D. F.

2010



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/ SP/72/05/2010
ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno **RICARDO TORRES VARGAS**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **MINISTRO JUAN SILVA MEZA** la tesis profesional titulada "**CONTROL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL.**" que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor en su calidad de asesor el **MINISTRO JUAN N. SILVA MEZA**, informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional .

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis, "**CONTROL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL.**" puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a el alumno **RICARDO TORRES VARGAS.**

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

Agradeciéndole la atención al presente, le reitero como siempre las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, D. F., a 6 de mayo de 2010

LIC. JOSÉ PABLO PATIÑO Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL

JPPYS/cch

100 UNAM
UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE MEXICO
1910 - 2010

Para mis padres,

Mario Alberto Torres López y Teresita Vargas Isla,

y para mi hermano

Antonio.

Agradezco profunda y sinceramente al *Ministro Juan N. Silva Meza:*

La enorme oportunidad que me brindó para trabajar en su Ponencia en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, trabajo que constituye un inicio inmejorable en la carrera profesional de un jurista y que incluso me ha permitido desarrollar proyectos que ninguna relación tienen con el ámbito laboral y profesional...

...el depositar su confianza en mí dado que, al igual que todas las personas que laboran en la Ponencia, somos reflejo dentro y fuera de la Corte de la clase de persona que es Usted y por eso elige que trabajemos a su lado...

...el haber aceptado la dirección y supervisión de este proyecto, que a pesar de las largas horas de trabajo que implica su puesto durante la semana, e incluso fines de semana, encontró voluntad y tiempo para dirigirlo y que comparado con los grandes problemas nacionales que tiene que atender resulta verdaderamente insignificante...

...y, más que nada, por las preocupaciones y aprecio desinteresados que merezco de su parte, al haber extendido inmerecida y gratuitamente la amistad que tiene con mi padre hacia mí, así como su auténtico interés por mi sentir y mi persona, como lo hace un mentor al conducir a cualquier persona que se cruza con buenas intenciones en su camino.

Por todo esto, así como la importancia que esta oportunidad de trabajo ha traído a otros ámbitos de mi vida, le agradezco y estaré siempre en deuda con Usted.

A mi padre...

...debo agradecerte el incesante y extenuante trabajo que sé has realizado toda tu vida, y por virtud del cual no nos ha faltado nada a mi hermano ni a mí en nuestro crecimiento y desarrollo...

...el salir todas las mañanas antes de que amanezca para poder proveer todo lo necesario para nuestra familia, al costo de no poder volver a casa sino hasta que el sol se ha puesto...

...muy probablemente haber dejado atrás sueños y aspiraciones que tenías y que, como hacen la mayoría de los padres, abandonan por poner delante de ellos a sus hijos.

En pocas palabras, no tengo más que sentimientos de gratitud, respeto y admiración por el gran ejemplo que has sido toda mi vida, y porque no podría encontrar mejor guía y modelo para una persona.

A mi madre...

... debo agradecer el haber convertido tu familia en tu prioridad, y haber hecho a un lado cualquier otro interés ajeno a ello...

...los consejos que en épocas difíciles me han ayudado a encontrar calma y luz en la tempestad...

...por siempre escuchar mis alegrías e inquietudes, haciendo a un lado lo demás para ponerme toda tu atención.

Gracias, por ser el mejor ejemplo de lo que un buen ser humano debe ser en todo momento.

A ambos, gracias por todo, y por la familia que nos han dado a Toño y a mí.

Agradezco a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, cuyos maestros son ejemplo de excelencia y vocación de enseñanza, tales como Rafael Rocher, Carlos Juan Manuel Daza Gómez, Miguel Carbonell, Alfonso Nava Negrete, Arturo Luis Cossío Zazueta, Néstor de Buen Lozano, Juvenal Lobato Díaz, por mencionar sólo algunos, y muy especialmente a aquellos con los que llegué a establecer una amistad, entre ellos a Lorenzo Córdova Vianello, Roberto Terrazas Salgado y Miguel Ángel Vázquez Robles.

Gracias a Claudia Alatorre y Tania Herrera-Moro por permitirme avocarme a mis estudios incluso en horas de trabajo, y por poner la amistad antes que la relación de trabajo.

Asimismo, gracias a Roberto Avila y Jaime Flores, por sus aportaciones e interés constante que mostraron a lo largo del desarrollo de la tesis

A todos Ustedes, que han tenido algo que ver en mi desarrollo profesional,

GRACIAS.

Control Constitucional del Derecho Penal

Capitulado

Capítulo I

Principio de legalidad

1) Estado Constitucional de Derecho.....	1-6
2) Principio de mera legalidad penal	
A) Delito y pena creados por ley.....	6-9
B) Tratados internacionales.....	9-14
C) Retroactividad de la ley y aplicación retroactiva.....	14-18
3) Principio de estricta legalidad penal. Taxatividad en materia penal.....	19-23
A) <i>Lex certa</i> en los tipos penales y lenguaje legal.....	24-25
a) Verificabilidad de las proposiciones legales.....	25-28
b) Términos vagos.....	28-34
c) Términos valorativos.....	34-44
B) Derecho penal de conducta.....	45-47
C) Tipos abiertos (Delitos culposos y delitos de comisión por omisión.....)	47-51
4) Exacta aplicación de la ley penal e imputación objetiva	
A) Interpretación de la ley penal.....	51-61
B) Exacta aplicación de la ley penal.....	61-65
C) Interpretación penal e imputación objetiva.....	65-73
5) Analogía	
A) Interpretación analógica.....	73-78
B) Analogía legal.....	78-83
6) Mayoría de razón.....	84-86

Capítulo II

Exigencias constitucionales de las leyes penales

1) Sistemas constitucionales de permisión penal.....	87-90
A) Obligación de criminalizar conductas.....	90-96
B) Descriminalización de conductas	97-101
2) Bien jurídico tutelado.....	101-107
3) Distribución de competencias penales (Competencia federal y competencia local).....	107-125

Capítulo III

Penas

1) Las penas prohibidas de acuerdo a la Constitución.....	126-128
A) Mutilación, marca, azotes, palos, el tormento la infamia y otras penas inusitadas.....	128-134
B) La pena de muerte.....	134-135
C) La multa excesiva.....	135-144
D) Confiscación de bienes.....	144-146
a) Pago de multas.....	146-150
b) Pago de impuestos.....	150-154
c) Pago de responsabilidad civil derivada de un delito.....	154-155
d) Decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109.....	155-166
e) Aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono.....	167-170
f) Bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia.....	170-183
E) Penas trascendentales.....	183-186
2) Imposición de las penas.....	187-192
3) Determinación judicial de la pena.....	193-197
A) Proporcionalidad de las penas.....	197-204

Capítulo IV

Figuras controversiales del Derecho penal

1) Derecho penal del enemigo.....	205-213
2) Reforma constitucional en materia penal (alcances en materia sustantiva).....	213-217
3) Expansión del derecho penal y ultima ratio.....	217-223

Conclusiones.....	224-231
-------------------	---------

Propuesta.....	232-233
----------------	---------

Bibliografía.....	234-236
-------------------	---------

INTRODUCCIÓN

El tema que se trata en este trabajo no pretende ser un estudio minucioso y exhaustivo de cada institución del derecho penal (sustantivo y procesal) que recoge la Constitución en sus artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22 y 23, ya que un trabajo así amerita un estudio mucho más profundo y detallado. Al contrario, este trabajo constituye una revisión crítica de la legislación penal nacional, así como de la interpretación de las leyes penales, y una propuesta de cómo debería ser, en nuestra opinión, atendiendo a principios garantistas. Por lo tanto, el trabajo consistirá en delinear cuestiones básicas o fundamentales de las instituciones fundamentales que reglan el derecho penal, así como mencionar sus aspectos controversiales, y hacer a la luz de ellos un estudio del derecho penal nacional.

Por otra parte, constituye una opinión y crítica de la manera en que se entienden los principios constitucionales-penales, atendiendo a los pronunciamientos de nuestro máximo órgano de justicia la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de los demás Tribunales de la Federación. Es por ello que reiteramos, no es un estudio profundo o histórico de cada institución jurídica mencionada en el capitulo, sino una revisión de la forma en que han sido hasta hoy entendidos en México.

Podría parecer pretencioso el hecho de tratar todos los temas que se expondrán por la complejidad misma que ameritan, sin embargo, creemos que el trabajo no aborda sino lo fundamental de cada institución y una revisión de la legislación e interpretación penal. Además, no es sino rompiendo esquemas de pensamiento que son considerados como “dogmas” que la humanidad ha avanzado, por lo que si nos exigimos y nos forzamos desde un temprano inicio de la carrera profesional a observar y criticar positivamente y con fundamento el estado actual que vivimos, podremos advertir las innumerables arbitrariedades que se cometen día a día y que tenemos que tolerar por no contar con los medios y los argumentos jurídicos para defendernos, haciendo respetar no posiciones

morales o ideológicas, sino nada más ni nada menos que nuestros derechos constitucionales.

CONTROL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL

CAPÍTULO I

Principio de Legalidad

1) Estado Constitucional de Derecho

No es posible entender un hecho presente sin primero hacer referencia a su origen, a su historia. Una mirada retrospectiva de toda situación nos da los elementos necesarios para entender el por qué de todo aquello que pretendemos estudiar. Así, todas las disciplinas sociales encuentran en el estudio histórico su primer y gran fundamento, así como el elemento a partir en su examen y análisis. El Derecho, disciplina social cuyas obras podrían llenar bibliotecas enteras, cuenta con una historia y doctrina que ya desearían otras áreas del conocimiento tener.

Parte fundamental del Derecho son sus instituciones jurídicas, las cuales en su mayoría encuentran su origen en el derecho romano y cuyo método de análisis y estudio debemos a los griegos. Para abordar el tema en este trabajo propuesto, es necesario primero hacer referencia a los orígenes del Estado Constitucional de Derecho y a sus principios, todos ellos desarrollados ampliamente sobre todo en el periodo de la Ilustración, y que fueron respuesta al abuso y arbitrariedad con que actuaba el Estado a falta de límite alguno que restringiera su poder.

Los valores y principios que hoy encontramos constitucionalizados no surgieron espontáneamente, sino que son una reacción y continuidad a lo

acontecido en un pasado en que el Estado lo era todo, y el individuo lo era nada. Por lo que, para entender a plenitud las instituciones que hoy tanto valoramos, es necesario acudir al principio de la cadena de sucesos que finalmente desembocaron en la positivización y constitucionalización de principios jurídicos que hoy consideramos inderogables.

“Todo suceso tiene algún vínculo con otros... Para volverse historia los acontecimientos deben ante todo estar relacionados entre sí, formar una cadena, un continuo flujo. La continuidad, la coherencia es el requisito previo elemental de la historia –y no sólo de la historia sino hasta del más sencillo relato o ‘historia’”.¹

Por lo que antes de comenzar con el estudio de cada institución en particular y su aplicación efectiva a nuestra práctica jurídica es pertinente hacer referencia a la situación en que se encontraba el individuo frente al Estado antes de la inclusión de los principios jurídicos que hoy orientan la creación, interpretación y aplicación de las leyes.

El Estado en su concepción moderna nació en los siglos XV y XVI, a finales de la baja edad media en Europa, y junto con el descubrimiento de América en 1492 y la caída de Constantinopla en 1453, constituye uno de los grandes acontecimientos que marcaron el comienzo de la llamada “Edad moderna”.

El Estado nació bajo la forma de un Estado absoluto, es decir, aquel Estado en donde el soberano, en este caso el Rey, detentaba el poder sin ningún tipo de límite. Un caso emblemático fue el de Inglaterra, que con el gobierno de Enrique VIII alcanzó el poder absoluto durante su monarquía, y cuyos predecesores pretendieron imitar, ocasionando enormes reacciones sociales, entre ellas la Revolución Inglesa y grandes obras doctrinarias que en nuestros días siguen siendo leídas. Al terminar el gobierno de la dinastía de los Tudor, la familia Estuardo asciende al poder con Jacobo I y pretende gobernar de la misma forma despótica en que sus antecesores lo hicieron. Esto no fue bien recibido por el pueblo inglés, más aún cuando sus nuevos gobernantes pertenecían a la casa real

¹ KAHLER, Erich, ¿Qué es la Historia?, trad. Juan Almela, FCE, Breviarios, 9ª reimpr., 2004, p. 15.

de Escocia. Finalmente, el disgusto del pueblo inglés estalló en la conocida Revolución Inglesa, en 1642, con la finalidad de abolir la monarquía absoluta, mas no la monarquía misma, la intención era limitar el poder del monarca, mas no derrocarlo. Como todo movimiento social que tiene por finalidad acotar la esfera de acción estatal, ésta fue respaldada por teóricos o doctrinarios que estaban a favor de la causa y que intelectualmente la justificaban. Esta Revolución fue acompañada, entre otros, por John Locke, quien sostenía una doctrina contractualista del origen de la sociedad y un Estado limitado a la realización de ciertas funciones, constituyéndose así en el padre del liberalismo político (que no económico), y que un siglo más tarde tendría un peso inmenso en el pensamiento político francés y en las instituciones políticas de Estados Unidos de América.

Años después, en Francia, el gobierno despótico de Luis XIV generó enormes reacciones entre los más grandes pensadores de la época, dando lugar a una época llamada Iluminismo o Ilustración. El siglo XVIII francés es conocido como uno de los más fructíferos en el desarrollo del pensamiento humano, y es que el conocimiento científico, filosófico, social, político y jurídico encuentra en este siglo un enorme parte aguas que permite de manera clara marcar un antes y un después. Como consecuencia de esta Ilustración, en que los hombres fueron dotados de la luz de la razón, el pueblo francés vio la realidad de la monarquía absoluta a la que estaban sometidos, cuestionándola e incluso desafiándola mediante el más grande movimiento social que ha tenido lugar a lo largo de la historia de la humanidad, la Revolución Francesa.

En efecto, a diferencia de las 2 Revoluciones Inglesas que tuvieron como fin el derrocamiento del absolutismo, la Revolución francesa tuvo como fin derrocar a la monarquía misma y con ella todos sus excesos. Con éxito logró acabar con la institución monárquica de Francia y marcar una tendencia política hacia la limitación del poder y el respeto de los derechos humanos. Como bien es sabido, el Revolución Francesa cuenta con un documento que es base y origen moderno de las llamadas partes “dogmáticas” de las Constituciones de los países

occidentales, nos referimos a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano contiene derechos referidos a igualdad, libertad, seguridad jurídica y dignidad humana, y buscó ante todo vedar la capacidad del Estado para incidir en estas cuestiones y limitar su actuar a funciones meramente gubernamentales mediante la división de poderes. Este documento, por primera vez en la historia, logró concebir un Estado limitado y acotado mediante los dos instrumentos más efectivos que se conocen hoy en día, estableciendo por un lado derechos fundamentales, y por el otro, separando las funciones del Estado en esferas de poder distintas. Esto quedó reflejado claramente en el artículo 16 de la Declaración, que establece:

“Artículo 16.- Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

Cabe destacar que no fue por una cuestión de representación política que el pueblo francés se alzó en armas, tal como fue la Revolución Inglesa o la guerra de independencia norteamericana, sino que la Revolución francesa se originó por los enormes abusos que traía consigo la monarquía absoluta en la vida, libertad e integridad física de los individuos sujetos a su poder. La laxitud con la que el monarca podía hacerse de las vidas de los plebeyos como forma de sanción por las conductas que él consideraba peligrosas, la privación de la libertad y la aplicación de torturas por la comisión de delitos, los juicios criminales llevados sin defensa adecuada con la obligación de probar la inocencia a cargo del acusado, así como el gran vínculo entre la religión y las leyes y por ende entre pecado y delito, trajo consigo que el pueblo francés se levantara en armas para cambiar esta situación. De hecho, es la arena del derecho penal donde los derechos humanos han encontrado su principal causa y desarrollo teórico, dado que éste ha sido utilizado como un instrumento de represión social que más que buscar sancionar conductas lesivas de bienes jurídicos; ha mostrado ser a lo largo de la

historia el medio preferido del Estado para incidir de manera arbitraria en la vida de los individuos. No es casualidad que exista hoy en día el principio de legalidad penal si atendemos a la causa que le dio origen, viendo cómo en el pasado cualquier conducta podía ser sancionada por capricho del gobernante, que tengamos prohibiciones de aplicar analógicamente penas previstas para otros delitos, hoy en día se erige como máxima penal la exigencia de aplicar la pena únicamente al delito que sea exactamente aplicable a la conducta cometida. No es por capricho que tengamos prohibiciones claras en la Constitución y en tratados internacionales de aplicar penas que atenten contra la integridad física de los individuos. Un aspecto también de enorme trascendencia, es la dura y tajante separación que se predica hoy entre la Iglesia y el Estado, entre el pecado y delito, entre penitencia y pena. Todas estas cuestiones no son casualidades, sino que tienen una explicación causal que nos remonta a siglos de ejercicio de poder absoluto sobre los individuos.

Hay que mencionar la enorme trascendencia que tuvo la Revolución francesa en el mundo tal y como lo conocemos ahora. Podemos decir sin duda alguna que sin este importante acontecimiento el mundo sería otro. Los efectos que tuvo no se circunscribieron a Francia, sino que se dispersaron por todo el continente europeo a grado tal que para principios del siglo XX la única monarquía absoluta viviente era la de Rusia.

La doctrina y postulados franceses vieron en Estados Unidos un campo fértil para la reproducción de sus ideas, y fue el primer país en donde se lograron concretar todos los ideales europeos, como el establecimiento de los derechos fundamentales, la división de poderes, el nacimiento del Estado a través de la soberanía popular, en fin, todos los mitos europeos pudieron hacerse realidad en Estados Unidos de América, y esta experiencia serviría como modelo para el resto de las Naciones occidentales para la conformación y estructuración de los Estados contemporáneos.

Así, una consecuencia fundamental que tuvo la Revolución francesa fue lograr una Carta de derechos fundamentales con pretensiones universales, que se erigiera como fundamento y límite del Estado, Derechos fundamentales que en muchos casos están dirigidos a normar la actividad del derecho penal, en tanto esta rama jurídica puede traer como consecuencia la privación de la libertad personal, derecho por el que se ha peleado por siglos a través de la historia, y que ha logrado por fin encontrar una protección clara en nuestros textos constitucionales.

2) Principio de mera legalidad penal

A) Delito y pena creados por ley

El principio de mera legalidad está formulado en el histórico axioma garantista conocido como *nulla poena et nullum crimen sine lege*. Esto implica que sólo la ley, y la ley entendida como aquella disposición de carácter general y abstracta que emite el Poder Legislativo² puede establecer qué es delito y cómo ha de penarse. Esta condición equivale al conocido *principio de reserva de ley*, esto es, sólo aquellos comportamientos que vienen dotados por ley del calificativo de delito pueden ser presupuesto de pena. Ya Beccaria, en su célebre *Tratado de los Delitos y de las Penas* estableció que “sólo las leyes pueden decretar penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social”.³ Posteriormente, el jurista alemán Feuerbach formuló este principio en latín, el cual llega hasta nuestros días como “Nullum crimen, nulla pena sine previa lege”, y que se encuentra reconocido en nuestra Constitución en el artículo 14, tercer párrafo, que

² En México, por disposición del artículo 50 constitucional, el Poder Legislativo se deposita en un Congreso General, que se divide en dos Cámaras, una de Diputados y otra de Senadores, y ante las cuales puede presentarse cualquier proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, y deberá discutirse sucesivamente en ambas, por mandato del artículo 72 de la Constitución Federal.

³ BECCARIA, Cesare, **Tratado de los delitos y de las penas**, 5ª ed. Facsimilar, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 12.

establece:

“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”.

“La legalidad penal se recibe en el ‘dogma’ nullum crimen, nulla poena sine lege; no hay delito ni pena sin ley que los prevea. Dicho de otra forma: tipicidad en la fijación de la conducta punible, y atribución legal (en calidad y cantidad) por lo que hace a sus consecuencias (pena o medida)”.⁴ Siendo así, todo aquello que se considera delito se encuentra plasmado en el código penal (o en otras disposiciones con carácter de ley formal y material), de ahí que Von Liszt lo haya llamado la “Charta Magna del delincuente”, dado que una persona que pretende realizar una acción dañosa (o de cualquier otro tipo) puede acudir al código penal y advertir si la misma es considerada delito, y si no lo es, no podrá ser juzgado ni sancionado penalmente por la realización de la misma, lo cual implica que los tipos penales se erijan como garantía de libertad para el ciudadano, en tanto describen cuál es la conducta a la que viene asociada una pena, dejando fuera de ello un espacio de libertad vetado de la actuación de los jueces en materia criminal.

Hay que hacer especial énfasis en que ni la Constitución ni los Códigos Penales establecen qué características han de tener las leyes penales. Lo único que sabemos es que aquello a lo que la ley le da el carácter de delito, es delito.

El Artículo 7 del Código Penal Federal establece:

“Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”

Esta definición nos sirve para extraer un primer elemento formal de lo que es un delito, en el sentido de que es aquella conducta que es presupuesto necesario de una pena. Sin embargo, no nos dice nada en cuanto al contenido que ha de tener el tipo penal, no sabemos qué clase de situaciones se pueden

⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, **Derecho Penal**, 3ª edición, Editorial Porrúa, 2007, p. 34.

incriminar, si puede existir un delito sin la existencia de dolo o culpa, si las situaciones que se tipifican pueden pertenecer a la subjetividad o a las características personales del individuo, si se requiere un daño a un bien jurídico, etc. Estas cuestiones constituyen un estudio de segundo orden de la ley penal, y se encuentran en un segundo plano respecto de este primer aspecto, que constituye una exigencia que desde la Ilustración se hace a los jueces para que impongan penas, únicamente cuando éstas estén establecidas por el legislador, como consecuencia de un delito.

Siendo así, queda claro que la conducta que será objeto de juicio y cuya realización buscará encuadrarse en una disposición jurídica podrá hacerse únicamente dentro del marco de la **ley**, y no de un reglamento o de un acuerdo, del mismo modo en que la pena deberá imponerse con fundamento en la punibilidad que la **ley** señala para tal hecho, y no en cualquier tipo de disposición legal. “En consecuencia, no hay delito ni pena sin ley y es la ley la fuente única de nuestro Derecho Penal”.⁵

La ley, y sólo la ley, con exclusión de todas las demás disposiciones jurídicas del país, puede determinar los presupuestos de pena y la pena misma que merece una conducta. En este sentido, Porte Petit establece que “con relación al Derecho Penal al hablarse de las fuentes inmediatas, cambia totalmente el panorama, pues no son las mismas que las del Derecho Civil, en virtud del principio de ‘reserva’, de ‘legalidad’, de ‘positividad’, o de ‘concentración legislativa’ como suele llamársele indistintamente”.⁶

Asimismo, el artículo 16 constitucional, en su tercer párrafo, recalca esto al establecer:

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que **la ley señale como delito**, sancionado con pena privativa de la libertad y obren datos que establezcan que se

⁵ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Derecho penal mexicano. Parte general, 15ª ed., Editorial Porrúa, 1986, p. 168.

⁶ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Tomo I, 19ª ed., Editorial Porrúa, México, 2001, p. 95.

ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.⁷

Esto hace ver cómo, para efectos mismos de la emisión de órdenes de aprehensión, la Constitución misma hace énfasis en que éstas se deben fundamentar y encontrar sostén en una ley en sentido formal y material, y sólo cuando ésta considere que determinado hecho es un delito, restringiéndolo a ello y excluyendo la posibilidad de que cualquier otra disposición jurídica pueda dar lugar al acto que comúnmente suele preceder a un auto de vinculación a proceso penal, es decir, la orden de aprehensión.

B) Tratados internacionales

Sólo la **ley** puede determinar qué conducta es delito, cerrando las puertas a que la costumbre, los reglamentos, la jurisprudencia, e incluso tratados internacionales señalen qué es y qué no es delito dentro del derecho nacional. Un tratado internacional, sin embargo, puede establecer la obligación a cargo de los Estados parte para que tipifiquen determinada conducta, sin embargo, esto no implica violación alguna al principio de legalidad, ya que su eficacia se encuentra en última instancia en manos del legislador nacional (federal o local según la distribución de competencias), quien decidirá acatar el tratado internacional y crear una ley penal en consonancia con el mismo (cumpliendo así como el principio de reserva de ley), o bien hacer caso omiso de la obligación que ha creado el tratado, incurriendo en responsabilidad internacional.

Asimismo, el Estado mexicano a través de la Federación, puede suscribir tratados en cualquier materia sin importar la distribución de competencias entre Federación y entidades federativas, por lo que a través de los tratados

⁷ El texto anterior a la reforma de 18 de junio de 2008 estaba redactado casi en la misma forma, y de idéntica manera en el aspecto analizado en este Capítulo: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la **ley señale como delito**, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado”.

internacionales el Estado, visto como soberano hacia el exterior, puede crear la obligación interna de establecer delitos y penas, pero siempre estará sujeto a la eficacia que la Federación y los Estados puedan otorgarle en sus respectivas esferas competenciales. Esto implica que no por el hecho de que un tratado internacional señale la obligación de que el Estado mexicano tipifique ciertas conductas, éstas deberán de pasar a la esfera de competencia de la Federación; por supuesto que no. La Federación no podría en ningún caso derogar la competencia que constitucionalmente tienen atribuida los Estados y el Distrito Federal; lo que sí le está permitido a la Federación (Presidente de la República y Senado)⁸ es celebrar y aprobar tratados internacionales estableciendo la obligación del Estado mexicano de acatarlo, pero siempre observando las facultades que no por ley, sino que constitucionalmente le corresponde a cada órgano de creación normativa.

No. Registro: 192,867

Tesis aislada

Materia(s): Constitucional

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

X, Noviembre de 1999

Tesis: P. LXXVII/99

Página: 46

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la

⁸ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone en su artículo 89: "Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: X. Dirigir la política exterior y **celebrar tratados internacionales**, sometiéndolos a la aprobación del Senado...". Asimismo, el artículo 76: Son facultades exclusivas del Senado: I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso; además, **aprobar los tratados internacionales** y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión".

Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, **esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas.** Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92,

publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."

Por lo tanto, por virtud de que en derecho internacional puede ser objeto de regulación cualquier materia, y de que "ningún Estado puede alegar su derecho interno para justificar el incumplimiento de obligaciones internacionales",⁹ es que el Estado mexicano puede adoptar la obligación de tipificar una conducta en protección de ciertos bienes jurídicos, sin que la competencia estatal pueda ser un obstáculo para ello (aunque sí condicionando su eficacia a que las entidades federativas decidan legislar en la materia), y sin que ello pueda ser un pretexto o una justificación para incumplir el tratado.

Los tratados internacionales, por otro lado, pueden establecer delitos, sin embargo, esto no implica que se conviertan en delitos de derecho nacional y por tanto juzgables por los tribunales nacionales, ya que igualmente se estaría infringiendo el principio de reserva de ley y, aunque se acepte que los tratados internacionales se encuentran jerárquicamente por encima de las leyes nacionales, ello no implica que por una mera cuestión de jerarquía una fuente normativa pueda absorber y ejercer las facultades constitucionales que se tienen reservadas y previstas para otros órganos de creación normativa, por lo que en caso de encontrarnos con una contradicción en ese sentido, el criterio de jerarquía no podría derogar al de competencia.

Siendo así, en los casos en que la legislación establezca un tipo penal en consonancia con un tratado internacional no se podrá decir que ese tipo penal es tal por existir un tratado, o mejor dicho, que ese tipo penal nació con el tratado y que por tanto es su fuente creadora; por supuesto que no. Nos encontraremos a lo sumo con el cumplimiento por parte del Estado mexicano de una obligación internacional, pero el tipo penal deberá ser reputado nacional, y no como una figura internacional, en virtud de haber sido expedido por parte del legislador

⁹ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., Derecho Internacional Público. Parte General, 4ª edición, Editorial Trotta, 2005, p. 588.

nacional, aun en cumplimiento a un tratado, en otras palabras, “incluso cuando en la legislación de un Estado se introducen figuras delictivas de acuerdo con lo estipulado en un Convenio o Tratado internacional, estamos ante preceptos de Derecho interno. Para la creación de esas figuras delictivas no basta, siquiera, con que el Convenio o Tratado se incorpore al Derecho interno”.¹⁰ Por lo tanto, debe quedar claro que, por virtud del principio de reserva de ley, ningún tratado internacional puede establecer un delito juzgable por los tribunales nacionales, sino únicamente la obligación, so pena de recaer en responsabilidad internacional, de crear figuras delictivas en las materias que especifique el tratado. Un ejemplo de obligación del Estado mexicano para tipificar una conducta, y que ha acatado nuestro país, es el contenido en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que en su artículo 4 establece:

“1. Todo Estado Parte velará porque todos los **actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal**. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura”.

Hay que mencionar que no es por una necesidad legalista el hecho de que sólo la ley pueda establecer delitos, y no un tratado internacional, sino que es una exigencia de la Constitución, que en el artículo 14, tercer párrafo, establece la prohibición de imponer una pena que no esté decretada por una **ley** exactamente aplicable. Claro está que pueden existir tratados internacionales relativos a los delitos y las penas, como lo son por ejemplo los múltiples tratados de extradición de los que México es parte, sin embargo, éstos prevén instituciones para lograr el juzgamiento de los probables responsables de los delitos y la ejecución de sanciones impuestas, mas no determinan delitos ni penas, sino que a lo sumo establece los delitos por los cuales ha lugar a la extradición, mas no son creados por virtud del tratado. Por lo que, en tanto se respete el principio de legalidad, relativo a la determinación del delito y de la pena por ley, los tratados internacionales pueden intervenir en otras cuestiones, tales como la cooperación

¹⁰ CEREZO MIR, José, **Curso de derecho penal español. Parte General**, 2ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1981, pp. 253 y 254.

judicial en materia criminal.

Los casos en que un tratado internacional prevé delitos suelen ser más bien de conductas consideradas como crímenes internacionales y son objeto de conocimiento y juzgamiento por tribunales internacionales, tales como los contenidos en el Estatuto de Roma, por lo que les son aplicables las reglas concernientes al Derecho internacional público, y en ningún caso podrían ser juzgables por los tribunales nacionales, al menos no con fundamento en el tratado internacional.

C) Retroactividad de la ley y aplicación retroactiva

Este principio implica, sin intención de ahondar mucho en ello, que no se puede aplicar ni una ley penal ni una pena de manera retroactiva. Ello deriva del principio de legalidad, en tanto que una persona no puede ser juzgada por un hecho que se cometió con anterioridad a la entrada en vigor de una ley penal, y por tanto a su existencia misma, así como tampoco se puede aplicar una pena en el mismo supuesto, dado que no existía pena que sancionara dicha conducta en el momento de la realización de los hechos. “La ley penal, como toda otra ley, tiene su vida comprendida entre el momento de aparecer y el de cesar: comienza a tener vigor desde que se presenta como tal ley ante los individuos, y cesa su duración cuando la reemplaza una nueva expresión del Derecho. Su fuerza obligatoria está comprendida dentro de los límites de su duración”.¹¹ Así, entendiendo la ley penal como el supuesto de hecho y como consecuencia jurídica, es decir, como presupuesto de pena y como pena, éstos sólo pueden valer dentro de los límites mismos de su vigencia, y por tanto, no puede existir posibilidad de que regulen un caso o hecho acaecido con anterioridad a su nacimiento.

¹¹ PESSINA, Enrique, Elementos de Derecho Penal, trad. Hilarion Gonzalez del Castillo, 4ª ed., Editorial Reus, Madrid, 1936, p. 212.

Una cuestión que es importante mencionar aquí es el de las llamadas “interpretaciones auténticas o legislativas” que realiza el legislador, es decir, aquéllas en las que se establece qué se debe entender por ciertas expresiones, como por ejemplo, el artículo 373 del Código Penal Federal que establece qué se debe entender por violencia física y moral. Esta clase de disposiciones constituyen leyes con carácter formal y material, por lo que tampoco pueden ser utilizados de manera retroactiva en perjuicio de persona alguna, incluso si constituyen meras “interpretaciones” que hace el legislador de las expresiones que él mismo emite.

El principio constitucional de no retroactividad lo encontramos en el artículo 14, primer párrafo, que establece:

“A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

Este artículo consigna una de las más antiguas garantías en el Derecho moderno, y establece dos prohibiciones claras dirigidas a dos órganos estatales distintos. La primera es dirigida al legislador y a cualquier órgano de creación normativa, que consiste en la prohibición de que se expidan disposiciones jurídicas, llámense leyes, reglamentos, acuerdos, decretos, etc., que tengan efectos retroactivos, es decir, que regulen situaciones acontecidas con anterioridad a su creación. La segunda prohibición está dirigida a los órganos que aplican las disposiciones jurídicas, y consiste en que éstos no apliquen las leyes vigentes a casos acontecidos con anterioridad a la existencia de la ley. Estas dos cuestiones han sido claramente diferenciadas por la jurisprudencia y son las llamadas retroactividad de la ley y retroactividad en la aplicación de la ley.

No. Registro: 181,024

Jurisprudencia

Materia(s): Común

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XX, Julio de 2004

Tesis: 2a./J. 87/2004

Página: 415

RETROACTIVIDAD DE LA LEY. ES DIFERENTE A SU APLICACIÓN RETROACTIVA.

El análisis de la **retroactividad de las leyes** requiere el estudio de los efectos que una norma tiene sobre situaciones jurídicas definidas al amparo de una ley anterior o sobre los derechos adquiridos por los gobernados con anterioridad a su entrada en vigor, verificando si la nueva norma los desconoce, es decir, ante un planteamiento de esa naturaleza, el órgano de control de la constitucionalidad se pronuncia sobre **si una determinada disposición de observancia general obra sobre el pasado**, desconociendo tales situaciones o derechos, lo que implica juzgar sobre el apego de un acto materialmente legislativo a lo dispuesto por el artículo 14, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto a que las leyes no deben ser retroactivas. En cambio, el análisis sobre la **aplicación retroactiva de una ley implica verificar si el acto concreto se lleva a cabo dentro de su ámbito temporal de validez** sin afectar situaciones jurídicas definidas o derechos adquiridos por el gobernado con anterioridad a su entrada en vigor.

Amparo directo en revisión 479/2000. Amelia Ocegüera Vázquez. 19 de mayo de 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina.

Amparo directo en revisión 1026/2000. Luis Felipe Cruz Carranco. 11 de octubre de 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Andrea Zambrana Castañeda.

Amparo en revisión 607/2000. Héctor Adalberto García Noriega. 11 de mayo de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Minerva Cifuentes Bazán.

Amparo directo en revisión 1537/2001. Mireya Elisa Morales Villegas y otros. 11 de enero de 2002. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Marcela Ramírez Cerrillo.

Amparo directo en revisión 898/2003. José Francisco Macías Rosales. 19 de septiembre de 2003. Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Javier Arnaud Viñas.

Tesis de jurisprudencia 87/2004. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veintitrés de junio de dos mil cuatro.

De la lectura completa del artículo 14, párrafo primero, de la Constitución Federal, se advierte una calificación que hace la Constitución de la prohibición, en el sentido de que esta sea en *perjuicio* de persona alguna. Por lo tanto, haciendo una interpretación *a contrario*, los efectos retroactivos que se den a una ley en

beneficio de la persona no se encuentran prohibidos constitucionalmente. En materia penal la aplicación retroactiva se suele dar al aparecer un tipo penal menos gravoso para el delincuente, o bien al desaparecer el tipo penal con fundamento en el cual se le juzgó o se le está juzgando. En estos casos, en tanto los efectos de la ley se despliegan en beneficio de la persona, entonces éstos no entran dentro de la prohibición constitucional, y en consecuencia no se encuentran prohibidos en nuestro sistema jurídico. Expresión de ello es el siguiente criterio de jurisprudencia.

No. Registro: 208,995

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

86-1, Febrero de 1995

Tesis: XXI.1o. J/17

Página: 55

RETROACTIVIDAD DE LA LEGISLACION PENAL. EN LO QUE FAVOREZCA AL REO DEBE APLICARSE LA.

Si bien el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone, que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, también **debe entenderse tal precepto en el sentido de que si es en beneficio del reo, se debe aplicar la nueva legislación**; en tales circunstancias, el Decreto que Reforma Adiciona y Deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de enero de 1994 y con vigencia a partir del primero de febrero siguiente, atento a lo preceptuado por el artículo Tercero Transitorio del Decreto citado, permite que se tenga en consideración lo ordenado por el artículo 56 del Código Punitivo en cuestión, el cual fija la aplicación de la legislación más benéfica, lo que lleva a estimar que debe tenerse en consideración la nueva legislación y no la vigente al momento en que sucedieron los hechos, por lo que de todo se colige que la aplicación retroactiva de la ley en beneficio de todo sentenciado resulta ser obligatorio para las autoridades judiciales, en su caso acorde con la legislación penal ordinaria.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 254/94. Anselmo Cuajicalco Ambrosio. 4 de agosto de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Víctor Hugo Enríquez Pogán.

Amparo directo 292/94. Mateo Nava Romero. 25 de agosto de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Joaquín Dzib Núñez. Secretario: José Luis Vázquez Camacho.

Amparo directo 290/94. Santos Venancio Jalatria Aragón. 8 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Joaquín Dzib Núñez. Secretario: Ernesto Jaime Ruiz Pérez.

Amparo directo 293/94. Jesús Nájera Aguilar. 8 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Víctor Hugo Enrique Pogán.

Amparo directo 338/94. Melchor Gerónimo Diego. 30 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Víctor Hugo Enríquez Pogán.

Nota: Esta tesis también aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Materia Penal, Segunda Parte, tesis 701, pág. 445.

Del principio de legalidad mismo se desprende el de irretroactividad, ya que la ley debe existir en el momento en que realizan los hechos presuntivamente delictivos, es decir, “los distintos presupuestos de la punibilidad y las consecuencias penales deben haber sido establecidos en la ley con anterioridad a la comisión del hecho”,¹² justo como lo establece el mismo artículo 14, en su segundo párrafo, que a la letra dice:

“Nadie podrá ser privado de su libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Por lo tanto, toda ley penal que se aplique a un individuo debe de haber estado vigente en el momento en que cometió los hechos a los que se les pretende dotar de consecuencias jurídico-penales, de otra manera, esto será imposible.

¹² WESSELS, Johannes, **Derecho Penal. Parte General**, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 13.

3) Principio de estricta legalidad. Taxatividad en materia penal.

El principio de taxatividad penal implica una cierta cualidad con que han de cumplir los tipos penales. Como antes se explicó, la razón por la cual surgió la necesidad de establecer exactamente qué hechos eran merecedores de pena, fue precisamente la situación inversa que imperó hasta la época de la Ilustración, en que la indeterminación total de los presupuestos de pena dejaba a los individuos en un estado de total indefensión ante el arbitrio estatal.

El principio de taxatividad de las leyes penales es una derivación del principio de legalidad penal, implica una obligación sobre el legislador que tiene como fin anular y limitar en la medida de lo posible la arbitrariedad judicial. Es por ello que se erige como un “fundamento de la legitimidad sustancial de la jurisdicción”,¹³ en tanto busca limitar a un mero poder de comprobación a la función jurisdiccional, y no determinante de los supuestos de hecho que ameritan pena. El principio de legalidad entonces acaba teniendo dos vertientes, una referida al *quién* crea la ley penal, y otra referente al *cómo* de la tipificación. El primer aspecto resulta ser un aspecto formal que implica la absoluta necesidad de que el delito y la pena sean creados por ley, constituyendo así una facultad exclusiva por parte del legislador y, estableciendo una prohibición a cualquier otro poder de creación normativa para el establecimiento de leyes penales. El segundo aspecto, al contrario, constituye una exigencia o una obligación que pesa sobre el mismo legislador con relación a la formulación de los hechos punibles, e implica la necesidad de que los tipos penales sean *claros* en cuanto a su fácil comprensión, *sencillos* en su redacción, *precisos* en cuanto al uso de los términos y alcance de

¹³ FERRAJOLI, Luigi, Garantías y derecho penal, en *Iter Criminis*, Revista de Ciencias Penales, Número 1, Segunda Época, INACIPE, Diciembre, 2001, p. 76. El uso del término estricta legalidad, utilizado en este trabajo, es tomado de la obra de Ferrajoli.

la prohibición que establecen; a esto se refiere el principio de taxatividad en materia penal.

Al decir que los tipos penales deben ser claros, sencillos y precisos se está aludiendo, como se puede observar, a un calificativo que pesa sobre el contenido de los tipos en el sentido de que su alcance debe de ser inteligible, no deben ser indeterminados al grado de existir serias dudas sobre si determinados supuestos pueden ser subsumibles en él o no. Estas cualidades han sido mencionadas por varias tesis de jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, entre algunas de ellas encontramos las siguientes:

No. Registro: 167,274

Tesis aislada

Materia(s): Constitucional, Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIX, Mayo de 2009

Tesis: 1a. LXXXIII/2009

Página: 85

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, COMETIDOS POR SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 225, FRACCIÓN X, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL CUMPLE CON LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL.

La citada garantía, prevista en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no sólo prohíbe a la autoridad jurisdiccional imponer penas por analogía o por mayoría de razón, sino que también obliga al legislador a que, al expedir las normas de carácter penal, señale las conductas típicas y las penas aplicables con tal precisión que evite un estado de incertidumbre jurídica al gobernado y una actuación arbitraria del juzgador, por lo que **la ley penal debe concebirse de tal forma que los términos** mediante los cuales se especifiquen los delitos o las penas sean **claros, precisos y exactos** para **evitar que la autoridad aplicadora incurra en confusión ante la indeterminación de los conceptos** y, en consecuencia, en demérito de la defensa del procesado. En efecto, el legislador establecerá los tipos penales y los elementos que los contienen, acorde con la conducta que trate de regular y del bien jurídico que pretenda proteger; de manera que si bien no todos los tipos penales contienen los mismos elementos, ello no implica violación de garantías individuales en materia penal. Así, se concluye que el artículo 225, fracción X, del Código Penal Federal cumple con la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, toda vez que al establecer como uno de los delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos, la detención de un

individuo durante la averiguación previa "fuera de los casos señalados por la ley", alude clara, precisa y exactamente a las hipótesis previstas en el artículo 16 de la Constitución General de la República, mediante las cuales los individuos pueden ser privados legalmente de su libertad (orden de aprehensión, flagrancia y caso urgente), así como a las normas secundarias que receptan dichos postulados. En consecuencia, si el vocablo "ley" constituye un concepto claro, tanto en el lenguaje común como en el jurídico, el destinatario de la norma puede saber con precisión qué es lo que está prohibido.

Amparo directo en revisión 359/2009. 22 de abril de 2009. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

No. Registro: 167,575

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional, Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIX, Abril de 2009

Tesis: 1a./J. 11/2009

Página: 51

ARMAS DE FUEGO. QUEDAN SUJETAS A LA LEY DE LA MATERIA, LA PORTACIÓN Y POSESIÓN DE UN ARTEFACTO BÉLICO DE MANUFACTURA CASERA O ARTESANAL QUE POR SUS CARACTERÍSTICAS PUEDE CLASIFICARSE COMO ESCOPETA.

Los artículos 9o., fracción II, segundo párrafo, 10, fracciones III y IV, y 11, inciso e), de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos describen enunciativamente las armas de fuego tipo escopetas atendiendo a sus características propias y no al tipo de manufactura; de ahí que si un dictamen pericial en materia de balística clasifica como escopeta un artefacto bélico de manufactura casera o artesanal, por tener características similares a las expresamente reguladas en los citados numerales, su portación y posesión quedarán sujetas a las disposiciones jurídicas respectivas. Por tanto, el arma deberá encuadrarse ya sea en las reservadas para las Fuerzas Armadas o en las que los particulares pueden poseer o portar, sin que ello implique violación a la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal contenida en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior, porque además de la descripción legal mencionada, los artículos 7o., 8o., 15, 24, 31, 34 y 36 de la ley indicada regulan lo relativo a la posesión y portación del arma aludida, a la vez que los numerales 81, 83 y 83 Ter del propio ordenamiento establecen las sanciones correspondientes, con lo cual se cumple el mandato supremo que exige la **descripción clara, precisa y exacta de la conducta considerada delictiva**, así como de las sanciones imponibles a quienes incurran en ella.

Contradicción de tesis 33/2008-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal

del Tercer Circuito. 26 de noviembre de 2008. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Constanza Tort San Román.

Tesis de jurisprudencia 11/2009. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha catorce de enero de dos mil nueve.

No. Registro: 176,713

Tesis aislada

Materia(s): Constitucional, Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXII, Noviembre de 2005

Tesis: 1a. CXXXI/2005

Página: 38

EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PÚBLICO. EL ARTÍCULO 214, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL.

La garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, contenida en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva de los principios nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege, conforme a los cuales cualquier hecho que no esté señalado por la ley como delito no será delictuoso y, por tanto, no es susceptible de acarrear la imposición de una pena, además de que para todo hecho catalogado como delito la ley debe prever expresamente la pena que le corresponda, en caso de su consumación. En congruencia con lo anterior, se concluye que el artículo 214, fracción IV, del Código Penal Federal, no transgrede la mencionada garantía constitucional, pues **la indicada hipótesis es clara y precisa**, toda vez que en ella se contienen todos los elementos necesarios para su acreditación, con lo que se dota de certeza jurídica a los gobernados en la medida en que tienen la posibilidad de conocer de manera específica la conducta que pretendió prohibir el legislador con la creación de dicho tipo penal, o entendido a contrario sensu, que de realizarse la conducta prohibida en dicha hipótesis legal se considerará como delictiva esa acción, con la consecuente sanción que le corresponda.

Amparo en revisión 1033/2005. 17 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Estas tesis nos muestran el criterio arraigado en la Suprema Corte de Justicia de condicionar la validez de los tipos penales a que sean claros, sencillos, exactos y precisos, sin embargo, no establecen criterios para poder identificar cuándo estamos ante un tipo penal preciso y claro, y cuando estamos ante un tipo penal impreciso y oscuro.

A pesar de ello, es importante mencionar que el tipo penal debe ser el que determine el objeto de prohibición penal y no el juzgador, al encontrarse ante tipos penales indeterminados. Hablando del legislador, Antolisei dice “este reserva para sí mismo la facultad de determinar los hechos que constituyen delito, así como también las sanciones correspondientes. Por lo tanto, el juez no tiene poder de infligir tales sanciones a casos no considerados taxativamente por la ley ni de aplicar penas diferentes de las señaladas por ella, aunque considere que ello sería lógico, justo u oportuno, sobre la base de exigencias racionales o de ideales éticos o sociales”.¹⁴

Es por ello que más allá de los calificativos con los que se designen las características con que han de cumplir los tipos penales (claros, sencillos, etc.), es necesario establecer cómo debe realizarse la formulación típica para poder decir que ella circunscribe, limita y determina de manera clara el alcance de la prohibición penal.

A) *Lex certa* en los tipos penales y lenguaje legal

El lenguaje es el medio por el cual seres humanos nos comunicamos, y éste puede ser escrito, oral, por medio de señas, etc. Tratándose del lenguaje legal, en nuestro sistema jurídico lo encontramos expresado a través de grafías en los textos legales. El Derecho, ya sea entendido como Constitución, ley, reglamento, sentencia, doctrina, dogmática jurídica, ciencia jurídica, o como todos ellos, se expresa por medio de un lenguaje que por lo general encontramos plasmado en libros y leyes. En tanto el derecho lo tiene como principal

¹⁴ ANTOLISEI, Francesco, **Manual de derecho penal. Parte General**, 8ª ed., Editorial Temis, Colombia, 1988, p. 43.

herramienta, es necesario hacer referencia al órgano que lo utiliza y a la manera en que lo hace.

En el caso específico del legislador, éste se expresa por medio de un lenguaje, constituido por lo que conocemos con el nombre de “ley”. Esta ha de ser por tanto objeto de un escrutinio por cuanto hace a los términos que utiliza para que a la luz de los principios constitucionales de seguridad jurídica y libertad de los individuos se pueda determinar su constitucionalidad.

Hay que recordar que para que se pueda tener un Estado liberal como el que aspiramos a tener, cada órgano estatal debe realizar a plenitud su función, si se trata del Poder legislativo, éste debe realizar su función penal de manera tal que describa de manera clara los tipos penales, para que no exista la necesidad de que sea el intérprete de la ley, en este caso del Poder Judicial, quien tenga que complementar su tarea, realizando funciones que no le corresponden de acuerdo a la división de poderes que existe en nuestro Estado.

Esta exigencia es manifestada en lo que se conoce como convencionalismo penal empírico o fáctico,¹⁵ es decir, que las hipótesis de desviación se encuentren legalmente definidas, no haciendo referencia a cuestiones subjetivas del autor ni utilizando términos de los que no se pueda predicar la verdad, ya sean vagos, ambiguos o valorativos, en tanto en algunos no existe referencia empírica a la que se pueda acudir, y que por tanto no pueden ser objeto de prueba alguna. Esta exigencia implica además un modelo de juicio específico, es decir, aquél tendiente al cognoscitivism judicial, en oposición al decisionismo judicial, el cual tendrá por objeto conocer los hechos y subsumirlos en los tipos penales. En efecto, la relación entre derecho penal sustantivo y derecho penal procesal es muy estrecha y aquélla incide sobre ésta como una cuestión determinante y condicionante del tipo de juicio que se tendrá que desarrollar para tener acreditadas las hipótesis legales. Así, tipos penales plagados de términos vagos y valorativos llevarán a tener un juicio no basado en pruebas y en la oposición entre los argumentos de la

¹⁵ Se pueden ver estos posicionamientos en FERRAJOLI Luigi, **Epistemología jurídica y Garantismo**, Editorial Fontamara, México, 2004.

acusación y la defensa, sino a un juicio marcado claramente por la concepción ideológica del juez, ya que será él quien a falta de un elemento fáctico al cual acudir tendrá que determinar en concreto si la conducta es desviada o no a efecto de su punición, y por lo tanto no será el legislador el que establezca qué es delito, sino será el juzgador quien lo defina.

Es por ello que la formulación precisa de los tipos penales es tan importante, ya que para respetar a plenitud el principio de división de poderes, es necesario que cada órgano que tiene una intervención en el proceso de incriminación cumpla a cabalidad su tarea. El Poder Legislativo tendrá una función de definición del comportamiento punible a través de las leyes penales, el Poder Judicial un poder de comprobación del comportamiento mediante un juicio y, por último, el Poder Ejecutivo un poder de represión de las conductas mediante la ejecución de las penas determinadas de forma jurisdiccional y establecidas de forma legislativa.

Para ello, claro está, es necesario que el legislador se exprese en términos que describan situaciones, hechos o acontecimientos, y no se deje en manos de los jueces determinar qué está o no prohibido. Por ello, a este aspecto se le ha llamado principio de estricta legalidad, en el sentido de que sólo limitando y excluyendo la capacidad de valoración y definición de la conducta prohibida por parte del juez se logra que sea la ley, y sólo la ley, la que establezca a plenitud el delito a sancionar.

a) Verificabilidad de las proposiciones legales

Ferrajoli¹⁶ establece que las garantías penales están dirigidas a asegurar la decisión sobre la verdad jurídica, lo cual implica que los elementos con lo que se realiza la formulación de los tipos penales cuenten con la cualidad de la verificabilidad. Esta cualidad está referida a las condiciones de uso de los términos

¹⁶ Ibidem.

“verdadero” y “falso” tal y como vienen determinados por la referencia empírica de las tesis jurídicas y fácticas.

Esta exigencia tiene su origen en la corriente filosófica positivista, que sin afán de entrar en debate, atribuye el carácter de verdadero únicamente a aquello que se puede probar, aquello que constituye un conocimiento fáctico. Las leyes, por lo general, hacen referencia a una serie de situaciones y conductas a las que se atribuyen consecuencias jurídicas, y para que estas mismas se desplieguen, es necesario, en el caso de los juicios, que dichas situaciones o conductas sean probadas, y por tanto, que se pueda hacer referencia a ellas mediante los sentidos. Hablando en particular de los juicios penales, que se pueda establecer que existe una persona muerta, que existe un cartucho que fue expulsado de un arma de fuego que impactó en el cuerpo de la persona, o en el caso de la violación, que hubo una cópula por medio de la violencia, etc., todas ellas situaciones que se pueden probar durante el juicio y que el juez las puede apreciar por medio de sus sentidos.

Así, los tipos penales han de ser descritos en términos de “verdad”, es decir, que pueda aceptarse en ellos la verificabilidad. Esta exigencia tiene como finalidad última que la autoridad judicial se encuentre ante la imposibilidad de realizar juicios de valor para definir el ámbito de lo punible, y que se dedique única y exclusivamente a dirigir la actividad dialéctica que implica la proposición y refutación de los medios de prueba en el proceso. Si los elementos de los tipos penales se encuentran establecidos de manera clara y precisa, y éstos además se pueden probar, entonces la ley penal no dejará espacio alguno para que el juez defina el ámbito de lo punible mediante juicios de valor, por lo que deberá ajustarse a los juicios de hecho que se requieren para el conocimiento de la verdad histórica, labor fundamental para que el juez decida la existencia o no de un delito y la atribución o no del mismo al enjuiciado. Por ejemplo, en el caso del homicidio se puede determinar o verificar si una persona está muerta o no. En el caso de que esté muerta, se analizarán y deberán probar las causas de la muerte, mismas que deberán de ser conectadas con el imputado mediante pruebas

también para establecer si es responsable o no del delito cometido. Todo esto puede ser probado, y su valoración corresponde al juez en ejercicio de su libre arbitrio probatorio.

Claro está que una jurisprudencia que estableciera que el objeto de los tipos penales debe ser verificable sería un absurdo en tanto aquello que se tiene que probar en todos los juicios civiles, mercantiles, familiares, administrativos, fiscales, penales, etc., son hechos, y por tanto sujetos a verificación o comprobación mediante las pruebas, por lo que un criterio en este sentido sería un abuso en el léxico legal y un uso un tanto abusivo de la terminología científica. Lo que llamamos aquí verificación es lo mismo que en los tribunales se llama comprobación de los hechos, o prueba de los hechos. Atento a lo anterior es que se dice que “en las investigaciones acerca de la semántica del derecho hay que verificar de qué manera se atribuye significado a los signos lingüísticos utilizados en el lenguaje jurídico, y –lo que también está vinculado a esto- *de qué manera puede determinarse el contenido de verdad de las proposiciones del lenguaje jurídico*”.¹⁷

Este principio de que los tipos penales se refieran a hechos implica una función de mero conocimiento del poder judicial, en tanto su función se debe limitar a comprobar hechos y declarar su existencia o inexistencia para efectos del juicio, como sucede en todos los demás procesos jurisdiccionales. Es por ello que el artículo 20 constitucional, reformado el 18 de junio de 2008, estableció en su Apartado A, fracción I.

“El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los *hechos*, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;”

Así, aunque la intención del poder reformador de la Constitución no fue hacer referencia a “hechos” en el sentido de que se puedan probar, sino para hacer referencia a que el objeto del proceso penal es esclarecer o averiguar qué

¹⁷ SCHREBIER, Rupert, Lógica del Derecho, 2ª ed., Distribuciones Fontamara, México, 1992, 25.

fue lo que sucedió, podemos decir que la misma Constitución marca una tendencia hacia ello, lo cual constituye una garantía para el inculpado, sujeto en contra del cual se sigue el proceso penal y a quien se le aplica la ley penal, ya sea en el auto de vinculación a proceso o en la sentencia definitiva.

Sobre este punto debemos decir que la mayoría de los tipos penales cumplen con este requisito, casi todos cuentan con elementos que requieren y pueden ser probados durante la averiguación previa o durante el proceso, por lo que en cuanto a este aspecto no existe realmente controversia alguna.

b) Términos vagos

Un defecto en la formulación de los tipos penales lo constituyen los términos vagos que utiliza la legislación.

Hay que comenzar diciendo que en principio la mayoría de los términos que utilizamos en el lenguaje cotidiano resultan ser vagos, y por tanto, pueden designar un sin fin de objetos por cuyas características mismas es complicado incluirlos o excluirlos claramente dentro de la denotación que de ellos hace un término. Pensemos en el término “mesa”. Un mueble con cuatro patas y en el cual come regularmente una familia podemos reputarlo como tal, y por tanto incluirlo dentro del término “mesa”. Un mueble con cuatro patas y con una altura de 15 centímetros, a pesar de tener la misma forma que la mesa del ejemplo anterior y contar con la única diferencia del tamaño, podrá no ser considerado una mesa, sino un banquito, o un mueble para recargar los pies, etc.

De esta manera, cuando queremos subsumir un sujeto u objeto dentro de un determinado término, nos encontramos con que dependiendo del significado que del mismo hagamos uso podremos incluirlo o excluirlo, de tal forma que existirán objetos que podamos subsumir claramente en el término y otros que no. Así por ejemplo, dentro del término “niño” podemos incluir claramente y por tanto

podremos subsumir en dicho término a los recién nacidos, los individuos de 5 y 10 años, y podemos excluir claramente a las personas de 30 años y los ancianos. Sin embargo, no queda claro si podemos incluir o excluir de tal término a una persona de 12 ó de 15 años. Por lo tanto, cuando encontramos con casos así, podemos decir que el término es vago.

Para evitar estas situaciones la legislación en muchos casos, no en todos, en vez de utilizar este tipo de expresiones, hace referencia a criterios de los cuales se pueda predicar claramente su inclusión o exclusión, en el caso del término “niño”, la legislación lo sustituirá por el término “menor de edad” (lo cual no resulta de trascendencia), restringiéndolo mediante el criterio de los años de vida con los que cuenta, cuestión fundamental (esta sí, a diferencia del término con el que se le conozca, “niño” o “menor de edad”) con la cual sí podemos claramente incluir entonces a las personas de 12 ó de 15 años dentro del término “menor de edad”, si entendemos por mayor de edad a aquella persona que cuenta con 18 o más años de edad.

Es por ello que Ferrajoli establece que la formación del lenguaje de las normas penales “impone al legislador el uso de términos dotados de intensión lo más precisa posible y, por tanto, de extensión lo más determinada posible”.¹⁸ De manera tal que si los términos utilizados por el legislador dejan en una enorme indeterminación los casos que recaen en las hipótesis legales, estaremos ante un término vago, dado que no sabemos con exactitud a qué hechos se aplica dicha expresión.

Los términos vagos resultan ser un peligro en la aplicación de los tipos penales por la incertidumbre que genera el saber si determinadas hipótesis quedan o no comprendidos por ellos. Así, el término muerte es un término claro en tanto hace referencia a la pérdida de la vida, no puede existir duda alguna sobre el mismo, o se está vivo o se está muerto, no hay más. Sin embargo, la legislación penal mexicana hace referencia a un sinnúmero de términos vagos que hacen realmente complicada la labor judicial, tales como los siguientes:

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi, Epistemología jurídica y garantismo.

El artículo 130 relativo al delito de sedición del Código Penal Federal:

“ARTICULO 130.- Se aplicará la pena de seis meses a ocho años de prisión y multa hasta de diez mil pesos, a los que **en forma tumultuaria**, sin uso de armas, resistan o ataquen a la autoridad para impedir el libre ejercicio de sus funciones con alguna de las finalidades a que se refiere el artículo 132”.¹⁹

El relativo al delito de violación en el Código Penal para el Estado de Querétaro:

“ARTICULO 161.- Cuando las conductas previstas en el artículo anterior se realicen sin emplear violencia con persona **impúber** o que no tenga capacidad para comprender, o que por cualquier causa no pueda resistir la conducta delictuosa se le impondrá al agente prisión de 3 a 10 años.

El artículo 286 del Código Penal Federal, referido al allanamiento de morada y asalto que establece:

“Artículo 286.- Al que en **despoblado** o en **paraje solitario** haga uso de violencia sobre una persona con el propósito de causar un mal, obtener un lucro o de exigir su asentimiento para cualquier fin y cualesquiera que sean los medios y el grado de violencia que se emplee, e independientemente de cualquier hecho delictuoso que resulte cometido, se le castigará con prisión de uno a cinco años”.²⁰

El Código de Defensa Social del Estado Libre y Soberano de Puebla, relativo al delito de atraco:

“Artículo 295.- Se comete el delito de atraco cuando los hechos a que se refiere el artículo anterior, se realicen en una calle o **suburbio de una ciudad, de un pueblo o ranchería**”.

Por su parte el artículo 343 BIS del Código Penal para el Distrito Federal establece:

“Artículo 343 BIS.- Se le impondrán de tres a nueve años de prisión y de

¹⁹ Asimismo el artículo 131 del mismo Código referido al delito de motín.

²⁰ Asimismo el artículo 192 del Código Penal para el Estado de Jalisco, artículo 297 del Código Penal para el Estado de Nuevo León, el artículo 294 del Código de Defensa Social del Estado Libre y Soberano de Puebla, el artículo 313 del Código Penal para el Estado de Tamaulipas, entre otros. También contiene esta expresión el artículo 224, fracción V del CPDF, que lo establece como agravante del delito de robo.

1,000 a 5,000 días multa, a quien ilícitamente realice el cambio del uso del suelo en:

III. Una **barranca**".

El artículo 201 del Código Penal Federal que establece:

"Comete el delito de corrupción, quien obligue, induzca, facilite o procure a una o varias personas menores de 18 años de edad o una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo a realizar cualquiera de los siguientes actos:

a) **Consumo habitual** de bebidas alcohólicas".

Asimismo, el artículo 103 del Código Fiscal de la Federación establece en su fracción IV:

"Se presume cometido el delito de contrabando cuando:

IV. Se descarguen subrepticamente mercancías extranjeras de los medios de transporte, aun cuando sean de **rancho**, abastecimiento o uso económico".

La calificativa agravante de contrabando contenida en el Código Fiscal de la Federación en su artículo 107 que dispone:

"Artículo 107. El delito de contrabando será calificado cuando se cometa:

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

Esta calificativa del contrabando contiene una expresión que no puede determinarse de manera legal, ni natural. Y es que no se puede establecer en qué momento de las 24 horas que tiene el día es de *noche*. Hay quienes podrían opinar que es cuando se está en total oscuridad, otros que es a las 7 p.m., en fin, la variedad de criterios o significados que se pueden atribuir al término "noche" no permiten de manera clara identificar la calificativa establecida en el ordenamiento fiscal, y por tanto abre las puertas a que sean otras esferas de poder, y no la ley, las que determinen y acaben estableciendo de manera fáctica la calificativa en

comento.

La calificativa de robo contenida en el artículo 225, fracción II del Código Penal para el Distrito Federal consistente en que se cometa:

“Por una o más personas armadas o portando **instrumentos peligrosos**”.

Todos estos términos, como se puede observar, cuentan con esta característica de la vaguedad, y es que existen muchos casos en que ni siquiera los Tribunales de la Federación en una labor de interpretación forzada podrían delimitar los alcances y límites de tales expresiones, ya que en muchas ocasiones tienen que recurrir incluso a la exposición de motivos para averiguar qué quiso decir el legislador con tal o cual expresión, cuestión que para la interpretación de las leyes, sobre todo para las penales, resulta sumamente pobre en la calidad argumentativa de la interpretación que realizan los tribunales en sus autos y sentencias.

No. Registro: 206,284

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Octava Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación
I, Primera Parte-1, Enero a Junio de 1988

Tesis:

Página: 179

Genealogía: Informe 1988, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 4, página 28.

ASALTO EN DESPOBLADO. CIRCUNSTANCIAS QUE LO REVELAN.

Si los activos conducen al ofendido, por la noche, hacia una carretera y lo internan en un monte para agredirlo, es inconcuso que la violencia que sufre se manifiesta **en despoblado, por cuanto que en las circunstancias apuntadas está imposibilitado para pedir auxilio y obtenerlo, por ausencia de personas al efecto.**

Amparo directo 3482/87. Reynaldo López Tena y otro. 7 de enero de 1988. Cinco votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Luis Pérez de la Fuente.

Nota: En el Informe de 1988, esta tesis aparece bajo el rubro: "ASALTO. CIRCUNSTANCIAS QUE REVELAN QUE LA VIOLENCIA SE EJECUTO EN DESPOBLADO."

No. Registro: 221,009

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

VIII, Diciembre de 1991

Tesis:

Página: 160

ASALTO, DELITO DE. CONCEPTO DE PARAJE SOLITARIO.

Para que exista el delito de asalto se requiere, entre otros elementos, que los hechos se realicen "en despoblado" o "en paraje solitario", entendiéndose este último como el lugar situado en poblado o despoblado, pero que por la hora en que los hechos acontecen, el sujeto pasivo se encuentra **imposibilitado para pedir auxilio y obtenerlo, por ausencia de personas.**

No. Registro: 260,754

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Segunda Parte, LI

Tesis:

Página: 74

PARAJE SOLITARIO, CONCEPTO DE.

Se entiende por paraje solitario, no sólo el que está en despoblado, sino también el que se halle dentro de una población, si por la hora o por cualquier circunstancia **no encuentra el asaltado a quien pedir socorro.**

Amparo directo 3250/61. J. Isabel Martínez Barrón. 26 de septiembre de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Alberto R. Vela.

Como se puede ver, a veces se interpretan las expresiones "paraje solitario" y "despoblado" de la misma manera, en otras se hace una diferencia, pero realmente no existe un artículo o disposición jurídica a la que podamos acudir para

dilucidar estos conceptos o encontrar una acepción única que tengan en el lenguaje común.

Por lo tanto, es preferible que el legislador se abstenga de hacer uso de este tipo de expresiones, y utilice términos claros, sencillos, ya que hacer lo contrario constituye un detrimento para la seguridad jurídica de los individuos, y que finalmente podría derivar en una afectación grave a su libertad personal. Es obvio que formular los tipos penales con términos que no dejen dudas sobre lo que significan es una labor complicada, y a pesar de que ciertas expresiones, a pesar de ser vagas, deben ser aceptadas como necesarias en ciertos casos, hay que procurar acudir a otro tipo de términos. Esto es una tarea difícil, claro que lo es, pero es necesario que el legislador haga un uso riguroso de los términos sobretodo ahí en donde de manera contundente puede una persona perder su libertad.

c) Términos valorativos

Si bien los términos vagos implican una indeterminación grave en los alcances de la prohibición que se formula mediante los tipos penales, no tan graves son como lo constituyen los términos valorativos que se encuentran en algunos tipos penales.

Los términos valorativos, como su nombre lo indica, hacen referencia a un juicio no de hecho, sino de valor,²¹ que debe realizar el juez para tener por acreditada la hipótesis legal, y que conlleva un juicio en la mayoría de las veces moral para establecer si dicha situación ha acontecido.

Por ejemplo, el adulterio, al menos como está formulado en el Código Penal Federal, no puede probarse en el sentido estricto de la palabra dado que, para empezar, el término “escándalo” no es en sí un hecho, sino una valoración que efectúa cada sujeto en singular. Lo que es escándalo para unos no lo es para

²¹ Ferrajoli, Luigi, Epistemología Jurídica y Garantismo, p.234.

otros, por lo que la acreditación o no del mismo dependerá de la opinión o valoración que de dicha expresión tenga la autoridad jurisdiccional.

No. Registro: 169,565

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXVII, Junio de 2008

Tesis: IX.2o.43 P

Página: 1177

ADULTERIO. EL ELEMENTO ESCÁNDALO A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 174 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ SE ACTUALIZA SI EL ACTIVO, SIN HABER DISUELTO SU VÍNCULO CIVIL CON LA PASIVO, CELEBRA MATRIMONIO RELIGIOSO CON OTRA PERSONA Y HACE VIDA DE MARIDO Y MUJER CON ELLA.

El artículo 174 del Código Penal del Estado de San Luis Potosí dispone que comete el delito de adulterio la persona casada que tiene relación sexual con otra que no es su cónyuge y quien la tiene con aquélla sabiendo que lo es, si se realiza en el domicilio conyugal o con escándalo. Ahora bien, si en el proceso penal respectivo se acreditó que **el activo se encontraba civilmente casado con la pasivo y que, sin haberse disuelto ese vínculo, contrajo matrimonio religioso con otra persona e hizo vida de marido y mujer con ella, resulta inconcuso que con ese acto se actualiza el elemento escándalo** a que se refiere el citado numeral, toda vez que éste se ha entendido cuando la cópula va acompañada de "grave publicidad afrentosa" para el cónyuge inocente, luego entonces, esa publicidad se actualiza porque se advierte que su relación es pública y evidente, en virtud de que diversas personas pudieron conocer con inmediatez y facilidad ese hecho.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Amparo en revisión 51/2008. 26 de marzo de 2008. Unanimidad de votos.
Ponente: Enrique Alberto Durán Martínez. Secretario: José Artemio Navarrete Sánchez.

No. Registro: 215,232

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación
XII, Agosto de 1993

Tesis:

ADULTERIO, **ESCANDALO** COMO ELEMENTO DEL DELITO DE.

El elemento **escándalo se produce cuando la acción o la palabra, ésta en su acepción lata, es conocida por una colectividad o grupo humano y provoca, por la gravedad de los hechos cometidos, una reacción que afecta los sentimientos de las personas que resultan víctimas del delito**, y, a la vez, la de reprobación de los mismos, como consecuencia de los comentarios y juicios que se emiten y transmiten en torno del acto o de las palabras dichas.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 776/92. Julia Coronado González y otro. 6 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Narváez Bárker. Secretario: Alejandro García Gómez.

Véase:

Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1988, Segunda Parte, segunda tesis relacionada con la jurisprudencia 91, página 153.

Desafortunadamente nuestra legislación penal establece varios términos que dejan en manos del juez el ámbito de lo punible, en tanto implican un juicio de valor para establecer el sentido de las expresiones contenidas en los tipos penales, dado que éstos no pueden ser objeto de prueba en tanto, para empezar, no se sabe a qué se refieren exactamente; y resulta ser esto gravísimo, dado que no se sabe con exactitud cómo se debe probar que dicho elemento existe o no, dada la ambigüedad o vaguedad del término expresado.

Bastan como ejemplos los siguientes, contenidos en la legislación penal:

El artículo 138, fracción VI del Código Penal para el Distrito Federal establece:

“Existe saña: Cuando el agente actúe con crueldad o con **fines depravados**”.

El artículo 201 BIS del Código Penal Federal establece:

“Queda prohibido emplear a personas menores de dieciocho años de edad o a personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, en cantinas, tabernas, bares, antros, centros de vicio *o cualquier otro lugar* en donde

se afecte de forma negativa su sano desarrollo físico, mental o emocional”.²²

Este tipo penal requiere de valoración por parte del juez, así como una prueba pericial que acredite que dicho empleo afecta de forma negativa el sano desarrollo de la persona, dada la incapacidad del juez por falta de pericia y conocimiento en la materia para tener por acreditada dicha afectación, aunque quedando en él la valoración de la forma negativa en su desarrollo.

El tipo penal de adulterio contenido en el artículo 273 del Código Penal Federal establece:

“Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con **escándalo**”.

En las legislaciones locales los Códigos penales establecen:

Art. 175 del Código Penal del Estado de Campeche:

“Se aplicarán prisión de seis meses a cinco años y multa hasta de sesenta días de salario mínimo:

I.- Al que fabrique, reproduzca o publique libros, escritos, imágenes u objetos **obscenos** y al que los exponga, distribuya o haga circular;

II.- Al que publique por cualquier medio, ejecute o haga ejecutar por otro, exhibiciones **obscenas**;

III.- Al que **de modo escandaloso** invite a otro al comercio carnal”.

En el Código Penal para el Estado de Querétaro, relativo al delito de estupro:

ARTICULO 167.- Al que por medio de la seducción o engaño realice cópula con mujer **casta y honesta**, púber, menor de 17 años, se le impondrá prisión de 4 meses a 6 años.

Algunos criterios que han sostenido nuestros tribunales federales son los siguientes:

²² Este tipo de expresiones, tales como “o cualquier otro lugar”, serán tratadas en el tema de la analogía.

No. Registro: 194,207
Tesis aislada
Materia(s): Penal
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
IX, Abril de 1999
Tesis: VI.4o.21 P
Página: 539

ESTUPRO. NO SE SURTE EL REQUISITO DE HONESTIDAD SI LA MUJER AGRAVIADA ANTERIORMENTE HABÍA VIVIDO CON EL SUJETO ACTIVO.

El término de honestidad en la mujer pasivo de dicho injusto, entraña un comportamiento socialmente aceptable, de modo que si en una ocasión, anterior a la de los hechos denunciados, ya se había ido con el acusado, con quien había vivido en su casa, ello constituye una acción que sin duda la moralidad media rechaza, por lo que aun cuando después, ya de nuevo viviendo en el seno del hogar paterno, el mismo inculpado la hubiese engañado con la promesa de matrimonio para lograr la cópula, resulta que no se surte el delito, dado que faltó el elemento normativo de la honestidad si se tiene en cuenta que otrora se había separado de su hogar para vivir con una persona sin estar casada, lo que no corresponde a una conducta adecuada de una mujer consciente de su pudor y dignidad personal.

No. Registro: 213,132
Tesis aislada
Materia(s): Penal
Octava Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
XIII, Marzo de 1994
Tesis: II.2o.150 P
Página: 367

ESTUPRO. CASTIDAD Y HONESTIDAD EN EL.

La castidad equivale a la pureza sexual de la víctima del delito de que se trata y es un elemento de valoración cultural que debe apreciarlo el juez en cada caso concreto, existiendo a favor de la mujer como presunción juris tantum, debiendo ser objeto de prueba lo contrario; y **la honestidad es su recato o moderación en la conducta sexual operando también la presunción aludida de que ésta se tiene**; de esta manera la castidad tiene que ver con la persona en sí y la honestidad con el parecer o imagen de la persona ante la sociedad, pero en ambos casos es esencial la pureza y recato en la conducta sexual de la víctima.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 1082/93. Cirilo Cruz Sánchez. 26 de enero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Pablo Rabanal Arroyo.

No. Registro: 259,309
Tesis aislada
Materia(s): Penal
Sexta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Segunda Parte, XCVII
Tesis:
Página: 37

ESTUPRO, HONESTIDAD EN CASO DE.

Resulta inaceptable sostener que por el hecho de que la ofendida haya aceptado entrar a la casa donde el acusado tenía un comercio, significa ello que carecía de la honestidad que como elemento del delito consigna la ley y que se exige en el pasivo del estupro; máxime si las relaciones de noviazgo y el estado emotivo que semejante situación entraña, llevan a la mujer a la aceptación de situaciones como la que se presentó; el hecho de que la casa a la que entró se encontrara próxima a su domicilio **no constituye prueba de la deshonestidad de la mujer**, sino que por el contrario, encontrándose en un ambiente relativamente conocido, puede afirmarse que su confianza era mayor; por otra parte, la aceptación del acto sexual mediando promesa de matrimonio hecha por el novio, no significa sino que, debido a la inexperiencia de la mujer pasivo del delito, la promesa engañosa la puede llevar a hacer a un lado las inhibiciones correspondientes.

Amparo directo 2229/65. Antonio de la Cerda González. 29 de julio de 1965. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Abel Huitrón y Aguado.

No. Registro: 209,417
Tesis aislada
Materia(s): Penal
Octava Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
XV, Enero de 1995
Tesis: III.1o.P. 257 P
Página: 182

ADULTERIO, DELITO DE. CASO EN QUE SE CONFIGURA EL ILICITO MEDIANTE EL ELEMENTO ESCANDALO.

Esta figura jurídica se integra, desde el instante en que **se demuestra que la acusada tuvo relaciones sexuales con su coacusado habiéndose ostentado públicamente como esposos**, toda vez que con tal forma de actuar, afrentaron al cónyuge ofendido y dieron mal ejemplo a la moral pública.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 158/94. Lucy María del Perpetuo Socorro Medina Morales. 1o. de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Núñez Salas. Secretaria: Ana Victoria Cárdenas Muñoz.

Este tipo de expresiones son comunes no sólo en el lenguaje penal, sino también en el civil, sin embargo, es en materia penal en donde no caben palabras como éstas, dada la necesaria exactitud en el uso de los términos por parte del legislador, como reflejo mismo del principio de seguridad jurídica y taxatividad de las leyes penales.

Como se puede observar, los términos valorativos no pueden ser objeto de comprobación, más que en ciertos casos y bajo determinados criterios, cuestión que no será tratada en este trabajo por rebasar sus fines propios, pero que debe ser aceptado en ciertos casos, como con el término “obsceno”, por citar sólo un ejemplo, que bajo ciertas circunstancias, aunque sea valorativo, podría ser probado en juicio.

Habiendo establecido esto, podemos decir que cuenta con un doble carácter el principio de legalidad penal:

- 1) Sólo la ley puede establecer un delito y la consecuencia por el mismo, es decir, la pena, y
- 2) Dicha ley ha de describir de manera suficientemente clara la conducta prohibida.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido criterios en el sentido de que las leyes penales deben ser claras, de manera tal que se aprecie cuál es la conducta punible, como reflejo del principio de exacta aplicación de la ley penal.

No. Registro: 175,595
Jurisprudencia
Materia(s): Constitucional, Penal

Novena Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXIII, Marzo de 2006
Tesis: 1a./J. 10/2006
Página: 84

EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. LA GARANTÍA, CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TAMBIÉN OBLIGA AL LEGISLADOR.

El significado y alcance de dicha garantía constitucional no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstenga de imponer por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trata, sino que también **obliga a la autoridad legislativa a emitir normas claras en las que se precise la conducta reprochable y la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito**, a fin de que la pena se aplique con estricta objetividad y justicia; que no se desvíe ese fin con una actuación arbitraria del juzgador, ni se cause un estado de incertidumbre jurídica al gobernado a quien se le aplique la norma, con el desconocimiento de la conducta que constituya el delito, así como de la duración mínima y máxima de la sanción, por falta de disposición expresa.

Amparo directo en revisión 268/2003. 11 de junio de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Amparo directo en revisión 1294/2004. 27 de octubre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Amparo en revisión 534/2005. 22 de junio de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz.

Amparo en revisión 933/2005. 3 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Roberto Ávila Ornelas.

Amparo directo en revisión 55/2006. 8 de febrero de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

Tesis de jurisprudencia 10/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de primero de marzo de dos mil seis.

No. Registro: 175,846
Tesis aislada
Materia(s): Penal
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXIII, Febrero de 2006

PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LA TIPICIDAD CONSTITUYE SU BASE FUNDAMENTAL Y RIGE, CON LOS PRINCIPIOS DE TAXATIVIDAD Y DE PLENITUD HERMÉTICA DERIVADOS DE AQUÉL, COMO PILAR DE UN SISTEMA DE DERECHO PENAL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

El artículo 14 de la Constitución Federal consagra el conocido apotegma *nullum crimen sine poena, nullum poena sine lege* certa traducible como el que no puede haber delito sin pena ni pena sin ley específica y concreta para el hecho de que se trate; de ello deriva la importancia que la dogmática jurídico-penal asigna al elemento del delito llamado tipicidad, entendido como la constatación plena del encuadramiento exacto entre los componentes de una hipótesis delictiva descrita en la ley y un hecho concreto acontecido y probado en el mundo fáctico. La tipicidad es un presupuesto indispensable del acreditamiento del injusto penal que se entiende como la desvaloración de un hecho sin ponderar aun el reproche posible a su autor, y constituye la base fundamental del principio de legalidad que rige, con todas sus derivaciones, como pilar de un sistema de derecho penal en un estado democrático de derecho. Así, del propio principio podemos encontrar como derivaciones los de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley, es decir, que **la descripción típica no debe ser vaga ni imprecisa, ni abierta o amplia al grado de permitir la arbitrariedad**; de igual forma, el principio de plenitud hermética en cuanto a la prohibición de analogía o mayoría de razón en la aplicación de la ley penal, traducéndose en la exigencia de exacta aplicación de la ley que se contiene de manera expresa, en el caso mexicano en el actual párrafo tercero del artículo 14 constitucional que dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 137/2005. 6 de octubre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Fernando Horacio Orendáin Carrillo.

Asimismo, como efecto del principio de taxatividad, el juez debe constreñirse a lo que dispone el legislador al emitir las leyes penales, y a no crear ni el supuesto ni la consecuencia jurídica, es decir, la pena, aún cuando sea obvia su necesaria relación pero no esté establecida.

No. Registro: 183,825

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional, Penal

Novena Época
Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XVIII, Julio de 2003
Tesis: P./J. 25/2003
Página: 18

FALSEDAD EN DECLARACIONES RENDIDAS ANTE AUTORIDAD DISTINTA DE LA JUDICIAL. EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 247 DEL AHORA CÓDIGO PENAL FEDERAL VIOLA LAS GARANTÍAS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL, EN LA PARTE QUE SEÑALA "SE IMPONDRÁN DE DOS A SEIS AÑOS", PORQUE **NO ESPECIFICA LA NATURALEZA DE LA PENA** (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL DIEZ DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO).

El artículo 14, párrafo tercero, constitucional, consigna como garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, la prohibición de imponer penas que no estén establecidas por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate, prohibición que recoge el inveterado principio de derecho penal, que se enuncia como nulla poena sine lege. El alcance de dicha garantía no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstenga de imponer por simple analogía o por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trata, sino que obliga al legislador a emitir normas claras en las que se precise la consecuencia jurídica de la comisión de un ilícito a fin de evitar un estado de incertidumbre jurídica al gobernado y una actuación arbitraria del juzgador. Bajo estas premisas, es válido concluir que el primer párrafo del artículo 247, fracción I, del citado Código Penal, con motivo de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro que establece como una de las sanciones previstas para el delito de falsedad en declaraciones ante autoridad distinta de la judicial, que "se impondrán de dos a seis años", sin especificar la naturaleza de la pena a que se refiere dicho lapso, resulta violatorio de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal y, por ende, de la garantía de seguridad jurídica, al no precisar la naturaleza de una de las dos penas que corresponden a la conducta que describe en su fracción I, esto es, mientras que la sanción pecuniaria se determina expresamente, señalándose los días multa correspondientes, el otro tipo de sanción resulta desconocido para los gobernados, al omitirse la clase de pena a que se refiere, generando incertidumbre tanto para éstos como para los juzgadores obligados a aplicar dicho precepto. La inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 247 del Código Penal Federal afecta específicamente a la pena temporal aplicable a la comisión del ilícito descrito en éste y no así a la sanción pecuniaria prevista en el mismo, la que deberá ser aplicada en los casos concretos que deban resolver los juzgadores, en el entendido de que es sólo la porción normativa precisada la que se estima viciada, subsistiendo válidamente tanto el tipo penal como la sanción pecuniaria respectiva.

Contradicción de tesis 19/2001-PL. Entre las sustentadas por la Primera y Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 24 de junio de 2003.

Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy primero de julio en curso, aprobó, con el número 25/2003, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a primero de julio de dos mil tres.

Ahora bien, los jueces al estar conociendo de una acusación deberán ceñirse a lo que establece la ley, sin poder realmente cuestionarla o poner su legitimidad en tela de juicio. Hay que recordar que los jueces locales y federales tienen competencia para resolver juicios ordinarios, por lo que deben necesariamente de aplicar las leyes tal y como el legislador las ha emitido. Los juzgadores tendrán que interpretar dichas leyes y aplicarlas al caso concreto, y por lo tanto establecer el sentido de cada expresión en particular, aun así la misma sea vaga o valorativa, dado que no existe en México control difuso de constitucionalidad, de ahí que exista la necesidad de acudir a un medio de impugnación constitucional, tal como el juicio de amparo, para que un juez federal en materia de amparo resuelva sobre la constitucionalidad de la ley aplicada. Claro está que los jueces, cuando conocen de juicios que tienen por objeto hipótesis legales como las antes descritas, deberán hacer a un lado toda posición moral y religiosa que tengan sobre el tema, y apegarse a los principios que nuestro sistema jurídico abraza en la Constitución, tales como los de un Estado liberal y democrático. Por lo que, a pesar de que no puedan invalidar una ley, podrán interpretarla de modo tal que sea lo más compatible con los principios que establece nuestro ordenamiento constitucional, y no con los personales que indefectiblemente llevaran a un juicio personal de los hechos, y no a una actuación imparcial y laica por parte de los integrantes del Poder Judicial, ya sea federal o local, tal como lo hemos visto líneas arriba, dado que términos vagos y valorativos aparecen en ambas esferas legislativas.

B) Derecho penal de conducta

Para empezar con el análisis de este punto, hay que recordar simplemente que al iniciar el estudio de la teoría del delito, dentro del análisis del tipo, se hace mención a que uno de sus elementos es el *verbo típico*. Este verbo describe una conducta humana que se realiza por el ser humano, bien puede ser *privar* de la vida a otro en el homicidio, *apoderarse* de una cosa mueble ajena en el robo, *copular* por medio de la violencia física o moral con persona de cualquier sexo en la violación, *otorgar* indebidamente concesiones de prestación de servicio público en el uso indebido de atribuciones y facultades de servidores públicos, *abrir* indebidamente una comunicación escrita que no esté dirigida a él en el delito de violación de correspondencia, *introducir* o *extraer* mercancías del país omitiendo el pago de contribuciones en el contrabando, *votar* a sabiendas de que no cumple con los requisitos de ley en los delitos electorales, *abstenerse* de conocer de los negocios de los que les corresponda sin tener impedimento para ello en los delitos cometidos por servidores públicos, *abandonar* a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo en el abandono de personas, etc.

Todos estos también llamados “verbo núcleo del tipo” describen conductas, acciones u omisiones humanas que pueden ser sujetas a prueba en un juicio, y que constituyen el objeto de la regulación legal misma. En efecto, las leyes pueden adoptar cualquiera de las siguientes modalidades deónticas cuando tienen por objeto la conducta humana: permitir, prohibir u obligar. Al establecer un tipo penal que se sancionará con prisión a quien realice determinada conducta, está asimismo estableciendo la prohibición de realizar dicho comportamiento. Si el artículo 302 del Código Penal Federal establece que comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro, interpretamos que existe una norma en tal disposición, es decir, la prohibición de privar de la vida a otro. Así, las conductas humanas pueden ser sujetas a prohibiciones, permisiones u obligaciones, y por tanto, si partimos de la idea de que la norma inmersa en todos los tipos penales prohíbe una conducta (delitos de acción) u obliga a su realización (delitos de

omisión), entonces tendremos que decir que sólo pueden ser objeto de prohibición por los tipos penales conductas humanas.

Esta cualidad con la que han de cumplir los tipos penales se conoce con el nombre de “derecho penal de conducta”, dado que sólo las conductas humanas pueden ser sujetas a regulación. En oposición a ello, existen tipos penales llamados “constitutivos”, es decir, que prohíben no un hacer o no hacer, sino un *ser*, y por tanto no una conducta humana, sino un determinado status de la persona.

Así, por ejemplo, el Código Penal del Estado de Campeche establece en lo relativo al delito de vagos y malvivientes lo siguiente:

“Art. 226.- Se aplicará sanción de dos a cinco años de prisión **a quienes no se dediquen a un trabajo honesto, sin causa justificada**, y tengan malos antecedentes.

Se estimarán malos antecedentes para los efectos de este artículo, ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad, o explotador de mujeres, o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, tahúr o mendigo simulador o sin licencia.

Art. 227.- A los **mendigos** a quienes se aprehenda con disfraz o con armas, ganzúas o cualquier otro instrumento que dé motivo para sospechar que tratan de cometer un delito, se les aplicará una sanción de tres días a seis meses de prisión y quedarán sujetos durante el tiempo que el juez estime pertinente, a la vigilancia de la policía”.

Asimismo, frente a estos tipos penales constitutivos de autor, por llamarlos así en tanto están dirigidos a sancionar a cierto tipo de personas, existen en la legislación mexicana los que denominaremos tipos penales constitutivos de comisión, es decir, aquellos que a pesar de sancionar en el fondo una conducta humana, la descripción típica no hace referencia a ella, sino únicamente a la denominación de la conducta en abstracto, como lo hace la legislación penal federal en el delito de adulterio.

El artículo 273 del Código Penal Federal establece:

“Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de **adulterio** cometido en el domicilio conyugal o con escándalo”.

Este tipo penal no describe conducta alguna, sino que deja en manos del juez determinar qué se entiende por adulterio, y a pesar de que existe una idea cultural de lo que significa, ello no basta para servir como fundamento legal para la imposición de una pena, por lo que debe reputarse inconstitucional. El tipo penal debe describir de manera expresa una conducta humana, y no encontrarse implícita en él. De otra manera, en el tipo de robo podría la ley simplemente decir, “se aplicará de 2 a 3 años de prisión al que cometa hurto”, cuestión totalmente abstracta que no permite que los individuos sepan qué conducta es la prohibida por la ley.

Por lo tanto, las leyes penales han de sancionar conductas humanas descritas en concreto, no en abstracto, y nunca estados o formas de ser de las personas, sino sus acciones u omisiones.

C) Tipos abiertos

La expresión “tipos abiertos” hace referencia a los tipos penales que para su exacta determinación exigen que el juez los “cierre” mediante la interpretación, integración y aplicación de disposiciones ajenas a la ley que prevé la pena. Es por ello que se han clasificado los tipos penales en *tipos abiertos* en oposición a los *tipos cerrados*, en tanto la descripción típica sea completa o necesite ser completada por el juez para la determinación misma del injusto, ya sea acudiendo a leyes ajenas a las propiamente penales, o incluso a reglamentos u otras fuentes normativas.

Esta figura del “tipo abierto” es considerada como una irremediable excepción al principio de legalidad, dado que se dice que no es la ley la que determina qué conducta es la prohibida, sino es el juez quien en cada caso concreto determina el objeto de prohibición penal. Las dos modalidades de delito que abarca el término “tipo abierto” son los delitos culposos y los delitos de comisión por omisión.²³

Existen sin embargo pronunciamientos de los Tribunales de la Federación que adoptan la expresión “tipos abiertos” en otro sentido. Un ejemplo es la siguiente tesis:

No. Registro: 183,184

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVIII, Septiembre de 2003

Tesis: II.2o.P.97 P

Página: 1444

TIPO PENAL ABIERTO. NO LO ES EL CORRESPONDIENTE AL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD POR EL HECHO DE CONTENER ELEMENTOS NORMATIVOS QUE REQUIERAN VALORACIÓN JURÍDICA O CULTURAL.

Por principio debe aclararse que conforme a la dogmática jurídica un **tipo penal "abierto"**, implicaría la ambigüedad de la descripción a grado tal que fuese la autoridad judicial la encargada, en lo absoluto, de "cerrar" o concluir la descripción típica, supuesto que resultaría incluso incompatible con un sistema o Estado de derecho en el que se respete el principio de exacta aplicación de la ley penal (*nullum crimen sine lege*); sin embargo, es evidente que no puede asignarse tal carácter al delito que ahora se atribuye al quejoso, pues el hecho de que en él se haga referencia a elementos de carácter normativo, por implicar y requerir de la valoración jurídica o cultural por parte del juzgador, no significa que éste realice una función tipificadora de cierre o construcción final de la descripción típica sino,

23 Como dice Baumann "...se debe hacer un distingo entre tipos abiertos y cerrados. Tan sólo estos últimos describen completamente lo injusto y los primeros necesitan ser completados. Según esta interpretación, entre estos tipos abiertos que necesitan ser completados se incluyen en primer término los tipos culposos y los tipos referidos a los delitos impropios de omisión". En BAUMANN, Jürgen, **Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema**, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 84. "Una limitación considerable en las posibilidades de aplicación del principio de legalidad se da en los delitos culposos, en lo que es el juez o tribunal el que tiene que fijar en cada caso el cuidado objetivamente debido al realizar una conducta determinada y en los delitos de comisión por omisión, en los que sólo puede ser sujeto activo el que ocupa una posición de garante del bien jurídico lesionado, posición de garante que tiene que fijar asimismo el juez o tribunal", en CERZEZO MIR, Jose, **Curso de Derecho Penal Español. Parte General**, Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, p. 163.

en todo caso, el encuadramiento valorado del hecho conforme a esa clase de elementos típicos que, válidamente, concurren en la descripción de los delitos conforme a la técnica legislativa empleada, como ocurre en el delito de abuso de autoridad al referirse a los conceptos de actuar "indebido" o "arbitrario". Por tal razón, resulta infundado el concepto de violación en el que, aduciendo lo contrario, se atribuye a la responsable una incorrecta motivación y encuadramiento.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 519/2002. 7 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Jorge Hernández Ortega.

En esta tesis se puede observar cómo la calificación de "tipo abierto" se hace depender de la ambigüedad de la descripción típica, cuestión distinta a la sostenida por la doctrina, que se refiere a ciertas construcciones típicas, mas no al lenguaje del legislador. Para efectos de este trabajo, nos apegaremos al concepto que de tal institución tiene la doctrina.

Estas dos figuras representan una gran dificultad en su estudio en la teoría del delito, dado que implican una tarea mucho más complicada para el juez tanto en la interpretación de la ley como en la argumentación que constituye la motivación de su sentencia. Y es que la manera en que se encuadra el supuesto en la conducta no es la misma que por ejemplo opera en un delito doloso, en que se puede tener en algunos casos tanto elementos objetivos, normativos como subjetivos para la tipificación de la conducta, y hacen mucho más laxa la labor de atribuir un resultado a la conducta enjuiciada. En los delitos culposos y en los de comisión por omisión, es más bien un aspecto meramente normativo el que permite fundamentar la punibilidad de una determinada conducta, por lo que el juez tiene que acudir al marco normativo que regula determinada actividad para establecer si existe o no un desvalor del acto, cuestión ya complicada, y más aún cuando estas dos figuras únicamente son aplicables a los llamados delitos de resultado, en que la conducta está separada espacial y temporalmente del resultado previsto en la ley penal, por lo que a veces no existe un referente empírico o una conducta concreta que se pueda decir que causó de manera natural el resultado.

Hay que señalar que en abstracto, el tipo penal describe con exactitud el injusto, por ejemplo, privar de la vida a otro, sin embargo, es ante la necesidad de la construcción dogmática de culpa o de omisión que el tipo se considera “abierto”, en tanto no determina cuál es la conducta que debe ser objeto de prohibición.

Un segundo elemento en común es que en ambos casos se sanciona un resultado, es decir, un cambio en el mundo fáctico. Hay que recordar que el delito culposo implica la falta de cuidado objetivo en un caso concreto, lo cual trae como consecuencia que el resultado sancionado por la ley tenga lugar. En el delito de comisión por omisión, por otra parte, el sujeto incumple con su deber de garante del bien jurídico, y como consecuencia de ello acontece el resultado.

Ahora bien, el delito culposo es una extensión del tipo, ya que la forma básica de comisión de los mismos es la dolosa, sin embargo, la ley amplía la protección del bien jurídico incluso a aquellas conductas que a pesar de no estar dirigidas a la lesión del bien jurídico, sí implican una grave violación a un deber de cuidado establecido en virtud del riesgo o peligro que implican ciertas actividades o ciertas conductas para los bienes jurídicos. Por su parte, los delitos de comisión por omisión sancionan no sólo a quienes actúan en perjuicio del bien jurídico, sino a quienes con su falta de actuar dañan dicho bien.

Ahora, sin afán de entrar en el estudio particular de estas dos figuras, no podemos decir que las mismas son inconstitucionales por ser tipos abiertos, ya que es imposible que en estos casos la legislación establezca de manera taxativa o exacta qué conductas específicas deben ser sancionadas por ser las directamente causantes de resultados lesivos de bienes jurídicos. No existe ni puede existir legislación en el mundo, o modelo teórico-penal que pueda escapar de ello, al menos no si se quieren sancionar estas formas de conducta. Esta “apertura” del tipo sólo puede ser remediada con la fundamentación y motivación de la sentencia, ya que sólo el juez, quien con la labor argumentativa a favor de su interpretación de la ley penal, puede “cerrar” el tipo penal, de forma tal que con

base en las leyes o en las disposiciones jurídicas pueda establecer que determinado sujeto es responsable de cometer el delito “X”, con apoyo en las disposiciones jurídicas que regulan su actuar o que son fundamento del deber que omitió.

4) Exacta aplicación de la ley penal e imputación objetiva

A) Interpretación de la ley penal

La ley, como objeto de estudio, requiere necesariamente ser interpretada. Toda ley para ser aplicada a un caso concreto, o para su simple comprensión, ha de ser leída de tal manera que se fije su alcance y sentido. Esto resulta ser una actividad compleja, contrario al pensamiento de los partidarios de la escuela exegética, y la gran mayoría de los pensadores de la Ilustración, quienes sostenían que el juez tenía simplemente que aplicar la ley de manera automática, de manera tal que el juzgador no tenía la necesidad ni la facultad para interpretarla. La expresión “interpretación” proviene del latín *interpretatio*, y éste a su vez del verbo *interpretator* que significa: “explicar”. “De ahí que *interpretes*, por extensión, se aplique a aquel que explica, al que esclarece, al que da sentido”.²⁴

El método interpretativo consistente en descubrir el espíritu de la ley resulta totalmente obsoleto y contrario a toda lógica en el Estado de Derecho en que pretendemos vivir. En efecto, este modo de interpretación de las leyes busca

²⁴ Todo esto en TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, Elementos para una Teoría General del Derecho, Editorial Themis, 1998, México, p. 315.

descubrir el sentido immanente en las cosas, en este caso las leyes, requiriendo que el juez realice un estudio metalegal de cuál fue el espíritu y la voluntad de quien realizó la ley en el momento de su creación.

“Muchos engaños y muchos problemas ilusorios de la filosofía metafísica derivan de la *creencia de que las palabras* representan objetivamente conceptos o ideas *cuyos significados deben ser descubiertos* o descritos por la filosofía...”.²⁵ Las cosas no tienen un significado en cuanto tales, tampoco las palabras, sino que es el ser humano quien las dota de sentido. De este modo, “cualquiera que inquiera por el sentido que guardan ciertos objetos, signos o acontecimientos y obtenga una respuesta, se encuentra en realidad, *asignando un significado* a estos objetos, signos o acontecimientos. *El sentido es siempre incorporado mediante la interpretación, pero ni se busca ni se desentraña*”.²⁶

Es por ello que esta concepción que se tenía de la interpretación por parte de la Escuela de la Exégesis, y que trascendió al pensamiento de varios pensadores ilustrados, resulta totalmente inadecuada para la correcta lectura de la ley, dado que considerar “la voluntad del legislador” como criterio definitorio en el sentido y alcance de la misma implica indagar cuestiones que ningún juez puede realmente averiguar. Sobre todo cuando quien crea la ley, en este caso el Congreso de la Unión,²⁷ está conformado por dos órganos distintos, Cámara de Diputados y Cámara de Senadores, las cuales en su conjunto están integradas por 628 legisladores, quienes pudieron haber tenido distintos motivos y razones para aprobar y crear una ley, por lo que no existe un espíritu o una voluntad unánime y unívoca a la que se pueda acudir para desentrañar el espíritu de la ley.

Así, la interpretación que frecuentemente vemos en las sentencias de los Tribunales tanto locales como federales, en las que se acude a la exposición de motivos para defender una interpretación de la ley resultan ser pobres en cuanto a su calidad argumentativa, dado que excluyendo casos por ejemplo en los que se

²⁵ ROSS, Alf, **Sobre el Derecho y la Justicia**, trad. Genaró Carrió, Buenos Aires, EUDEBA, 1970, pp. 109-110.

²⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría del Derecho*, Editorial Themis, México, 1988, p. 317.

²⁷ O bien los Congresos locales que cuentan únicamente con Diputados o con Representantes, en el caso del Distrito Federal.

plantean cuestiones de igualdad, en los que sí es necesario acudir a dicho instrumento legislativo, los jueces han de interpretar las disposiciones normativas con entera independencia de los motivos o intenciones que el legislador haya tenido al crearlas.

Recordemos lo que decía Beccaria respecto de la interpretación de las leyes penales por parte de los jueces: “Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisladores”. Este pensamiento se entiende como una reacción a la manera en que se aplicaban las leyes por los jueces de la época, sin embargo, en tiempos en que el Poder Judicial es independiente de los órganos de acusación y ejecución de las penas, debemos advertir que las circunstancias en que el dicho de Beccaria fue formulado eran otras, completamente distintas a las actuales. Por lo tanto, queda claro que la interpretación corresponde a los órganos de aplicación de las leyes como acto previo y condicionante de ésta, en este caso a los jueces, quienes deberán de dotar de sentido a las expresiones que encuentran en las leyes.

Ahora bien, el operador jurídico al interpretar la Constitución, la ley, un reglamento o cualquier texto normativo asignará el significado que de acuerdo a las demás disposiciones le corresponda, y de esta manera será el intérprete quien al asignar sentido a una determinada disposición establezca la norma que la misma contiene. Siendo así, entendemos por norma “cualquier enunciado que constituya el sentido o significado adscrito a una disposición”.²⁸

Conforme a ello, el intérprete de la ley o de cualquier disposición será quien determine cuál es la norma inmanente en ella, y establezca en primer lugar su contenido normativo, es decir, si la misma prohíbe una conducta, obliga a la misma o bien si la permite y, en segundo lugar, el contenido mismo de la conducta humana. “Las normas jurídicas no se han de confundir o identificar con las disposiciones jurídicas, leyes o artículos en que éstas se expresan. Las normas

²⁸ COMANDUCCI, Paolo, Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo, Fontamara, México, 1999, p. 30.

jurídicas son las reglas de conducta que se hallan reconocidas, expresa o implícitamente, por el orden jurídico”.²⁹

En el campo penal encontramos leyes, todas ellas, que vinculan una sanción con un comportamiento determinado, no establecen de manera expresa que una determinada conducta está prohibida u ordenada, sino simplemente establecen una pena para las personas que cometan aquellos comportamientos y resultados que se encuentran descritos en las leyes. Así, el artículo 302 del Código Penal Federal establece que comete homicidio el que priva de la vida a otro. En este caso advertimos una ley que *per se*, no prohíbe ni obliga acción alguna, sino que sólo establece un caso hipotético al que se relaciona en fracciones del mismo artículo o en otra disposición la sanción que les corresponde. El homicidio puede ser simple intencional (artículo 307), en riña (artículo 308), en duelo (artículo 308, segundo párrafo), calificado (artículo 315), etc., y cada uno de ellos cuenta con una punibilidad propia. Conforme a ello, el código penal sanciona con doce a veinticuatro años de prisión al responsable (al que) de homicidio (prive de la vida a otro) simple intencional. Aquí no se prohíbe de manera expresa la acción de privar de la vida a otro, sin embargo, interpretamos que existe una norma existente en dicha ley, que al vincular la descripción de una conducta con una sanción, prescribe una conducta contraria a la descrita en la ley, y por tanto prohíbe una contraria a la norma. En este caso, la ley penal sanciona al que priva de la vida a otro (descripción de la conducta), y por tanto, interpretamos de la ley una norma que cuyo contenido *prescribe* la prohibición de privar de la vida a otro, por lo que la norma penal subyace a través de la ley penal.

Avocándonos a la interpretación en particular de las leyes penales, el intérprete ha de dotar de sentido a las disposiciones que estudia como requisito previo para su aplicación a un caso concreto. Ahora bien, para que un órgano aplique el derecho (constitución, tratados, reglamentos, etcétera) es necesario que establezca el sentido de los materiales jurídicos que tiene que aplicar. Cabe decir que para que el órgano pueda aplicar cualquier disposición jurídica,

²⁹ TORRES LÓPEZ, Mario Alberto, **Las leyes penales**, 5ª ed., Editorial Porrúa, México, 2005, p. 70.

independientemente del nivel normativo al que se refiera, tiene necesariamente que interpretar el texto normativo como requisito y condición previa para su concreción en un acto jurídico individualizado. Siendo así, cuando las leyes sean claras, oscuras, deficientes, completas, etc., tendrán que ser interpretadas y dotadas de sentido, estableciendo el alcance que se ha de atribuir a cualquier disposición jurídica, en este caso leyes penales.

Así, cuando un animal salvaje priva de la vida a un ser humano, no podemos decir que lo ha hecho en el sentido jurídico de privar de la vida a otro. La muerte no ha sido más que un hecho de la naturaleza, pero no constituye un acto de privación de la vida a que hacen referencia los códigos penales, ya que, haciendo de lado el hecho de que las leyes no se aplican más que a seres humanos, el significado que tiene en la ley privar de la vida, y por tanto la muerte, es muy distinto del que se tiene en el mundo natural, o en el lenguaje común. Por lo que es necesario señalar que el sentido que en el lenguaje ordinario se atribuye a determinados términos no es el mismo que se da cuando se interpreta jurídicamente una disposición jurídica que contiene la misma expresión. Además, la interpretación no es una actividad que el operador jurídico deba realizar sólo cuando la ley sea oscura o deficiente, al contrario, todo acto de aplicación de la ley presupone la interpretación de la misma, aún así su formulación sea clara y sencilla.

“Interpretar una ley tanto significa como determinar y precisar su sentido. Savigny afirmaba que no sólo las leyes oscuras sino también las claras requieren de la interpretación. Y en verdad, su dicho no ha perdido actualidad. Elocuentemente lo ponen en relieve en el ámbito penalístico algunas de las más claras figuras típicas, como, por ejemplo, acontece con la de homicidio –prototipo de sencillez descriptiva-, en la que no obstante surgen cuestiones que demandan la interpretación, como, v. gr., acaece con la relativa a la posible comisión de este delito mediante el aprovechamiento de las fuerzas de la naturaleza o por medios morales o con la de la causalidad. Múltiples veces la aplicación de este diáfano tipo penal encierra en su seno complejas cuestiones interpretativas”.³⁰

Esta opinión cuenta con todo el respaldo jurídico. Pensemos en el caso del

³⁰ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, **Derecho Penal Mexicano**, Tomo I, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 1977, p. 272.

homicidio, que es el mismo a que hace referencia la cita. Su descripción es tan simple que nos haría pensar que cualquier persona puede determinar cuándo se ha privado de la vida a otro. Sin embargo, la simpleza de esta definición es tal que por ello requiere de los métodos más complejos y avanzados para determinar si se ha realizado o no dicho supuesto. Basten para ilustrar este dicho los siguientes ejemplos:

- 1) Un padre manda a su hijo a recoger troncos al bosque durante el transcurso de una tormenta eléctrica. En el camino un rayo alcanza a su hijo y muere. ¿El padre ha privado de la vida a su hijo?
- 2) Varios jóvenes están jugando a aventarse bolas mojadas de papel cuando uno de ellos muere de manera absurda por el impacto de una de estas en su cabeza. ¿Quién lanzó la bola ha privado de la vida al otro?
- 3) Una persona da una mala noticia a otra, y esta última muere por el impacto emocional que le ocasionó. ¿La persona que dio la noticia ha privado de la vida a la otra?
- 4) Una persona lesiona a otra sin saber que tiene hemofilia, cuestión última que impide que sane y ocasiona su muerte a los pocos días. En cualquier otra persona hubiera sido nada más que una simple lesión. ¿La persona que desconocía este padecimiento ha privado de la vida a otro?
- 5) Un conductor de automóvil, cumpliendo con todos los deberes de cuidado, atropella a una persona que sin precaución alguna cruza la calle y muere. ¿El conductor ha privado de la vida al peatón?
- 6) El propietario de un negocio mercantil incumple con todas las obligaciones que en materia de prevención de incendios establece la ley y los reglamentos gubernativos. Al poco tiempo ocurre un incendio en el edificio contiguo que alcanza al establecimiento y éste queda destruido por completo, acaeciendo asimismo la muerte de todos los empleados del lugar. ¿El propietario del negocio ha privado de la vida a sus empleados?
- 7) El encargado de un juego de diversiones deja pasar a un niño que no alcanza la mínima estatura para poder acceder a él. Por la mecánica misma

del juego el niño muere. ¿El encargado ha privado de la vida al niño?

- 8) Un millonario demente manda a construir un edificio cumpliendo con los deberes de cuidado que para tal actividad se exigen pero con la finalidad particular de que en algún momento cualquiera de los obreros caiga de la construcción y muera, lo cual acontece. ¿Esta persona ha privado de la vida al obrero?
- 9) Un ladrón se acerca con una pistola a un automóvil para asaltar a sus pasajeros y quitarles sus pertenencias, sin embargo, al ver esto el copiloto, le da un ataque al corazón y muere. ¿El ladrón ha privado de la vida al copiloto?
- 10) Una madre sienta a su hijo de 2 años en el asiento del copiloto de su automóvil. Posteriormente el auto colisiona e inicia un incendio en el vehículo únicamente en su parte delantera, es decir, los dos asientos delanteros y el cofre, y a causa de esto el niño muere incinerado. De haber sentado al niño en el asiento de atrás, como lo prevé el Reglamento de Tránsito, éste se hubiera salvado. ¿La madre privó de la vida a su hijo?

Estos 10 casos sirven para exponer cómo una cuestión tan simple como saber si una persona ha privado de la vida a otra resulta ser compleja por la descripción aparentemente sencilla del Código Penal, por lo que es necesario interpretar, en cada caso en concreto, si el hecho analizado se encuentra dentro del tipo penal o no. “Cuando la interpretación de las expresiones de que han hecho uso los órganos de creación jurídica revela al intérprete la norma expresada, el siguiente problema es si el caso que se pretende resolver realiza o no la hipótesis legal”.³¹

De manera que, cuando el juez se encuentre ante un caso sometido a su conocimiento tendrá que interpretar las leyes penales que pudieren concurrir en el caso concreto. En este sentido, interpretar puede significar “la adscripción de un significado jurídico a ciertos hechos, signos, acontecimientos o comportamientos, los cuales se constituyen en objetos jurídicos en atención de que son

31 GARCÍA MAYNES, Eduardo, Lógica del Raciocinio Jurídico, Editorial Fontamara, 1994, p. 35.

jurídicamente considerados, o mejor, jurídicamente interpretados, o, la adscripción de un cierto significado al discurso jurídico, leyes, constituciones, tratados, etc”.³² Atendiendo a ello, el juez tendrá que desarrollar dos estudios de distinto nivel, uno que denominaremos “normativo”, el cual tendrá por objeto el adscribir significado y sentido al discurso jurídico, en este caso leyes penales y las demás disposiciones jurídicas que concurran en el caso, y posteriormente realizará un estudio “fáctico” sobre los hechos objeto de juicio para adscribir significado jurídico a los mismos y su relevancia o irrelevancia penal.

Igualmente, a la par de la interpretación de las leyes penales encontramos la integración técnica de las leyes penales, que requiere tomar en consideración los distintos conceptos y regulaciones existentes en la materia sobre la que versa el tipo penal. Pensemos por ejemplo en el tipo de contrabando contenido en el Código Fiscal de la Federación, artículo 102, que dice:

“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.”

Para poder dotar de sentido a este artículo, primero hay que integrar (integrar no en el sentido de llenar lagunas, sino de unir lo que se encuentra separado o disperso) este tipo penal con las distintas disposiciones jurídicas que se refieren a los conceptos de que habla este tipo penal. De ahí que, en primer lugar, habrá que establecer qué se entiende por *país*. El artículo 8 del Código Fiscal de la Federación establece:

“Para los efectos fiscales se entenderá por México, país y territorio nacional, lo que conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos integra el territorio nacional y la zona económica exclusiva situada fuera del mar

³² Tamayo, op.cit., p.381.

territorial”.

Ahora bien, habrá que acudir a la Constitución Federal para observar qué integra el territorio nacional. Su artículo 42 establece:

“Art. 42.- El territorio nacional comprende:

- I.- El de las partes integrantes de la Federación;
- II.- El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;
- III.- El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo situadas en el Océano Pacífico;
- IV.- La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;
- V.- Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores;
- VI.- El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional”.

Posteriormente, el concepto de *mercancías* viene inserto en el artículo 92, penúltimo párrafo, del Código Fiscal de la Federación que establece:

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

Omitir, que implica no actuar en el sentido ordenado por la norma, no hacer una conducta debida.

Contribuciones, artículo 2 del Código Fiscal de la Federación, que en el caso de este delito serían impuestos y derechos:

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

IV. Derechos son las contribuciones establecidas en Ley por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación, así como por recibir servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público, excepto cuando se presten por organismos descentralizados u órganos desconcentrados cuando, en este último caso, se trate de contraprestaciones que no se encuentren previstas en la Ley Federal de Derechos. También son derechos las contribuciones a cargo de los organismos públicos descentralizados por prestar servicios exclusivos del Estado.

Los impuestos específicos que se deben pagar en cada caso como el impuesto general de exportación e importación, impuesto al valor agregado (artículo 1º, fracción IV, y 24), en su caso el impuesto especial sobre producción y servicios (sólo en el caso de importación definitiva, artículo 1º, fracción I).

Por otra parte, el concepto de *cuotas compensatorias*, contenido en el artículo 3º de la Ley de Comercio Exterior, cuya fracción III establece:

III. Cuotas compensatorias, aquellas que se aplican a las mercancías importadas en condiciones de discriminación de precios o de subvención en su país de origen, conforme a lo establecido en la presente Ley;

Permiso de autoridad competente, en la Ley de Comercio Exterior cuyo artículo 21 dispone:

“Corresponde a la Secretaría sujetar la exportación e importación de mercancías a permisos previos y expedirlos conforme a lo siguiente:...”.

Asimismo, los permisos que se requieren por parte de otras autoridades, como las sanitarias. La Ley General de Salud establece:

“ARTICULO 289.- La importación y exportación de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y productos o preparados que los contengan, requieren autorización de la Secretaría de Salud. Dichas operaciones podrán realizarse únicamente por la aduana o aduanas de puertos aéreos que determine la Secretaría de Salud, en coordinación con las autoridades competentes. En ningún caso podrán efectuarse por vía postal”.

Y por último las *mercancías de importación o exportación prohibida*, que se encuentran en esa situación jurídica por Decreto Presidencial o por un instrumento internacional.

Esta integración técnica de la ley consiste en juntar lo que se encuentra disperso en la legislación, y es necesario referirse al marco normativo en el que se encuentra el tipo penal para poder integrarlo con los conceptos y disposiciones que el mismo contiene. Ello es necesario, claro está, para la interpretación de la ley penal, y requiere que el juez tenga un gran conocimiento del entorno normativo para que pueda designar el significado correcto que le corresponde a cada término jurídico.

B) Exacta aplicación de la ley penal

El principio de exacta aplicación de la ley penal es uno de los principales principios del moderno derecho penal. De hecho podríamos decir que es la contraparte, o la otra cara de la moneda, del principio de taxatividad de las leyes penales. Al hacer el estudio del principio de taxatividad establecimos que la definición de los hechos punibles mediante los tipos penales debía hacerse de manera clara y precisa, cuestión que implica una carga para el legislador, y a cuyo cumplimiento no puede renunciar. El principio de exacta aplicación de la ley penal, por otra parte, no es sino el reflejo y efecto mismo del principio de taxatividad, pero en el ámbito no ya de la creación o definición de la ley, sino de la aplicación de la ley misma. Siendo así, el juez se ve compelido a sancionar con una pena un comportamiento si, y solo si, encuadra exactamente con la descripción que hace el tipo penal, excluyendo la posibilidad de que aplique dicha ley a casos parecidos o simplemente no previstos de manera expresa por las leyes penales. El principio de exacta aplicación de la ley penal lo encontramos previsto de manera clara, y sin necesidad de hacer una interpretación profunda, en el artículo 14 de la Constitución Federal, que en su tercer párrafo establece:

“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”.

De hecho, esta disposición constitucional, a pesar de contener el fundamento del principio de reserva de ley y de taxatividad de las leyes penales, enuncia de manera expresa 3 principios claros dirigidos al juez, los cuales son:

- 1) Prohibición de imponer una pena por simple analogía
- 2) Prohibición de imponer una pena por mayoría de razón
- 3) Facultad de imponer pena por existir una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Sostenemos que los mismos se encuentran dirigidos a la autoridad judicial en tanto hablan de la prohibición de **imponer** penas fuera de los casos en que la ley es exactamente aplicable a la conducta, y por lo tanto se encuentra dirigido este mandato a la autoridad que tiene constitucionalmente la facultad de imponer las penas, es decir, el Poder Judicial. El artículo 21 constitucional, a partir de la reforma de 18 de junio de 2008, establece en su tercer párrafo:³³

“La **imposición** de las **penas**, su modificación y duración son propias y exclusivas de la **autoridad judicial**”.

Claro está como antes mencionamos, que este artículo al hacer referencia a que sólo se puede imponer una pena por una ley exactamente aplicable establece el principio de reserva de ley, o al hacer referencia a una ley exactamente aplicable establece también el principio de taxatividad, sin embargo, este artículo se encuentra dirigido de manera especial al juez y le faculta e impone la carga de penar exclusivamente aquellas conductas que constituyen su presupuesto necesario, es decir, los supuestos expresamente previstos por las leyes penales.

³³ El texto anterior a dicha reforma establecía: “Artículo 21. La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial”. El cambio que sufrió este principio fue de ubicación sistemática dentro del artículo 21, y que ahora hace referencia a la modificación y duración de las penas.

Este principio, como todos los existentes en el derecho penal, se traduce en una garantía de libertad y seguridad para el individuo, en tanto sabe que ningún juez cuenta con la potestad para juzgarlo por comportamientos inmorales o anti-sociales, sino únicamente por aquellos que enuncian taxativamente las leyes penales, por lo que el juez se encuentra limitado por disposición constitucional a sancionar sólo aquellos comportamientos que encuadren de manera exacta en la ley.

Este principio, sin embargo, es el de más difícil cumplimiento para los jueces porque es a ellos a quien corresponde determinar qué conductas, dentro de la multiplicidad de ellas y del infinito número de las mismas que el ser humano realiza, encuadra o no en el supuesto del tipo penal, sobre todo cuando estas conductas pueden no parecerse en nada al supuesto descrito en ley, se parecen al grado de pensar que la conducta enjuiciada es la descrita en ley o bien porque son exactamente iguales a las descritas en ley, pero no pueden encuadrarse en ellas. Asimismo, múltiples problemas presenta la interpretación de las leyes penales cuando los jueces afrontan a diario figuras como el concurso aparente de leyes, concurso de tipos, casos de *aberratio ictus*, dilucidar si el delito es competencia de los tribunales locales o federales, etc., (todas estas cuestiones importantes para la interpretación de las leyes penales, pero que exceden los fines de este trabajo), cuestiones que sólo expertos en la materia pueden determinar con precisión y que implican un gran conocimiento teórico-práctico de la materia. Así, el Poder Judicial se enfrenta ante el caos legislativo para interpretar y elegir, de entre todos los tipos penales aquél en que encuadra la conducta del sujeto.

El juez se ve compelido a tomar en consideración la conducta que realizó el individuo, y estudiar si la misma puede ser subsumida exactamente en la ley. Esta labor implica una gran capacidad de abstracción por parte del juez, para que una vez probado que una persona realizó determinada conducta, el juez tome la definición jurídica del delito en concreto y estudie si puede ser subsumida en ella. Esto, sin embargo, tiene una mecánica distinta dependiendo de la clase de conducta que aparece sancionada en el tipo penal.

En la gran mayoría de las legislaciones penales encontramos delitos llamados de “mera actividad”, es decir, aquellos que sancionan simplemente una conducta llevada a cabo por el autor, tal como omitir el pago de contribuciones, ultrajar el escudo de la República, rehusarse a prestar un servicio de interés público, abrir una comunicación escrita no dirigida a quien la abre, realizar cópula por medio de la violencia física o moral, etc. Todos estos tipos penales describen simplemente acciones u omisiones humanas que son las directamente señaladas por la ley como prohibidas, y por tanto, la exacta aplicación de la ley penal estará dirigida a sancionar las conductas exactamente descritas en los tipos penales. El juez no tendrá problema alguno en considerar si en un caso la persona ha cometido o no el delito imputado en su contra, tendrá en un primer término que interpretar la ley para establecer qué se entiende por tal acción u omisión y posteriormente tendrá que averiguar si la conducta que llevó a cabo el agente es exactamente la descrita en el tipo penal. Esta tarea aunque aparentemente sencilla presenta como todo problema jurídico sus puntos agudos o complejos, sin embargo, es factible que exista una gran certeza en cuanto a qué conductas pueden quedar subsumidas en el tipo penal.

Por otra parte, existen también los delitos llamados “de resultado”, es decir, que al igual que los delitos de mera actividad sancionan una conducta humana, pero que se encuentran descritos en los tipos penales en orden o de acuerdo a un determinado resultado. A diferencia de los delitos de mera actividad no son vastos, y encontramos pocos casos en la legislación penal. Ejemplos de estos tipos son los de lesiones y homicidio. En estos casos queda claro, por ejemplo, que a quien acciona un arma de fuego cuyo proyectil impacta en la cabeza de otra persona y muere le podemos imputar el tipo de homicidio, o que a quien agrede a otro con un objeto punzocortante y lo hiere podemos imputarle el tipo de lesiones. Estos supuestos son de fácil solución, y no existe más consideración de aquella causal para tener por acreditado el tipo (presuponiendo claro que hubo dolo o culpa). Sin embargo, los delitos de resultado, tal y como su nombre lo indica, hacen referencia únicamente a un resultado en el mundo fáctico, por lo que es el juez quien debe

determinar qué conducta es aquella a la que se le puede imputar el resultado típico, estableciendo así qué acción u omisión, o qué conjunto de acciones u omisiones, aun cuando provengan de personas distintas, en la situación concreta sujeta a juicio, se encuentran prohibidas por el ordenamiento jurídico. Así, existirán casos en que el juez tenga que tomar en consideración únicamente hechos que deberán ser sujetos a prueba en el proceso, y habrá otros en los que el juez, además de tener por probados ciertos hechos deba establecer también la existencia de situaciones de derecho que deben ser tomadas en cuenta para la imputación de un resultado.

Para resolver estos casos que representan gran complicación en la interpretación y aplicación de los tipos penales, hay que acudir a criterios de interpretación que desde hace años han cobrado una enorme relevancia en la doctrina, y que sirven para atribuir correctamente resultados típicos a conductas humanas, como la teoría conocida como “imputación objetiva”, y que constituye un método de interpretación propio y exclusivo de las leyes penales.

C) Interpretación penal e imputación objetiva

A partir de los años 70's fue cobrando relevancia en el lenguaje penal la expresión “imputación objetiva”. Ésta hacía referencia a un conjunto de criterios que se empezaban a utilizar, sobre todo en Alemania, para determinar la tipicidad de una conducta mediante una interpretación de la ley que utilizaba criterios superiores a los meramente letristas de los tipos penales. Atendiendo a la naturaleza del delito, así como a la finalidad de la pena, se desarrolló esta teoría que buscaba, en concreto, atribuir correctamente resultados fácticos a conductas (acciones y omisiones) humanas. Así, los delitos que encontramos en el Código penal adquieren un matiz distinto al que habían tenido por años, viéndolos desde un punto de vista estrictamente naturalístico, y adquieren un significado

teleológico-normativo que requiere de una construcción más compleja.

Esta teoría de imputación objetiva resulta trascendental en la interpretación de las leyes penales, sobre todo en los delitos de resultado, tanto más complejos de tratar que los de mera actividad, por existir elementos del reproche jurídico-penal, hállese de la conducta (acción u omisión) y resultado, separados en tiempo y espacio.

Con la teoría de la imputación objetiva, la interpretación que se da a la ley penal resulta ser distinta y más avanzada a la pobre interpretación que se da de los mismos hechos descritos en las leyes por parte del ancho de la gente. El término privar de la vida tiene un significado diferente en el lenguaje cotidiano que el que se utiliza en la dogmática jurídico-penal. Así, “no todo causante del hecho realiza el tipo. Y ello no se debe a razones que dependan del dolo del sujeto, sino al significado objetivo del verbo típico... Para ‘matar’ es preciso no sólo causar la muerte, sino que esa muerte pueda imputarse objetivamente al sujeto como a su autor, es decir, como hecho suyo, como ‘perteneiente a él’”.³⁴

De hecho, la teoría o la concepción que actualmente tiene la doctrina e incluso la jurisprudencia mexicana sobre la “exacta aplicación de la ley penal”, acaba siendo desdibujada por esta teoría que ha revolucionado por completo la categoría de la tipicidad, y es que la “exacta aplicación de la ley penal” debe ser vista e interpretada como la *atribución de ninguna otra conducta o resultado que aquel que esta descrito en las leyes penales*, es decir, **no se puede imponer pena a una conducta que se parezca o pudiera parecerse a la descrita en un tipo penal, sino específicamente a la que consigna aquél**. Esto significa que, en los delitos de resultado, sólo se impondrá pena con fundamento en la ley que establece el hecho de “privar de la vida a otro”, ello es a lo que se refiere la “exacta aplicación de la ley penal; otro ámbito muy diferente es determinar *cuándo una persona ha privado de la vida a otra, cuándo ha lesionado a otro*, etc., terreno que corresponde precisamente a la imputación objetiva, y que requiere de

³⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, Lineamientos básicos de imputación objetiva, Angel Editor, México, 2001, p. 17

métodos de interpretación e integración de la ley penal ajenos a cualquier otra rama jurídica. De esta manera, la ley penal no siempre será un fundamento suficiente para decir que una persona ha cometido lesiones u homicidio, aunque sí necesario, sin embargo, habrá de referirse a la entera legislación penal e incluso a otro tipo de disposiciones, como lo puede ser leyes en materia administrativa, mercantil, civil, reglamentos, permisos, etc., dependiendo del caso concreto.

La estricta aplicación de la ley penal, al menos en los delitos de resultado, que es en donde ha presentado mayores problemas, se ha entendido históricamente desde un punto de vista “naturalístico”, dado los orígenes mismos de la teoría del delito, en los que el fundamento de la tipicidad en los delitos de resultado dependía de manera absoluta de la relación causal que existiera entre la conducta y el resultado. Sin embargo, estas doctrinas e ideas deben ser abandonadas si se quiere avanzar en la interpretación de las leyes, sobre todo tratándose de delitos de resultado. Cuando la ley hace referencia a que homicidio es “privar de la vida a otro”, no se está aludiendo para nada a una relación causa-efecto, sino a un efecto que ha de llevarse a término. A eso se refieren los resultados que consignan los tipos penales de resultado, lo cual limita al juez en la interpretación de los tipos penales. Por lo tanto, derivado del estudio de este principio de legalidad penal en la aplicación de los tipos penales, derivamos dos aspectos del mismo en los delitos de resultado que aunque no han sido formulados así por la doctrina o la jurisprudencia, consideramos que son a los que se refiere la exacta aplicación de la ley penal en los delitos de resultado:

- a) no se puede penar más que por el resultado o conducta que aparece tipificado en la ley, no por uno parecido, sino exactamente por el descrito en la ley,³⁵ y
- b) el resultado atribuido a la conducta ha de llevarse a término, es decir, ha de consumarse.³⁶

³⁵ Es decir, no se puede penar más que por el delito de privar de la vida a otro, o de fracturar un hueso a otro, etc., únicamente esos, y no otros que pudieren ser más graves, por ejemplo.

³⁶ En pocas palabras, ha de llevarse a término la conducta de privar de la vida a otro, se ha de consumir, a reserva de que se pueda sancionar por tentativa de homicidio, cuestión distinta al homicidio mismo.

A estas dos cuestiones se refiere la exacta aplicación de la ley penal en los tipos de resultado, y no a una relación natural entre la conducta humana y los resultados descritos en la ley. En un primer momento, la teoría del delito así lo consideró erróneamente. En el sistema clásico, el fundamento de la tipicidad se encontró precisamente en la causalidad, es decir, en la relación causa-efecto de una conducta con respecto al resultado, acudiendo a métodos extra-jurídicos como las ciencias naturales, o físicas, para tener por acreditada la tipicidad. Posteriormente, en el sistema neoclásico, esta exagerada intromisión de aspectos que no fueran jurídicos en las ciencias penales se hizo notar, al reaccionar la doctrina penal introduciendo en el ámbito de la tipicidad el llamado causalismo valorativo, es decir, el fundamento de la tipicidad pasó a ser la causalidad adecuada para constatar si la conducta había ocasionado el resultado. Posteriormente en la doctrina final de la acción, la estructura causal siguió siendo la misma, pero con la inclusión de las construcciones dogmáticas de la acción finalista y de todas las implicaciones que aparejaban en el terreno de la tipicidad. Finalmente, las teorías más revolucionarias de hoy en día, representativas del mayor avance del derecho penal en nuestra época, nos hacen ver como el dogma causal ya no es más que un fósil en la teoría de la tipicidad, y que el tipo penal requiere siempre de una valoración jurídica que va más allá de lo que se puede percibir por medio de los sentidos, que requiere de una valoración normativa de la situación concreta para definir y atribuir responsabilidad a cada uno de los actuantes en un hecho presuntivamente delictivo.

Así, el juzgador, al estar ante un caso de homicidio o lesiones, tendrá que acudir a las disposiciones jurídicas que regulan la actividad que generó el deceso para revelar a quién se le pueden imputar dichos resultados, acudiendo a las leyes penales, leyes de carácter no penal, reglamentos, etc., para encontrar el fundamento jurídico que le permita imputar el resultado a una persona.

Es necesario recalcar que esto no significa una violación constitucional, sino una mera interpretación sistemática del ordenamiento jurídico en el que nos desarrollamos, tomando en cuenta las disposiciones jurídicas de todo nivel en el

respectivo ámbito competencial que les corresponda, lo cual implica desentrañar en la ley penal la norma jurídica que subyace en ella e integrar, en el caso concreto, las demás disposiciones jurídicas que concurren en ella. Se requiere de una interpretación sistemática ya que para poder interpretar correctamente una disposición es necesario relacionarla y concatenarla con todas las demás disposiciones del ordenamiento, dado que las normas no se encuentran aisladas y desplegando sus efectos de manera independiente, sino siempre con relación a las demás, de manera tal que es el ordenamiento jurídico en su plenitud el que permite interpretar la norma en cada disposición jurídica.

Baste para defender esta postura lo que uno de los más grandes filósofos del derecho y la política, Norberto Bobbio, definió como “interpretación sistemática”, diciendo que se llama así “a aquella forma de interpretación que obtiene sus argumentos del presupuesto de que las normas de un ordenamiento, o, más exactamente, de una parte del ordenamiento (en este caso el Derecho penal) constituyan una totalidad ordenada, y por tanto sea lícito aclarar una norma oscura o incluso integrar una norma deficiente recurriendo al denominado ‘espíritu del sistema’, *incluso yendo en contra de lo que resultaría de una interpretación meramente literal*”.³⁷

Por lo tanto, hay que hacer a un lado toda interpretación letrista de la ley, dado que la misma no produce más que pobres conclusiones en la lectura e interpretación de las normas, la cual nos puede llevar a resultados absurdos cuando se aplican la mismas. “Cuando el científico o el juez tratan de interpretar una ley, no pueden ceñirse a los escuetos preceptos de ella, que a menudo son únicos que contempló el legislador, sino que han de armonizarlos con el conjunto del ordenamiento jurídico nacional del país (interpretación sistemática)... una ley no tiene sólo valor aislado, sino que recibe limitaciones y colorido de todas las otras leyes.”³⁸

³⁷ BOBBIO, Norberto, Teoría general del derecho, trad. Eduardo Rozo Acuña, Editorial Debate, Madrid, 1992, p. 192.

³⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de derecho penal, Tomo II, 3ª ed., Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, p. 414.

¿Qué quiere decir esto? Pues bien, la legislación mexicana establece que el homicidio es “privar de la vida a otro”, lo cual significa que será penalizado quien prive de la vida a otro típica, antijurídica y culpablemente. Ahora, para lo que aquí interesa, habrá que saber a quién se le puede atribuir, con base en criterios de imputación objetiva, el hecho de “privar de la vida a otro”. En pocas palabras, qué supuestos de hecho concretos quedan comprendidos dentro del supuesto abstracto y genérico de la ley.

La ley describe de manera genérica y abstracta qué es lo sancionado por la ley, por lo que es necesario que el operador jurídico acuda al conjunto de situaciones jurídicas y de hecho que concurrieron en el acontecimiento objeto de juicio para poder interpretar, jurídicamente, qué fue lo que sucedió. Una persona no letrada en leyes podrá decir en un caso que la persona que impactó el automóvil que venía del otro lado de la carretera, mató a cinco personas. Una persona conocedora de Derecho penal podrá establecer, en el mismo caso, todo lo contrario, que la persona que venía manejando el automóvil impactado fue quien realmente privó de la vida a las cinco personas que venían en su vehículo.

Asimismo, resulta interesante advertir cómo en determinados supuestos, dados los criterios que se pueden llegar a utilizar en cada uno de los casos, puede ser que un juez local aplique disposiciones federales, sin que ello implique una invasión de competencias. Por ejemplo: una persona conduce por una carretera federal con exceso de velocidad y este priva de la vida a otro de manera imprudente. En este caso nos encontramos ante un homicidio, por lo que debe conocer un juez del fuero común, ya que no existe delito alguno que haya cometido en el ámbito federal. Ahora bien, el juez local necesariamente habrá de referirse al Reglamento federal para fundar jurídicamente su sentencia, ya que es en dicho ordenamiento federal en el que encuentra sustento el riesgo prohibido que creó el conductor, y que finalmente se realizó en el resultado típico.

La teoría de imputación objetiva ha desarrollado criterios que permiten,

atendiendo a principios de justicia, e incluso a criterios lógicos, imputar correctamente resultados fácticos. Por ejemplo, la inclusión del criterio del riesgo permitido (por mencionar sólo uno de ellos) ha contribuido enormemente a la delimitación del tipo por las siguientes razones. “Un comportamiento que genera un riesgo permitido se considera socialmente normal, no porque en el caso concreto esté tolerado en virtud del contexto en el que se encuentra, sino porque en esa configuración es aceptado de modo natural. Por tanto, los comportamientos que crean riesgos permitidos *no son comportamientos que hayan de ser justificados, sino que no realizan tipo alguno.*”³⁹

Por lo tanto, aún así se cause la muerte, lesiones o algún otro resultado como producto de una actividad riesgosa permitida, dichos resultados no podrán ser vistos o considerados como “homicidio” o “lesiones” en un sentido jurídico-penal, sino únicamente como muertes o lesiones desde un punto de vista naturalístico.

Por mencionar un solo criterio de imputación, sin la introducción del concepto “riesgo permitido”, múltiples resultados ocasionados por actividades riesgosas que son tan normales en nuestra vida diaria como la conducción de automóviles, la construcción de edificios, el manejo de sustancias químicas peligrosas, etc., serían criminalizados y por tanto ocasionarían una intolerable intromisión en la dinámica social al considerar típicos los resultados causados por estas actividades. En cambio, si consideramos el “riesgo permitido” como un concepto que excluye la imputación al tipo penal, podremos decir que quien conduce un automóvil cumpliendo con todos los deberes de cuidado del reglamento de tránsito y atropella a una persona causándole la muerte, no ha cometido un homicidio en sentido penal, es decir, su conducta no encaja en el tipo penal de homicidio aun cuando causal e incluso adecuadamente haya ocasionado el mismo resultado que está descrito en la ley. En sentido contrario, a quien conduce un automóvil incumpliendo los deberes de cuidado que el reglamento de tránsito exige y atropella a una persona causándole la muerte, ésta le podrá ser

³⁹ JAKOBS, Günther, **Moderna Dogmática Penal**. Estudios Compilados, Editorial Porrúa, México, 2002, p.226.

imputada y por tanto habrá cometido el delito de homicidio, ya que si bien la actividad de conducir automóviles es un riesgo permitido, lo es en tanto se cumpla con los deberes de cuidado que el reglamento de tránsito exige, de manera tal que si éstos se violan, se eleva el riesgo pasando de un riesgo permitido a uno prohibido, y por tanto, la causación de un resultado por la violación del deber de cuidado sí se le puede imputar objetivamente con base en normas.

El principio del “riesgo permitido” resulta totalmente compatible con nuestras actuales sociedades de riesgo, en las que la industrialización, el uso de sustancias químicas peligrosas, el sinnúmero de enfermedades que son posibles de transmitirse por vía sexual, en fin, situaciones que se han hecho parte de nuestra vida diaria y que se han incorporado a la dinámica social de un modo comúnmente aceptado. Esto, naturalmente, ha derivado en un derecho penal moderno que ha tenido la necesidad de adecuarse a las exigencias de la sociedad.

Asimismo, la tipicidad queda excluida cuando se realiza un riesgo permitido aun cuando exista dolo por parte del individuo en crear dicho riesgo y buscar un resultado lesivo de bienes jurídicos, es decir, quien emprende la construcción de un edificio cumpliendo con todos los reglamentos que regulan dicha actividad con el único fin de que eventualmente alguno de los obreros de la construcción sufra un accidente y muera, no estará ocasionando un homicidio en sentido penal, ya que los fines o intenciones con que un individuo emprende la realización un riesgo permitido resultan totalmente intrascendentes para la imputación del tipo penal. Así también, quien sale a conducir por la tarde su automóvil con la intención de impactar a una persona y lesionarla, pero cumpliendo con el cuidado que exige ésta actividad, no habrá cometido lesiones en un sentido penal aún cuando ese era su fin, es decir, aun así cuando la finalidad del agente desencadenó el curso causal que concluyó con el resultado representado y querido por el autor, éste no le podrá ser imputado, ya que el riesgo permitido excluye de relevancia penal toda consideración que se haga del dolo para atribuirle consecuencias penales. Esto demuestra cómo aun cuando en un plano causal-objetivo y en el subjetivo

podamos afirmar la tipicidad de una conducta, será un elemento que derivemos de las disposiciones jurídicas el que nos permita afirmar o negar la tipicidad de una conducta.

5) Analogía

A) Interpretación analógica

Podríamos decir que actualmente casi todos los hechos y actos que el ser humano realiza en su interacción con otros están aprehendidos de una u otra forma por las leyes. Y es que, a través de siglos la legislación o la manera en que en cada momento histórico se han regulado las relaciones sociales, se ha buscado tener reglas claras para definir situaciones y resolver conflictos que por éstas mismas acontecen. Cuando las personas tienen un desacuerdo o un conflicto en relación al derecho que a cada quien le asiste o a la consecuencia que determinados hechos actualizan, acuden éstos por lo general ante un juez, a quien piden la solución del conflicto. Partiendo del sistema de división de poderes que rige hoy en día, el juez tendrá que acudir a las disposiciones generales y abstractas que el legislador ha emitido, las interpretará, y una vez que ha comprobado la actualización de las mismas las aplicará para resolver el caso concreto, emitiendo lo que se conoce como una norma individualizada o un acto jurídico individualizado mejor llamado “sentencia”, en la cual plasma y decide la controversia que ha sido sometida a su consideración.

Ahora bien, lo más común es que toda situación encuentre una regulación expresa por parte de la ley, sin embargo, dada la imposibilidad del legislador, y del ser humano en general, de prever todas las situaciones posibles que acontecen en el mundo real y de dotarlas de consecuencias jurídicas, el legislador mismo ha previsto una forma en la cual dichas situaciones pueden ser remediadas por el mismo sistema jurídico al que se acude para encontrar una respuesta.

En el Derecho común, el artículo 18 del Código Civil Federal establece:

“El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia”,

y el artículo 19 dice a la letra:

“Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho”.

En estos dos artículos reside el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace de dos situaciones:

- 1) La existencia de situaciones concretas que no cuentan con previsión expresa por parte de la ley
- 2) La necesidad de resolver dichas situaciones con elementos o medios que el mismo ordenamiento jurídico provee.

Estas situaciones tienen el nombre de “lagunas” del ordenamiento jurídico, es decir, la ausencia de una disposición normativa a la que el juez pueda acudir para solucionar el problema puesto a su conocimiento.

Estas lagunas del ordenamiento jurídico se refieren a casos que se someten a la consideración de un juez, y ante los cuales no existe una regla expresa que de manera automática pueda aplicar en la sentencia para resolver el caso analizado, es decir, el caso concreto puesto al conocimiento del juzgador no ha sido taxativa o expresamente previsto por el legislador, por lo que el juzgador se encuentra ante el silencio por parte de la ley, pero ante la necesidad de, por obligación legal, resolver el caso concreto.

El sistema, previendo este tipo de situaciones, establece reglas o directrices que de cierta manera orientan la actividad del juzgador para encontrar una

solución al caso, y es aquí en donde el concepto mismo de “laguna” adquiere un cierto matiz, partiendo de la idea o concepto conocido como “plenitud del ordenamiento jurídico”. De hecho, la idea de las lagunas viene implícita en la de la plenitud, ya que la palabra laguna se predica ahí en donde no debería de existir, o en donde debería de existir plenitud o completitud. Es decir, se habla de “lagunas” ahí en donde “algo”, en este caso el sistema jurídico, debe ser completo o pleno.

La idea o abstracción de la “plenitud del ordenamiento jurídico” significa que aún y cuando para un caso específico no exista solución “aparente” alguna, el juez cuenta con medios que el mismo sistema provee para la solución del caso, a través de métodos autointegrativos,⁴⁰ es decir, que encuentra en el orden jurídico mismo, consistentes como es aceptado por la doctrina en los principios generales del derecho y en la analogía.⁴¹ Por lo tanto, partiendo de esta idea, podrán existir únicamente aparentes lagunas del ordenamiento, o lagunas de la ley, mas no del ordenamiento o del sistema jurídico, ya que el mismo ofrece la forma de “llenarlas”. Cuando el juez advierte una laguna y partiendo de la idea de que el sistema jurídico es pleno, aquél se hará de los medios que el mismo ordenamiento ofrece para solucionar el problema, por ejemplo la analogía, o los principios generales del derecho para cumplir con el mandato que impone el artículo 18 del Código Civil Federal. El operador jurídico creará mediante la analogía una solución al caso concreto o, incluso podríamos decir, una disposición jurídica para el caso en particular, de ahí la *naturaleza creativa* de la analogía o interpretación analógica, dado que tomando en cuenta en criterio de la semejanza creará el supuesto que conecta la consecuencia jurídica que resuelve el problema. Más que un criterio interpretativo es un criterio de creación o producción normativa. La analogía consiste en aplicar a un caso no previsto por el orden jurídico una disposición jurídica que rige un caso similar o semejante.

El orden jurídico se nos presenta como un sistema cerrado, en el que todo

⁴⁰ Es por ello que se le conoce también como “plenitud hermética del ordenamiento jurídico”, dado que cierra las posibilidades a que sean elementos extra-sistemáticos los que se utilicen para llenar las lagunas. Esta característica de “hermético” restringe a que sea dentro del ordenamiento jurídico en donde se encuentren las posibles soluciones para llenar las lagunas que advierte el juez, sin necesidad de acudir a medios heterointegrativos del ordenamiento.

⁴¹ Tamayo y Salmorán, Rolando, Elementos para una Teoría General del Derecho, Editorial Themis, 1998, México, p. 139.

problema o conflicto tiene solución haciendo uso de los elementos que el mismo aporta. El juez, por ejemplo, podrá ampliar el radio de extensión de un determinado concepto jurídico para subsumir el hecho concreto en el mismo, y así dotarlo de las consecuencias jurídicas que determinada institución de derecho acarrea.⁴²

La interpretación analógica, en estos casos, dotará al juez de un medio eficaz para resolver el conflicto que conoce, dada la voluntad de las partes de que él lo resuelva y la exigencia por ley de resolverlo.

Ahora bien, la analogía, aplicable a todos los campos del Derecho, se encuentra prohibida en Derecho penal, y es que para empezar, la razón misma que da origen a que ésta se aplique tanto en el ámbito civil como en el administrativo no existe en materia criminal.

Toda la mecánica antes mencionada tiene un trato totalmente diferente en el Derecho Penal, y es por ello que la analogía se encuentra prohibida en esta rama jurídica. Para empezar, desde la Constitución misma, en su artículo 14, se reconoce la posible existencia de lagunas en la ley, y de la manera en que estas pueden ser “completadas”, diferenciando la manera en que opera esto en materia penal y en la civil. El artículo mencionado dice en sus párrafos segundo y tercero:

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

⁴² Así por ejemplo, el método conceptual utilizado en el Derecho permite realizar conceptos abstractos que describan las características de cada institución jurídica, y así aglutinar en dichos conceptos todos los casos concretos que, haciendo un lado las particularidades de cada uno, puedan ser subsumidos en esa definición o concepto abstracto. “Gracias a los conceptos el jurista nunca está abandonado y puede operar de una manera rápida y eficaz, puesto que, cuando analiza un fenómeno jurídico real que carece de regulación legal, lo único que necesita es subsumirlo dentro de un tipo y, una vez realizada esta operación personal, las consecuencias jurídicas vienen por sí solas, ya que están predeterminadas en el concepto abstracto”, en NIETO, Alejandro y Gordillo, Agustín, Las limitaciones del conocimiento jurídico, Editorial Trotta, 2003. Unas páginas antes, los mismos autores escriben: “De tal manera cuando nos encontramos ante un fenómeno nuevo, desconocido hasta entonces y que, por ende, no tiene régimen jurídico alguno ni sabemos qué hacer con él, escogemos un concepto general, desnudo de características individuales, por ejemplo el contrato, y lo extendemos a la figura nueva, de la que sólo sabemos que puede ser tenida por contrato (lo que no tiene nada de difícil habida cuenta de la abstracción del mismo). Pues bien, una vez calificada de contrato -o de contrato real, quizás- aplicamos al nuevo fenómeno el régimen jurídico de los contratos reales y con ello suplimos los silencios de la ley. Y lo mismo podemos hacer con figuras conocidas y reguladas por la ley, pero reguladas de manera deficiente, ya que con este método conceptual, en un juego de ascensos y descensos (de primeras generalizaciones y de concreciones posteriores), tenemos una respuesta para todo”.

En los juicios del *orden civil*, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y *a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho*".

De la lectura de esta disposición constitucional derivamos dos conclusiones:

- 1) La Constitución diferencia lo que es la **materia civil** de la materia penal, reconociendo para la primera la posibilidad de la **existencia de lagunas de la ley y abriendo la posibilidad a que sean colmadas** con los principios generales del derecho y,
- 2) **Desconoce la posibilidad de que puedan existir lagunas en la materia penal, cerrando las puertas** a que el operador jurídico utilice **métodos de integración del ordenamiento jurídico** como la analogía, la mayoría de razón o cualquier otro.

En conclusión, "podemos decir que en las leyes civiles hay lagunas y que la plenitud hermética del derecho obliga a llenarlas; mientras que en Derecho penal no las hay, pues el espacio libre entre las conductas típicamente antijurídicas, es jurídicamente permitido a virtud del principio de reserva. Precisamente porque el orden jurídico penal es herméticamente pleno..."⁴³

El principio de legalidad, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, desarrollado en la Ilustración por Beccaria, y después establecido de manera definitiva en el tipo penal por Ernst Von Beling, exige que **la conducta que se pretende penar por el derecho penal sea descrita en las leyes penales, por lo que todo aquello que no encuadra en estas disposiciones no existe para el derecho penal**. No hay necesidad de resolver un determinado conflicto, si para empezar éste no cuenta con relevancia penal. La naturaleza misma de la materia, que es de establecer prohibiciones a las acciones u omisiones humanas, implica que todo lo que está fuera de él se encuentra permitido.

⁴³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, **Tratado de Derecho Penal**, Tomo II, 3ª ed., Editorial Losada, 1964, p. 479.

En materia penal opera la oposición que hace Kelsen a la existencia de lagunas, oposición misma que fundamenta en el principio “lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido”.⁴⁴ Y es que si el Derecho penal establece de manera limitativa las conductas humanas que se encuentran prohibidas a través de disposiciones que se conocen como tipos penales, entonces podemos decir que todas aquellas conductas que se encuentran fuera o que no están descritas por los mismos se encuentran permitidas, o al menos que no existe una consecuencia jurídico-penal por las mismas.⁴⁵ Ahora, bien puede ser que la conducta que se analiza sea muy parecida a la establecida en el tipo penal, y que inflija igual o mayor daño al bien jurídico protegido, o que su supuesto sea semejante o similar al previsto en la ley, pero en atención al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la conducta ha de quedar impune.

Una argumentación contraria nos llevaría a que el juez estaría creando ya sea el supuesto (tipo penal), o bien, la consecuencia de un delito (pena en cualquiera de sus modalidades), cuestión que se encuentra prohibida por el principio de taxatividad de las leyes penales.

B) Analogía legal

Naturalmente, la analogía a la que se ha hecho referencia aquí surge al momento de la aplicación de la ley, sin embargo, existen otros casos en que la aplicación de la analogía se encuentra en la ley misma. El maestro Jiménez Huerta hace referencia a la *analogía legis*, es decir, cuando el tipo penal expresamente dispone que es aplicable a casos distintos, pero semejantes o similares a los expresamente descritos. Existen, en efecto, figuras típicas que literalmente establecen su aplicabilidad a otros casos similares o análogos a los

⁴⁴ KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, UNAM, México, 1983, pp.254-255.

⁴⁵ Bien pueden ser una infracción administrativa, y por tanto encontrarse prohibidas en dicho ámbito, pero no así en el penal.

expresamente previstos”.⁴⁶ Haremos especial mención a este punto por la relevancia que implica prever una posible analogía dentro de la descripción misma de los tipos penales.

Dentro de estos casos, tenemos claros ejemplos tales como los siguientes tipos penales contenidos en el Código Penal Federal.

El artículo 135, fracción II que sanciona al que:

“II.- Residiendo en territorio ocupado por el Gobierno:

b) Mantenga relaciones con los rebeldes, para proporcionarles noticias concernientes a las operaciones militares u *otras que les sean útiles*”.

El referente a terrorismo, artículo 139:

“Se impondrá pena de prisión de seis a cuarenta años y hasta mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten, al que utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o *similares*, material radioactivo o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o *por cualquier otro medio violento*, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios públicos, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para atentar contra la seguridad nacional o presionar a la autoridad para que tome una determinación.

El artículo 167, respecto a delitos en materia de vías de comunicación y de correspondencia:

“I.- Por el solo hecho de quitar o modificar sin la debida autorización: uno o más durmientes, rieles, clavos, tornillos, planchas y *demás objetos similares* que los sujeten, o un cambiavías de ferrocarril de uso público”;

El artículo 169:

“Al que ponga en movimiento una locomotora, carro, camión o vehículo *similar* y lo abandone o, *de cualquier otro modo*, haga imposible el control de su velocidad y pueda causar daño, se le impondrá de uno a seis años de prisión”.

⁴⁶ Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Editorial Porrúa, p. 281.

y el artículo 170, primer párrafo, que establece:

“Al que empleando explosivos o materias incendiarias, o *por cualquier otro medio* destruya total o parcialmente una nave, aeronave, u otro vehículo de servicio público federal o local, o que proporcione servicios al público, si se encontraren ocupados por una o más personas, se le aplicarán de veinte a treinta años de prisión”.

El maestro dice que estas figuras “ponen en manos del juzgador decretar mediante la analogía, similitud o semejanza con los descritos expresamente en el tipo penal, la imposición de una pena, a través del procedimiento de valorar creativamente si esos otros medios o formas no expresados por la ley, son o no similares a los en ella concretamente descritos. Y esto es aplicar el tipo por analogía; por analogía creadora; por analogía legis, lo cual está prohibido taxativamente por el párrafo tercero del artículo 14 constitucional”.⁴⁷

Compartimos parcialmente la opinión del maestro dado que, por ejemplo, respecto del artículo 135, fracción II, inciso b), concurrimos en la ilegitimidad de la expresión “u otras que les sean útiles”, pero no por el hecho de que permita establecer por analogía cuáles otras noticias son útiles, sino por la vaguedad del concepto y el alto grado de poder de discreción que implica para el juez determinar qué información es útil y cuál no, de manera que es el juez el que crea el desvalor sancionado, no la ley, y el ciudadano se encuentra ante la indeterminación del tipo penal de establecer qué información es útil. Sin embargo, haciendo a lado la vaguedad de la expresión “u otras que le sean útiles”, podemos advertir que el hecho de proporcionar noticias concernientes a las operaciones militares es un ejemplo de aquello que el legislador reputa como noticias útiles para los rebeldes, sin embargo, del ejemplo que la ley da no se alcanza a determinar o esclarecer realmente qué otro tipo de noticias le pueden ser útiles a los rebeldes por la infinidad de usos que se le puede dar a dicha información. Por lo tanto, concurrimos con la opinión del maestro en la ilegitimidad de la expresión “otras que le sean útiles”

Respecto del artículo 139 referente al terrorismo, el precepto incorpora la

⁴⁷ Idem, p. 283.

expresión “otro medio violento”, en este caso, no estamos de acuerdo con que nos encontramos ante una analogía prohibida, ya que el tipo penal establece el calificativo con que ha de contar el medio, es decir, “violento”, por lo que el juez se encuentra restringido a ello, y no es posible exigir al tipo penal que señale de manera limitativa todos los medios violentos de los que se puede valer el sujeto activo para cometer el delito.

En el caso del artículo 167 antes mencionado, referente a quien quite o modifique sin la debida autorización; uno o más durmientes, rieles, clavos, tornillos, planchas y *demás objetos similares* que los sujeten, etc., podemos decir que aun y cuando deja en manos del juez determinar esos otros *objetos similares*, la misma ley lo restringe a que sean aquellos que los sujeten. En este caso, la ley enuncia de manera ejemplificativa y no limitativa los objetos que los sujeten,⁴⁸ dada la dificultad con que el legislador podría enunciar, por los avances tecnológicos por ejemplo, aquellos objetos a que hace referencia el tipo penal.

En el caso del artículo 169, compartimos la opinión del maestro en tanto que la determinación del “vehículo similar” queda en manos del juez, y con base en la semejanza o en la similitud, el tipo legitima la aplicación de tal precepto a casos parecidos a los enunciados en tal disposición. Opinión contraria tenemos respecto a la expresión “de cualquier otro modo”, dado que la inclusión de él equivale a que en ningún momento se hubiera hecho referencia al modo particular de comisión de la conducta, por lo que el legislador demuestra su desinterés respecto al modo en particular en que se pierda en control del vehículo.

En el caso del artículo 170, primer párrafo, la expresión “o por cualquier otro medio” hace ver la irrelevancia por parte de la descripción típica en cuanto al medio empleado para destruir total o parcialmente una nave, aeronave, etc. Por lo que el medio comisivo en este delito resulta totalmente intrascendente, por ello la expresión “o cualquier otro”; lo que es objeto de reproche penal es la mera

⁴⁸ No se logra entender a bien el tipo penal descrito, ya que no se puede saber con exactitud la expresión “y demás objetos similares que los sujeten”, ya que nunca hace referencia a un objeto sujetado por los tornillos, rieles, clavos, etc. Para efecto del presente análisis, únicamente se toma en cuenta la expresión “objetos similares”, pertinente al estudio de la analogía, aún reconociendo la deficiencia con que este tipo penal está redactado.

consecución del resultado. Igual sería que la ley no hubiere hecho mención en lo absoluto a medios comisivos, si a final de cuentas toma en consideración cualquier medio para sancionar dicha conducta.

Habiendo analizado estas disposiciones, en que la analogía está prevista por ley, es decir, en aquellos casos en que la misma ley dispone que se aplique a casos similares, habrá que establecer en cada caso concreto *si las expresiones*, tales como “o por cualquier otro medio”, “y demás similares”, “u otras que le sean útiles”, “o por cualquier otro medio violento”, “en cualquier otro lugar”, etc., *constituyen realmente un poder de discreción del juez que permite determinar, dentro de la configuración de los tipos penales, el objeto de prohibición.*⁴⁹

Como puede observarse, la analogía a la que hemos hecho referencia es aquella que atribuye consecuencias de derecho no previstas en la ley que resultan perjudiciales para los individuos. Es por ello que se le conoce como analogía *in malam partem*. Ahora bien, la analogía *in bonam partem* en materia penal sí se encuentra permitida, por no constituir un perjuicio para las personas. En efecto, si las razones por las cuales una ley da un tratamiento benigno a una situación concurren también en otra, entonces son asimismo aplicables a ésta, de tal manera que debe de aplicarse la disposición más benigna a la no contemplada de esa forma.

Un caso claro por ejemplo de lo que puede ser la analogía en beneficio o *in bonam partem* dentro del campo procesal es el siguiente:

El Código Penal para el Distrito Federal prevé una manera distinta para perseguir el delito de violación y el de abuso sexual. El artículo 174, relativo al delito de violación, dice en su último párrafo:

“Si entre el activo y el pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja, se impondrá la pena prevista en este

⁴⁹ Claro que está que en caso de una impugnación de tal ley por la expresión mencionada, el efecto podría ser únicamente declarar inconstitucional la misma, y no el precepto completo, es decir, dejar insubsistentes las expresiones “por cualquier medio útil”, “por cualquier medio violento”, etc.

artículo, en estos casos el delito se perseguirá por querella”.

Por su parte, el artículo 176, relativo al abuso sexual establece en su último párrafo establece:

“Este delito se perseguirá por querella, salvo que concurra violencia”.

Como se puede observar, el delito de violación, en el caso de cónyuges, concubinos o parejas, se persigue por querella del ofendido, en cambio, el abuso sexual se persigue por querella, salvo que concurra violencia en el mismo. De una interpretación letrista podríamos llegar a la absurda conclusión de que los meros tocamientos realizados por un cónyuge a otro con el uso de violencia moral se tendrían que perseguir de oficio por el Ministerio Público, en cambio, la violación entre cónyuges, realizada obviamente por medio de la violencia, se perseguiría por querella de parte ofendida. Por el contrario, tendremos que decir que existe igual razón para perseguir por querella el abuso sexual con violencia entre los cónyuges, que la que existe en el delito de violación, por lo que utilizando la analogía podemos concluir que para perseguir el delito de abuso sexual entre cónyuges con uso de violencia se requiere querella de parte agraviada.

Existen ,claro, quienes niegan la posibilidad de la analogía en estos casos, sin embargo, nosotros consideramos que es perfectamente compatible este tipo de razonamiento dentro del campo procesal, en este caso, tratándose de un requisito de procedibilidad como la querella, que excluye la persecución de oficio de un delito.⁵⁰

⁵⁰ Se podría alegar en contrario de este planteamiento la regla que contiene el artículo 263 del Código Penal para el Distrito Federal, que establece lo siguiente: “Sólo podrán perseguirse a petición de la parte ofendida, los siguientes delitos: I. Hostigamiento sexual, estupro y privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales; II. Difamación y calumnia; y III. Los demás que determine el Nuevo Código penal para el Distrito Federal”. Y en tanto no se prevé la querella para el delito que estamos comentando, entonces se debe perseguir de oficio. Asimismo, lo que establece el artículo 114 del Código Federal de Procedimientos Penales, que establece: “Es necesaria la querella del ofendido, solamente en los casos en que así lo determine el Código Penal u otra ley”. Sin embargo, consideramos que en este caso, en que la analogía es clara, y que incluso podríamos hablar de una mayoría de razón, debe aceptarse la viabilidad de este planteamiento.

6) Mayoría de razón

El argumento interpretativo conocido como “mayoría de razón” es también conocido en la doctrina como argumento “a fortiori”.⁵¹ Para empezar hay que señalar la complicación que ha representado para la doctrina hacer una clara separación entre este método interpretativo y la analogía. Hay corrientes que consideran que éste argumento es una especie de la analogía, y hay quienes sostienen que cuenta con autonomía respecto de ésta. Por lo que, antes de hacer mención de la razón por la que este método de interpretación se encuentra prohibido para el derecho penal hay que señalar, a grandes rasgos, la diferencia que advertimos entre la analogía y la mayoría de razón para justificar su estudio por separado.⁵²

Hay que comenzar diciendo que el argumento a fortiori se suele dividir en dos formas o vertientes. El argumento *a maiori ad minus* y *a minori ad maius*.⁵³ Sin hacer un estudio minucioso de ambas figuras, el argumento *a maiori ad minus* se aplica a situaciones o disposiciones ventajosas o permisivas. Por otra parte, el argumento *a minori ad maius* se aplica a situaciones o disposiciones desventajosas o prohibitivas

En el caso del argumento *a maiori ad minus* podemos citar el siguiente ejemplo:

“Quien puede disponer de la cosa vendiéndola también puede arrendarla”.

En el caso del argumento *a minori ad maius* tenemos el siguiente ejemplo:

“Quien no tiene capacidad de ejercicio para administrar su propio

⁵¹ KLUG, Ulrich, Lógica jurídica, trad. J.C. Gardella, Editorial Temis, Colombia, 1990, p. 188.

⁵² Aunque la justificación se encuentra en el mismo artículo 14 constitucional, párrafo tercero, que los diferencia claramente, en cuya parte que interesa establece “no podrá imponerse por simple analogía, ni aún por mayoría de razón, pena alguna...”.

⁵³ Existe sin embargo quienes simplemente estudian los argumentos de forma separada, sin hacer de alguno de ellos una especie de otro, de manera tal que los dividen en: argumento *a simili ad simile*, argumento *a maiore ad minus*, argumentum *a minore ad maius* y argumento *a fortiori*.

patrimonio, tampoco lo tiene para administrar uno ajeno”.

En resumen, podemos decir que el argumento de mayor razón o *a fortiori* es utilizado por el operador jurídico cuando considera que una determinada situación de hecho *no prevista en la ley*, merece en *mayor medida* la consecuencia jurídica que la situación expresamente prevista por la ley.

Ahora bien, la semejanza que existe entre la analogía (argumento *a simili ad simile*) y el argumento *a fortiori* (argumentos *a maiore ad minus* y *a minore ad maius*) consiste en que de ambos se deriva o extrae una *norma implícita* del supuesto previsto por la ley para así aplicarlo al imprevisto. La diferencia en cambio, radica en que en la analogía se considera que hay igualdad o paridad de razones para extender la consecuencia de la hipótesis prevista por ley a la imprevista, mientras que en el argumento *a fortiori* no existe igualdad de razón, sino *mayor razón* para atribuir las consecuencias jurídicas del hecho previsto al imprevisto por la ley. En síntesis, todos estos argumentos tienen como resultado el *aplicar a un supuesto no expresamente previsto por la ley* la consecuencia jurídica con que cuenta el supuesto previsto, sin embargo, la diferencia radica en el procedimiento racional que se utiliza para llegar a tal conclusión, consistente en la utilización de cualquiera de los argumentos antes mencionados.

Pues bien, habiendo establecido esto es fácil dilucidar por qué la “mayoría de razón” se encuentra prohibida para el derecho penal. Como antes se mencionó, tanto el argumento de la mayoría de razón (o *a fortiori*) como la analogía extraen o desprenden del hecho expresamente previsto en la ley una *norma implícita* aplicable a los supuestos imprevistos por el orden jurídico. Si se utilizara un procedimiento de esta clase como fundamento para aplicar una ley penal, es claro que se estaría contraviniendo el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Federal que señala que “En los juicios del orden criminal no podrá imponerse pena alguna que no esté decretada por una ley *exactamente aplicable al delito* de que se trata”, de lo que se colige que no se puede aplicar una pena con base en una *norma implícita* que se extrae de la ley para aplicarla a un hecho o supuesto no

previsto, sino que debe imponerse la pena únicamente cuando la ley sea exactamente aplicable, y por tanto, cuando el hecho objeto de análisis esté expresamente previsto por la ley, nunca más.

Por ejemplo, si el Código Penal sancionara a quien causará lesiones a otra persona, sin prever expresamente el supuesto del homicidio, por mayoría de razón podríamos interpretar que si está penado y por tanto prohibido afectar la integridad corporal de una persona, con mayor razón o *a fortiori* lo está también el privarla de la vida, en tanto constituye la forma última de afectación a la integridad corporal y a la salud. Es decir, derivamos del delito de lesiones una *norma implícita*, que consiste en “no dañar la integridad y salud de la persona, y por tanto la vida de la misma” y aplicamos la consecuencia jurídica del supuesto de lesiones al homicidio cometido, en este caso la pena de prisión, dado que existe una “mayor razón”, o una “razón de mayor peso” para sancionar el homicidio de la que existe para sancionar las lesiones. En un caso así, un juez podría determinar que si se pena lo menos grave, en este caso las lesiones, con mayor razón debe pensarse lo más grave, es decir, el homicidio. Este tipo de razonamiento no es válido en la interpretación y aplicación de las leyes penales, dado que por mandato constitucional se exige que la pena se aplique exactamente al delito de que se trata, por lo que aunque pudieran existir razones de mayor peso para sancionar una conducta imprevista a la legalmente prevista, nos encontraríamos siempre con el infranqueable obstáculo de la disposición constitucional que prohíbe tal proceder.

Capítulo II

Exigencias constitucionales de las leyes penales

1) Sistemas constitucionales de permisión penal

No hay quien se haya manifestado, con fundamento jurídico, por la falta de capacidad del Estado para establecer los delitos y las penas que por los mismos corresponden, en pocas palabras, no se cuestiona el derecho penal subjetivo del Estado, expresado con el latinismo *ius puniendi*, con el que está investida la institución estatal para determinar las conductas que son consideradas como delitos. Por supuesto que en el plano filosófico y político se ha hecho este cuestionamiento, sin embargo, jurídicamente existe un consenso en el sentido de que el Estado cuenta con la facultad para determinar delitos y penas, a pesar de no existir una disposición expresa en nuestro máximo ordenamiento que así lo establezca.

Existen en nuestro país 32 Códigos penales locales, un Código Penal Federal y un Código de Justicia Militar, sin embargo, no existe una disposición en la Constitución Política a la que podamos acudir que permita al legislador de manera expresa establecer delitos, es decir, no existe un artículo constitucional en el cual se pueda decir que encuentran su fundamento los 34 códigos penales mencionados. Hemos advertido que en numerosas sentencias de la Suprema Corte de Justicia se pretende encontrar el fundamento para establecer delitos federales en el artículo 73, fracción XXI, sin embargo, esto nos parece incorrecto, dado que esta fracción únicamente habla de la creación de figuras delictivas cuando la Federación sea sujeto pasivo, más no puede de ninguna manera ser el fundamento jurídico para todos los delitos que encontramos en el Código Penal Federal. En efecto, la fracción en comento establece en la parte que interesa:

“Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deben imponerse”.

Así, la Constitución en ninguno de sus 136 artículos, ni en sus transitorios, establece la potestad del Estado para determinar delitos, salvo casos muy específicos como los contenidos en el artículo 16, por ejemplo, que establece la obligación de penar determinadas conductas cometidas por servidores públicos, fuera de ahí, el máximo ordenamiento del país no dice nada más. Sin embargo, podemos interpretar que la Constitución, de manera implícita ha permitido al legislador la definición de delitos al hablar de ellos en varios artículos constitucionales, tales como los artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22 y 23, y que aún y cuando no exista una permisión expresa por parte de la Constitución para la definición de delitos, tampoco existe una prohibición para realizar lo contrario, es más, existen artículos, como los antes mencionados, que hablan de la existencia de leyes penales y por tanto se encuentra en ellos la capacidad del Estado para sancionar conductas penalmente.

Partiendo de lo antes mencionado, es pertinente señalar que todos los países en sus Constituciones adoptan alguna de los siguientes modelos para penalizar conductas.⁵⁴

1) Permisi3n ilimitada.- Son aquellos sistemas jur3dicos que dotan al legislador de una facultad absoluta para establecer delitos.

2) Permisi3n ilimitada con exclusi3n de materias.- Existe la facultad del legislador de determinar qu3 conductas constituyen delitos, pero en determinadas materias no se permite la intervenci3n penal.

3) Permisi3n limitada.- Aquellos sistemas en los que constitucionalmente se establece sobre qu3 materias se pueden establecer delitos.

⁵⁴ Ver en TORRES L3PEZ, Mario Alberto, Las leyes penales, Editorial Porrúa, M3xico, 1993, p. 168.

Observando estos tres modelos, podemos concluir que el sistema jurídico mexicano adopta el segundo modelo, es decir, el de permisión ilimitada con exclusión de materias, ya que establece una libre facultad del legislador de criminalizar conductas, pero excluye de dicha potestad determinadas situaciones, así como cierto tipo de penas. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 17 constitucional, último párrafo, que establece que nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil, y el artículo 22, que determina qué penas están prohibidas en nuestro país, tales como la mutilación, los azotes y la pena de muerte.

Desgraciadamente, nuestra Constitución deja la puerta abierta al legislador para que establezca todo tipo de delitos, y esto tiene una trascendencia enorme para el desarrollo de la vida social en México, dado que no es sino ante un examen judicial posterior, cuando una persona puede ya estar sujeta a prisión preventiva o incluso condenada ante la jurisdicción ordinaria, que la Suprema Corte de Justicia se puede manifestar sobre la constitucionalidad de una ley penal mediante el uso de métodos interpretativos de carácter constitucional, tales como la ponderación y la razonabilidad, y no ante la existencia de un principio claro en la Constitución que le permita determinar si el legislador se sobrepasó en el ejercicio de su capacidad incriminadora o si tal resulta legítima.

Una posible solución para disminuir este inmenso poder con que cuenta el poder legislativo sería establecer en la Constitución directrices y principios claros que orienten la actividad de creación de leyes penales, de manera tal que el legislador tenga que observarlos de manera ineludible. Los principios del derecho penal son bien conocidos por sus estudiosos, tales como el de utilidad de la pena, ultima ratio, etc., sin embargo, sería bueno que se introdujeran algunos de ellos para que la actividad legislativa los tuviera que observar en todo momento y el Poder Judicial, en su tarea de interpretación y aplicación de leyes, tuviere un rayo de luz que iluminara su trabajo, y se pudieran postular esos principios como vinculantes para los órganos legislativos y no como meros dogmas doctrinarios

carentes de significado en la vida práctica.

A) Obligación de criminalizar conductas

El legislador opera en el derecho penal de igual manera a como lo hace con otras ramas del derecho; realiza reformas, modificaciones, adiciones, supresiones, etc., todo ello por virtud de los cambios y necesidades económicas y políticas de la sociedad en cuestión. Esta tarea da una amplia libertad al legislador para crear y suprimir tipos penales según lo considere correcto, otorgando y retirando la tutela penal a distintos bienes jurídicos según lo considere adecuado.

El legislador no cuenta con directrices en la Constitución a las cuales acudir para determinar cuáles son los bienes jurídicos que merecen tutela penal, sin embargo, sí hace referencia a algunos de ellos en su artículo 19, que sin hacer mención a que deben existir tipos penales que los protejan, sí los prevé al menos como existentes dentro de la legislación penal. El artículo 19 constitucional, reformado el 18 de junio de 2008, establece que el juez deberá dictar de oficio prisión preventiva cuando se esté ante el caso de procesos penales por delitos de “delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violento como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”.

Así, podemos desprender de esta disposición constitucional cierto interés del legislador por proteger penalmente bienes jurídicos como la vida, la libertad sexual, la libertad personal, la seguridad de la nación, la salud, etc. Esto claro no debe leerse como una obligación expresa que hace la Constitución para sancionar todas las conductas que atentan contra estos bienes, ya que ni siquiera podría deducirse qué conducta en concreta es la que debe el legislador prohibir, dado que un mismo bien jurídico se puede lesionar con una multiplicidad de conductas, salvo el caso por ejemplo de homicidio doloso, en que el bien jurídico “vida” sólo

se puede agravar de una sola manera, es decir, con la muerte. Únicamente hay que ver los casos de robo, fraude y abuso de confianza, así como las numerosas fracciones de los preceptos que los contienen, que tienen por bien jurídico tutelado el patrimonio, pero desde distintas formas de agravio al mismo.

Por lo tanto, no podríamos ver en la Constitución la obligación expresa de sancionar todas las conductas que atenten contra esos bienes, lo que sí nos puede hacer ver la Constitución, es la legitimación con que cuenta el legislador para tutelar de manera penal esos bienes jurídicos,

El legislador, ya sea local o federal, se encuentra obligado constitucionalmente a tipificar conductas en los siguientes casos, de acuerdo con la reforma de 18 de junio de 2008:

- 1) Artículo 16 constitucional, párrafo cuarto: “La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. **La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal**”.
- 2) Artículo 16 constitucional, párrafo décimo: “Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. **Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal**”.
- 3) Artículo 16, párrafo duodécimo: “Las comunicaciones privadas son inviolables. **La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas**, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan

información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley”.

- 4) Artículo 16, párrafo decimoséptimo: “La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y **su violación será penada por la ley**”.
- 5) Artículo 19 constitucional, párrafo cuarto: “El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. **La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal.** La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad”.
- 6) Artículo 20 constitucional, Apartado B, fracción II. “De los derechos de toda persona imputada: A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. **Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura.** La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio”;
- 7) Artículo 109 constitucional, fracción II, junto con la fracción III, tercer párrafo.- “**La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación**

penal”; y (fracción III, tercer párrafo).- Las **leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos** que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. **Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes**, además de las otras penas que correspondan.

8) Artículo 127 constitucional, fracción VI. “El Congreso de la Unión, las Legislaturas de los Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, **en el ámbito de sus competencias, expedirán las leyes para hacer efectivo el contenido del presente artículo** y las disposiciones constitucionales relativas, **y para sancionar penal** y administrativamente **las conductas que impliquen el incumplimiento o la elusión por simulación de lo establecido en este artículo.**

9) Decreto constitucional publicado el 24 de Agosto de 2009. “El Congreso de la Unión, las Legislaturas de los Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en el **ámbito de su competencia, deberán tipificar y sancionar penal** y administrativamente las conductas de los servidores públicos cuya finalidad sea eludir lo dispuesto en el presente Decreto, dentro de un plazo de 180 días naturales siguientes a su entrada en vigor”.⁵⁵

Estos nueve supuestos son aquellos en que el legislador se encuentra obligado constitucionalmente a penalizar conductas, fuera de ellos, el legislador es libre de penalizar cualquier conducta, en tanto atienda a los principios establecidos en el Capítulo I y respete los derechos fundamentales.

⁵⁵ Este decreto habla de retribuciones y salarios de servidores públicos.

Como se observa de la lectura de estos artículos constitucionales, todos los casos están referidos a supuestos en los que aparece como sujeto activo un servidor público, con excepción del caso de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, en que la Constitución establece la obligación de sancionar penalmente “cualquier acto”, sin importar si la persona de la que proviene tiene calidad de servidor público o no, que atente contra la libertad y privacidad de las comunicaciones privadas. Claro está que una posible interpretación podría ser que en tanto se trata de una garantía individual (o derecho fundamental), ésta se encuentra tutelando un derecho subjetivo del individuo oponible sólo frente al Estado. Sin embargo, hay que mencionar que sobre esto ya existe un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia en el sentido de que esta previsión constitucional es oponible también a particulares. Reflejo de esto es la siguiente tesis:

No. Registro: 190,651

Tesis aislada

Materia(s): Constitucional

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XII, Diciembre de 2000

Tesis: 2a. CLXI/2000

Página: 428

COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPETAR LA INVOLABILIDAD DE AQUÉLLAS, CONSTITUYEN UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL, POR LO QUE RESULTAN CONTRARIAS A DERECHO Y NO DEBEN ADMITIRSE POR EL JUZGADOR CORRESPONDIENTE.

El artículo 16, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las comunicaciones privadas son inviolables; que exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada; que dicha petición deberá ser por escrito, en la que se funden y motiven las causas legales de la solicitud, expresando el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración; y que no se podrán otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. El párrafo décimo de dicho numeral señala que las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes, y que los resultados de

las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio. Ante ello, debe estimarse que fue voluntad del Poder Revisor de la Constitución establecer como derecho fundamental la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y, en contrapartida, la obligación exigible tanto a las autoridades como a los gobernados de respetar dicha prerrogativa, lo que da lugar a que si un gobernado realiza la intervención de alguna comunicación privada sin el consentimiento expreso e irrefutable de los que la entablan, incurrirá en un ilícito constitucional; por ende, si dentro de un juicio civil, en cualquiera de sus especies, *una de las partes ofrece como prueba la grabación de una comunicación privada que no fue obtenida legalmente, tal probanza debe estimarse contraria a derecho y, por tanto, no debe admitirse por el juzgador correspondiente, pues ello implicaría convalidar un hecho que en sí mismo es ilícito.*

Amparo en revisión 2/2000. Norma Angélica Medrano Saavedra. 11 de octubre del año 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: María Elena Rosas López.

Resulta particularmente interesante que la mitad de los supuestos en que la Constitución ordena penalizar conductas están referidos a actuaciones de las autoridades dentro de procedimientos penales, lo cual hace ver desde luego la importancia que tiene la dignidad y la libertad humanas en el trato que recibe por parte del Estado mexicano. En efecto, tres de ellos se refieren a la detención o retención realizada por las autoridades con exceso del tiempo que constitucionalmente les está facultado, y el otro al respeto de la persona del acusado para guardar silencio sobre los hechos delictivos que le imputan. Esto refleja claramente la intención de acotar y limitar el poder con que cuentan los órganos de acusación y juzgamiento sobre la libertad del individuo, restringiendo su actuar a determinados tiempos dentro de un procedimiento penal (averiguación previa) o dentro del proceso penal, cuyo incumplimiento deviene en la actualización de un delito.

Asimismo, a través de tratados internacionales se ha creado la obligación del Estado mexicano de penalizar las conductas que éstos prevén.

En efecto, por virtud de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el Estado mexicano se encuentra obligado a sancionar la tortura. El artículo 4 de esta Convención establece:

“1. Todo Estado Parte velará porque todos los actos de tortura constituyan **delitos conforme a su legislación penal**. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura”.

Asimismo, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cuyo artículo 5 establece:

“Cada Estado Parte adoptará medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias **para tipificar como delito en su derecho interno las conductas** enunciadas en el artículo 3 del Presente protocolo, cuando se cometan intencionalmente....

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, que en su artículo 7 establece:

“Los Estados Parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

c) **Incluir en su legislación interna normas penales**, civiles y administrativas, así como de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”.

Como se puede observar, no sólo la Constitución vincula al legislador a crear leyes penales, sino también los tratados internacionales, por lo que hay que atender a éstos y a sus disposiciones para advertir si el Estado mexicano está acatando tales obligaciones o si, por el contrario, está incurriendo en responsabilidad internacional.

B) Descriminalización de conductas

En el tema antes expuesto tratamos las conductas que debían ser consideradas en la legislación penal, federal y local, como delito. Al existir una disposición constitucional expresa en el sentido de que tales conductas deben ser consideradas como delito, el legislador está obligado a tipificarlas y a sancionarlas penalmente, de no hacerlo, nos encontraríamos con una omisión legislativa que sólo en algunos casos podría ser subsanada por los órganos jurisdiccionales.

En el desarrollo de la política criminal del Estado el legislador criminaliza y descriminaliza múltiples conductas, dado que las necesidades sociales siempre marcan una tendencia a una mayor o menor protección de ciertos bienes jurídicos, o bien encuentran una mayor y más eficaz protección mediante vías distintas de la penal.

Como se sabe, la selección de los bienes jurídicos por parte del legislador obliga a éste a considerar la especial forma de afectación que busca proteger, ya que no todos los bienes jurídicos se encuentran protegidos, y los protegidos no lo están respecto de todas las formas de afectación que pueden sufrir. Todo esto implica una decisión político-criminal por parte del legislador que vuelve a los bienes jurídicos en dinámicos, en tanto que dentro del derecho penal se encuentran en constante movimiento.

Existen casos, sin embargo, en los que el legislador no cuenta con autonomía política, y se encuentra con un mandato constitucional para sancionar penalmente cierto tipo de comportamientos. Como vimos en el estudio anterior, son pocos estos casos, y en ellos existe la obligación de crear leyes penales y las penas correspondientes por la comisión de estos comportamientos.

Cuando el legislador retira la tutela penal a cierto bien jurídico mediante la supresión de un tipo penal, o bien no se la concede desde un principio, nos podemos encontrar ante las siguientes situaciones:

- 1) El legislador no establece un tipo penal aun ante el mandato expreso de la Constitución.- En este caso el legislador estaría en pleno desacato a la Constitución, ya que ésta ordena que la conducta que describe sea considerada como delito por el legislador mediante la creación de una ley penal. Tal es el caso por ejemplo de la obligación expresa de penalizar la prolongación de la detención en la etapa de preinstrucción. Si el legislador no hubiera establecido una ley penal que sancionara esta conducta, nos encontraríamos con una violación constitucional, pero que por constituir una omisión legislativa, no podría ser remediada a través de medios jurisdiccionales.

- 2) El legislador establece un tipo penal por mandato expreso de la Constitución, y posteriormente suprime dicho tipo penal.- Aquí nos encontraríamos ante una ley penal que sanciona una conducta cuya penalización está obligada por mandato constitucional, pero que posteriormente el legislador considera que no merece tutela penal, por lo que suprime la ley. Esto también sería un acto inconstitucional, pero que sí podría ser remediado por la vía jurisdiccional,⁵⁶ simplemente anulando tal reforma a la ley. La autoridad jurisdiccional en este caso tendría que declarar inconstitucional la reforma a la ley penal, y decretar la continuación de vigencia de la misma.

- 3) El legislador no establece un tipo penal y no existe obligación expresa constitucional para hacerlo.- Aquí no existiría conflicto alguno, dado que sería una decisión político-criminal por parte del legislador de no otorgar tutela penal a un bien jurídico. Asimismo, no podría considerarse que existe una “laguna” en la ley, ya que como bien se sabe, no existen lagunas como tal en el Derecho penal, por lo que el legislador no estaría incurriendo en

⁵⁶ Claro está que habría que dilucidar qué medio de control constitucional sería procedente, ya que mediante el juicio de amparo promovido por la víctima, los tribunales federales difícilmente podrían restablecer la vigencia de la ley, en tanto seguramente el pronunciamiento del Juez Federal sería que en nada agravia al quejoso el hecho de que se suprima un tipo penal, dado que la ley le está siendo aplicada al sujeto activo del delito, y no a él, en su carácter de víctima. Por lo que nos parece que el medio más factible, atendiendo a los criterios y prácticas judiciales que tenemos, sería atacar esta reforma mediante la acción de inconstitucionalidad, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

una omisión, al no existir una obligación preexistente para crear una ley penal.

- 4) El legislador establece un tipo penal sin obligación expresa constitucional y posteriormente lo suprime.- En este caso, nos encontramos primero ante una decisión político-criminal del legislador por brindar tutela penal a un bien jurídico sin que exista una disposición constitucional que establezca dicha obligación. Posteriormente el legislador, en una decisión soberana, retira la tutela penal a dicho bien, ya sea porque encontró una forma distinta de protegerlo o bien ya no era necesaria la intervención penal en tal conflicto, por lo que en este caso tampoco podríamos hablar propiamente de una omisión legislativa o de una laguna de la ley, en tanto no existe mandato para que ésta exista.

Estos son los 4 casos que nos podemos encontrar ante la descriminalización de una conducta por parte del legislador. En el caso 1), debemos decir que las legislaciones cumplen con el mandato constitucional, en tanto sancionan penalmente las conductas que por mandato expreso de la Constitución deben estarlo. En el supuesto 2), no tenemos conocimiento de que se haya incurrido en una violación constitucional al crear una ley penal por mandato expreso constitucional, y después se haya derogado o suprimido aquélla. En el supuesto 3), nos encontramos ante la situación de que el legislador no prevé sanción penal para cierto tipo de conductas, simplemente porque son parte de la propia interacción social. A veces, sin embargo, nos encontramos con conductas que lesionan de manera grave bienes jurídicos, pero que no son consideradas como delito, en tanto no existe ley penal en la cual encuadre dicha conducta. En este caso nos encontraremos ante una necesidad, si acaso social y económica para sancionar penalmente cierto tipo de conductas lesivas de bienes jurídicos, pero no se puede hablar de lagunas de la ley penal, como ha sucedido varias veces con los llamados “delitos de cuello blanco”.

Tratándose del caso 4) tenemos ejemplos muy claros en la legislación penal

federal, en que se derogaron los tipos penales referentes a la calumnia y la difamación. En estos casos, el legislador por conveniencia social elige retirar la tutela penal a los bienes jurídicos intimidad y honor de las personas por haber encontrado un modo más eficaz para protegerlos, sin que nadie haya dicho que el legislador estaba incurriendo en una omisión al no penalizar estos comportamientos.

Cabe mencionar que recientemente se dio un caso que actualizó este supuesto, y cuya solución llegó hasta nuestro máximo tribunal de justicia. En efecto, mediante reforma de 26 de abril de 2007 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal reformó el Código Penal, despenalizando la interrupción del embarazo en las primeras doce semanas de gestación. La reforma a la que nos referimos quedó plasmada de la manera siguiente:

“ARTÍCULO 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio”.

Esta ley fue atacada vía acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y los conceptos de invalidez estaban dirigidos a atacar la omisión del Distrito Federal en penalizar el aborto y en buscar defender la vida del producto de la concepción. En este caso, los razonamientos y la discusión de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia se centraron en determinar si constituía o no un derecho fundamental de la mujer decidir sobre su propio cuerpo a grado tal de interrumpir el embarazo hasta las doce primeras semanas de gestación. Sin embargo, consideramos que la discusión se debió de haber centrado, cuando menos en primera instancia, en si existía o no una omisión por parte del legislador del Distrito Federal en penalizar esta conducta en concreto y, por ello, una obligación preexistente para hacerlo. Como antes vimos, los casos en que existe una obligación para penalizar una conducta están

establecidos expresamente en la Constitución, y entre éstos no se encuentra el de penalizar la interrupción del embarazo en los primeros 3 meses de gestación. Por lo tanto, no podía existir una omisión por parte del legislador local para sancionar esta conducta dado que no existía una obligación constitucional preexistente que así lo estableciera. Así, el caso en que una conducta es discriminatoria no constituye realmente un problema jurídico (salvo los casos ya mencionados), dado que la decisión de retirar la protección penal a un bien no puede derivar o significar una omisión en la tutela de dicho bien, sino una decisión político-criminal por parte del legislador en que decide no intervenir en ese tipo de conflictos sociales, al menos no por medio del control penal.

2) Bien jurídico tutelado

El bien jurídico ha sido considerado siempre como un elemento de análisis dentro del tipo penal, sin embargo, representa algo más en un Estado que aspira a ser un Estado constitucional de derecho. El bien jurídico constituye el objeto protegido por la ley penal, bien sea la vida, la libertad corporal, la libertad sexual, el patrimonio, la salud, etc., y por ser el derecho penal la última instancia a la que se recurre por vía legislativa para tratar conflictos sociales, representa también una manifestación por parte del legislador de los bienes que se consideran más importantes y fundamentales dentro de una comunidad y cuya afectación no ha podido solucionar por otras vías.

Ahora bien, las leyes penales no pueden proteger más que bienes jurídicos, y no cualquier objeto que le parezca al legislador, por lo que habrá que atender a cada sistema jurídico en particular para determinar si determinado objeto protegido por un tipo penal es o no un bien jurídico. Por ejemplo, si en México se establece un tipo penal que sancione a quien profese una religión distinta de la católica, podremos decir que el objeto de protección de dicha ley es la unidad y monopolio de la profesión de tal religión, sin embargo, dado que el artículo 1º constitucional

prohíbe toda discriminación motivada por la religión, el artículo 24 la libertad de profesar cualquier creencia religiosa y el artículo 130 establece el principio histórico de separación del Estado y las iglesias, podremos concluir entonces que ese objeto no es un bien jurídico, y por ello, dicha ley penal resulta inconstitucional.

El derecho penal no puede proteger una determinada moral o visión de la vida; lo que sí puede hacer es defender la libertad de cada persona a conducir sus acciones conforme a una determinada moral, en tanto no haga daño a otros. “Ello implica la exigencia de que el objeto protegido tenga la condición de bien jurídico y de que quede fuera del ámbito de protección del derecho penal todo objeto protegido que no lo sea”.⁵⁷

Haciendo un poco de historia, recordemos que por muchos años se pensó que la “acción” era el punto en torno al cual giraba toda la teoría del delito, dado que su presupuesto básico es la existencia de una conducta humana consistente en una acción u omisión; sin embargo, las últimas interpretaciones constitucionales y penales desprenden que de los principios que rigen la materia penal, no es la “acción” sino el “bien jurídico” el centro sobre el cual debe converger la interpretación de los tipos penales. La teoría clásica del Derecho Penal manifiesta su interés por la importancia de la acción como fundamento del delito. Para el sistema causalista vigente de finales del siglo XIX hasta la aparición de la teoría finalista, lo fundamental en el injusto es la acción, y es por ello que se crea todo un sistema en torno a ésta para determinar qué es y qué no es delito. Welzel en oposición a esto, al conceptuar el fin del derecho penal, dirá que la misión de éste es la protección de bienes jurídicos mediante la protección de los elementales valores de acción ético-sociales.⁵⁸ Fue con Welzel, desde antes de la mitad del siglo XX, que el bien jurídico comenzó a perfilarse como base y pilar de la teoría del delito, rechazando la sistemática que le precedía. Será principalmente con Welzel que el bien jurídico entrará en escena como elemento legitimador del

⁵⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán, Nuevo sistema de derecho penal, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 31.

⁵⁸ En BUSTOS RAMÍREZ, Valenzuela Bejas, Derecho penal latinoamericano comparado, Tomo I, Parte General, Editorial Depalma, 1981, pp. 114 a 119.

tipo penal, por lo que la inexistencia de tal bien derivará en un ejercicio arbitrario del poder por parte del Estado.

Ahora bien, nos parece importante mencionar lo siguiente. El hecho de que se retire la tutela penal a un bien jurídico al desaparecer la ley penal, no quiere decir que éste desaparezca, tal y como se alegó en la discusión en torno a las acciones de inconstitucionalidad resueltas por la Suprema Corte de Justicia, en la que se decía que si se declaraba constitucional la interrupción del embarazo se estaría negando el carácter de bien jurídico al producto de la concepción, y esto no es así, simplemente implica el retiro de la tutela penal respecto de una acción muy concreta de la madre en cierto radio de tiempo, nada más que eso, ya que el bien jurídico sigue estando protegido frente a otras tantas formas de afectación, únicamente hay que ver los artículos 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal. Por lo tanto, el hecho de que el legislador decida no intervenir penalmente en cierto tipo de situaciones no implica ni en lo más mínimo desvalorar la importancia de un bien, y mucho menos negar su existencia misma.

El “bien jurídico” es un término que existía únicamente dentro de la teoría del delito, sin existir previsión alguna de éste en nuestro máximo ordenamiento, sin embargo, mediante reforma de 18 de junio de 2008 se incorporó el “bien jurídico” a la Constitución General, por lo que ahora es necesario para determinar la legitimidad de un tipo penal tenerlo siempre en consideración. El artículo 22 establece lo siguiente en su primer párrafo:

“Art. 22.- Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al **bien jurídico afectado**”.

La incorporación del “bien jurídico” a la Constitución resulta de trascendencia en tanto explicita un elemento a tomar en cuenta en la interpretación de las leyes penales, ya que, además de ser un elemento fundamental para el estudio de la teoría del delito y para cuestiones técnico-

penales, ahora se erige también como centro legitimador de la tarea de criminalización del Estado.

Ahora bien, el bien jurídico no puede extraerse en todo caso de la Constitución. Si bien existen supuestos en los que el bien jurídico cuenta con un fundamento constitucional, como lo es la vida, la libertad personal, la integridad física, etc., existen también otros que cuyo origen no puede reconducirse a la Constitución pero que, sin embargo, existe plena legitimidad en protegerlos penalmente. Tal es el caso por ejemplo que nos muestra el delito de falsificación de documentos privados, sancionado en el artículo 243 del Código Penal Federal, en el que no podríamos derivar un bien jurídico tutelado por dicho tipo penal que encontrara su fundamento en la Constitución.

De estas consideraciones podemos decir que se deben distinguir dos cuestiones: “la primera consiste en si el contenido de los bienes jurídicos se extrae o se debe extraer de la Constitución; o si, por el contrario, de la Constitución solamente se deben extraer los límites para el ejercicio del *ius puniendi*, esto es, límites al *ius puniendi* a través de los derechos fundamentales o garantías individuales”.⁵⁹ Nos parece que la segunda opción es la más acertada, dado que la Constitución no establece bienes jurídicos, sino derechos fundamentales, que tienen una finalidad muy distinta a la que tienen los bienes jurídicos dentro del derecho penal. Por ello, creemos que en la Constitución únicamente debemos ver un límite a la capacidad del Estado de sancionar penalmente conductas, mas no el origen o raíz de los bienes jurídicos que encontramos en los códigos penales. De esta manera, la Constitución nos sirve para encontrar los límites que expresamente consigna para el ejercicio del *ius puniendi* por cuanto hace al establecimiento de los delitos y de las penas, así como los límites implícitos que, si bien no establecidos expresamente, por vía de interpretación la jurisdicción constitucional deriva de la fuerza valorativa y vinculante de la Norma Suprema.

⁵⁹ GONZÁLEZ-SALAS Campos, Raúl, La teoría del bien jurídico en el derecho penal, Prenzieto Editores, 1995, México, p. 36.

Así, respetando los límites que indica la Constitución, el legislador tiene la facultad de calificar como delito cualquier conducta humana; es por ello que recientemente se han establecido criterios constitucionales que limitan esta facultad, ya que se puede incurrir en una gran arbitrariedad al permitir una competencia tan abierta al legislador. Esto ha dado lugar a lo que se ha llamado “la constitucionalización del ordenamiento jurídico”, que implica abandonar los criterios letristas de interpretación de la Constitución e introducir la exigencia de realizar interpretaciones teleológicas de amplíen y garanticen al máximo el disfrute de los derechos.

“La consecuencia inmediata de toda constitucionalización es el surgimiento de una obligación de respeto por parte de todos los poderes públicos y, en especial aquí, por parte del legislador... la Constitución no nos proporciona un catálogo cerrado de bienes jurídico penales, ni tampoco impone en relación con ninguno de ellos un mandato concreto de criminalización. La cuestión entonces consiste en determinar si, al menos, de la Constitución se deduce un deber de ponderación... La respuesta creo que depende de cómo despejemos, a su vez, otras dos incógnitas: primero, si el juicio de ponderación⁶⁰ representa en determinados casos una carga argumentativa que pesa sobre la actividad de los poderes públicos y, en concreto, sobre el legislador, y que permite su control por la justicia constitucional; y, segundo, si la legislación penal representa uno de estos casos... aunque *la Constitución no lo dice de modo expreso*, lo cierto es que desde su más temprana jurisprudencia el Tribunal Constitucional manifestó que *cualquier decisión o norma que afectase a, o limitase, derechos fundamentales* (como lo es el establecimiento de un delito, dado que la consecuencia del mismo constituye una restricción a la libertad personal) *habría de reunir dos condiciones: respetar su contenido esencial, y acreditar una adecuada justificación*; justificación

⁶⁰ Sobre el aborto se dice: “como el embrión alberga dentro de sí una vida humana en potencia, se le tendrá que proteger de manipulaciones mediante un adelantamiento fundamental de la protección de bienes jurídicos... pero tampoco se le podrá equiparar al ser humano viviente... y es que le falta la cualidad de persona del ser humano ya nacido, además de que su derecho a existir inevitablemente tendrá que ser ponderado con *otros intereses importantes* (p. ej. el de la gestante).” ROXIN, Claus, **El legislador no lo puede todo**, en *Iter Cirminis*, Núm. 12, Segunda Época, INACIPE, México, 2005, pp. 344 y 345.

que ha terminado plasmándose en el juicio de ponderación o de proporcionalidad.”⁶¹

Ahora bien, habrá que tomar en cuenta que ningún derecho ni bien jurídico se puede imponer de manera absoluta sobre otro, además de que ninguna persona se puede instrumentalizar, nadie puede servir como un medio para la consecución de un fin, sino ha de ser considerada como un fin en sí mismo; hacer lo contrario sería incluso llegar a legitimar el total atropello de la dignidad humana mediante la tortura, esto con el fin de garantizar una rápida y expedita administración de justicia mediante el conocimiento de la verdad.⁶²

Por tanto, “la intervención penal en todo Estado de Derecho sólo se legitima en tanto proteja a la sociedad y a sus miembros. Pierde completamente su justificación y, por tanto, su **legitimidad** si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos.”⁶³

Siendo así, existe legitimidad en proteger un bien jurídico penalmente cuando:⁶⁴

- a) existe una necesidad de que sea protegido,
- b) que sea constante la puesta en peligro o lesión de dicho bien,
- c) cuando la protección penal produzca sentimientos reales de amenaza, y
- d) se justifique tal medida en virtud de la entidad o valor del bien jurídico.

El Derecho penal resulta ser el medio de control social más gravoso para los individuos en tanto es aquél que representa una mayor intervención y restricción de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Es precisamente en la arena del Derecho penal en donde se ha dado la principal lucha por los derechos humanos, por lo que las técnicas más recientes de interpretación de los

⁶¹ *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., pp. 286 y 287.

⁶² También así en el aborto, ya que la imposición total del “derecho” del producto sobre la decisión de la madre limitaría su autonomía e individualidad como persona y la trataría como un medio para la consecución de otro fin, es decir, como un instrumento.

⁶³ GONZÁLEZ-SALAS Campos, Raúl, La teoría del bien jurídico en el derecho penal, Pereznieto Editores, México, 1995, p. 75.

⁶⁴ HASSEMER, Winfred y Muñoz Conde, Francisco, Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 70.

mismos tienen que orientar la validez y aplicación de la legislación en su integridad.

3) Distribución de competencias en materia penal

Un problema frecuente en la doctrina y en la praxis judicial es establecer cuándo una conducta constituye un delito federal y cuando constituye un delito local. Más complicado aún es el problema para los operadores jurídicos cuando en los Códigos de las distintas entidades federativas de la República encontramos exactamente los mismos delitos que vemos en el Código Penal Federal. La multiplicidad de códigos penales que existen en el país y la mala información que existe en torno a la actualización de la aplicación de alguno de ellos ha llegado a hacer pensar que existe una relación de jerarquía entre ellos, que se aplican supletoriamente, etc., todas ellas ideas erróneas y que no encuentran sustento jurídico ni lógico alguno.

Realmente, la cuestión concerniente a si debe aplicarse una ley penal contenida en el Código Penal Federal o el de una entidad federativa no es una cuestión de leyes, sino de aplicación de la ley, y los únicos problemas que propiamente pueden surgir en cuanto a leyes en materia penal es el referente al de distribución de competencias, única y exclusivamente, no hay más.

Para defender esta postura, analicemos los 2 argumentos que se suelen dar para sostener la aplicación de un Código local y del Código federal.

La primera es la relativa a que existe una relación de jerarquía entre el Código Penal Federal y las legislaciones penales de las entidades federativas. Existe la idea en muchos abogados de que las leyes federales cuentan con una jerarquía superior a las leyes locales, dado que las leyes federales tienen obligatoriedad en todo el país y atienden al interés superior de la Nación,

debiéndose imponer sobre los intereses particulares de las entidades federativas plasmadas en las leyes locales. Por ello, existe una relación de jerarquía entre leyes federales y locales, en tanto también existe una jerarquía entre los intereses que protegen.

Este argumento resulta completamente infundado, dado que no existe tal relación, al menos no entre la legislación federal y la legislación local. Cuando nos encontramos en presencia de un choque de normas, es decir, incompatibles en tiempo, materia, espacio o persona, uno de los criterios para resolverla es el de *lex superior derogat legi inferior*. Este método de solución es aplicable a los ordenamientos en que existe una relación de supra-subordinación (como lo es la ley y el reglamento que la desarrolla, o entre una ley y la Constitución), cuestión que no existe entre el ámbito de regulación normativa federal y local, salvo en contadas excepciones. Por lo que, este argumento de jerarquía no cuenta con soporte alguno.

El segundo argumento es el relativo a que el Código Penal Federal se aplica de manera supletoria a la legislación penal local. Este argumento también es infundado, dado que la aplicación supletoria de una Código o Ley se da entre Códigos o Leyes del mismo nivel normativo, es decir, se aplica supletoriamente a una ley federal otra ley federal, del mismo modo en que se aplica supletoriamente a una ley local otra ley local. La legislación fiscal prevé esta aplicación en el Código Fiscal de la Federación, que en su artículo 5, segundo párrafo, establece:

“Las otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica. *A falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho federal común* cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del derecho fiscal”.

De igual modo la Ley de Amparo en su artículo 2º, segundo párrafo, establece:

“*A falta de disposición expresa, se estará a las prevenciones del Código*

Federal de Procedimientos Civiles”.

Asimismo, la supletoriedad se da cuando no existe en la ley una disposición expresa a la que el operador jurídico pueda acudir para solucionar el problema concreto que tiene ante su conocimiento, es decir, existe una especie de laguna que no le permite de modo completo resolver una cuestión jurídica, razón por la cual la ley misma dispone la supletoriedad de otra en estos casos, cuestión que como se sabe no puede existir en derecho penal, dado que esos “silencios de la ley” no constituyen para nada “lagunas” del ordenamiento, en tanto que, como se explicó en el Capítulo I, las “lagunas” no existen dentro del Derecho penal.

Siendo infundados los dos principales argumentos que se dan para explicar cuándo una conducta es materia de regulación penal federal y cuándo es materia de regulación penal local, habrá que establecer bajo qué premisas se debe partir para analizar dicha cuestión.

Para explicar de manera correcta el sistema de creación normativa en materia penal es necesario acudir primero, y como siempre, a la Constitución Política. Hay que dilucidar cuándo la Federación tendrá la potestad normativa para definir delitos en el Código Penal Federal u otros ordenamientos federales, y cuándo la tendrán las entidades federativas. Esto resulta muy sencillo aunque es muy común que ni doctrinarios ni operadores jurídicos sepan cuándo estamos en presencia de un delito de competencia federal o de un delito de competencia local.

Pues bien, para establecer si un delito es competencia de la Federación, hay que establecer si la materia regulada por la ley penal es competencia normativa de la Federación, es decir, si es parte de las facultades que la Constitución confiere de manera expresa al Congreso de la Unión en el artículo 73, el cual establece:

“DE LAS FACULTADES DEL CONGRESO.

Art. 73.- El Congreso tiene facultad:

I.- Para admitir nuevos Estados a la Unión Federal.

II.- (REFORMADA [N. DE E. DEROGADA], D.O.F. 8 DE OCTUBRE DE 1974)

III.- Para formar nuevos Estados dentro de los límites de los existentes, siendo necesario al efecto:

1o.- Que la fracción o fracciones que pidan erigirse en Estados, cuenten con una población de ciento veinte mil habitantes, por lo menos.

2o.- Que se compruebe ante el Congreso que tiene los elementos bastantes para proveer a su existencia política.

3o.- Que sean oídas las Legislaturas de los Estados de cuyo territorio se trate, sobre la conveniencia o inconveniencia de la erección del nuevo Estado, quedando obligadas a dar su informe dentro de seis meses, contados desde el día en que se les remita la comunicación respectiva.

4o.- Que igualmente se oiga al Ejecutivo de la Federación, el cual enviará su informe dentro de siete días contados desde la fecha en que le sea pedido.

5o.- Que sea votada la erección del nuevo Estado por dos terceras partes de los diputados y senadores presentes en sus respectivas Cámaras.

6o.- Que la resolución del Congreso sea ratificada por la mayoría de las Legislaturas de los Estados, previo examen de la copia del expediente, siempre que hayan dado su consentimiento las Legislaturas de los Estados de cuyo territorio se trate.

7o.- Si las Legislaturas de los Estados de cuyo territorio se trate, no hubieren dado su consentimiento, la ratificación de que habla la fracción anterior, deberá ser hecha por las dos terceras partes del total de Legislaturas de los demás Estados.

IV.- (DEROGADA, D.O.F. 8 DE DICIEMBRE DE 2005)

V.- Para cambiar la residencia de los Supremos Poderes de la Federación.

VI.- (DEROGADA, D.O.F. 22 DE AGOSTO DE 1996)

VII.- Para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el Presupuesto.

VIII.- Para dar bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la Nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional. Ningún empréstito podrá celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con propósitos de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29. Asimismo, aprobar anualmente los montos de endeudamiento que deberán incluirse en la ley de ingresos, que en su caso requiera el Gobierno del Distrito Federal y las entidades de su sector público, conforme a las bases de la ley correspondiente. El Ejecutivo Federal informará anualmente al Congreso de la Unión sobre el ejercicio de dicha deuda a cuyo efecto el Jefe del Distrito Federal le hará

llegar el informe que sobre el ejercicio de los recursos correspondientes hubiere realizado. El Jefe del Distrito Federal informará igualmente a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, al rendir la cuenta pública.

IX.- Para impedir que en el comercio de Estado a Estado se establezcan restricciones.

X.- Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123.

XI.- Para crear y suprimir empleos públicos de la Federación y señalar, aumentar o disminuir sus dotaciones.

XII.- Para declarar la guerra, en vista de los datos que le presente el Ejecutivo.

XIII.- Para dictar leyes según las cuales deben declararse buenas o malas las presas de mar y tierra, y para expedir leyes relativas al derecho marítimo de paz y guerra.

XIV.- Para levantar y sostener a las instituciones armadas de la Unión, a saber: Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea Nacionales, y para reglamentar su organización y servicio.

XV.- Para dar reglamentos con objeto de organizar, armar y disciplinar la Guardia Nacional, reservándose a los ciudadanos que la forman, el nombramiento respectivo de jefes y oficiales, y a los Estados la facultad de instruirlos conforme a la disciplina prescrita por dichos reglamentos.

XVI.- Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

1a.- El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.

2a.- En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.

3a.- La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País.

4a.- Las medidas que el Consejo haya puesto en vigor en la Campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana, así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental, serán después revisadas por el Congreso de la Unión en los casos que le competan.

XVII.- Para dictar leyes sobre vías generales de comunicación, y sobre postas y correos, para expedir leyes sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal.

XVIII.- Para establecer casas de moneda, fijar las condiciones que ésta deba tener, dictar reglas para determinar el valor relativo de la moneda extranjera y adoptar un sistema general de pesas y medidas.

XIX.- Para fijar las reglas a que debe sujetarse la ocupación y enajenación de terrenos baldíos y el precio de estos.

XX.- Para expedir las leyes de organización del Cuerpo Diplomático y del Cuerpo Consular mexicano.

XXI.- Para establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse; expedir una ley general en materia de secuestro, que establezca, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios; así como legislar en materia de delincuencia organizada.

Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales.

En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales.

XXII.- Para conceder amnistías por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la Federación.

XXIII.- Para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, así como para establecer y organizar a las instituciones de seguridad pública en materia federal, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de esta Constitución.

XXIV.- Para expedir la Ley que regule la organización de la entidad de fiscalización superior de la Federación y las demás que normen la gestión, control y evaluación de los Poderes de la Unión y de los entes públicos federales.

XXV.- Para establecer, organizar y sostener en toda la República escuelas rurales, elementales, superiores, secundarias y profesionales; de investigación científica, de bellas artes y de enseñanza técnica, escuelas prácticas de agricultura y de minería, de artes y oficios, museos, bibliotecas, observatorios y demás institutos concernientes a la cultura general de los habitantes de la nación y legislar en todo lo que se refiere a dichas instituciones; para legislar sobre vestigios o restos fósiles y sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, cuya conservación sea de interés nacional; así como para dictar las leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación, los Estados y los Municipios el ejercicio de la función educativa y las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público, buscando unificar y coordinar la educación en toda la República. Los Títulos que se expidan por los establecimientos de que se trata surtirán sus efectos en toda la República. Para legislar en materia de derechos de autor y otras figuras de la propiedad intelectual relacionadas con la misma.

XXVI.- Para conceder licencia al Presidente de la República y para constituirse en Colegio Electoral y designar al ciudadano que deba substituir al Presidente de la República, ya sea con el carácter de substituto, interino o provisional, en los términos de los artículos 84 y 85 de esta Constitución.

XXVII.- Para aceptar la renuncia del cargo de Presidente de la República.

XXVIII.- Para expedir leyes en materia de contabilidad gubernamental que regirán la contabilidad pública y la presentación homogénea de información financiera, de ingresos y egresos, así como patrimonial, para la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, a fin de garantizar su armonización a nivel nacional.

XXIX.- Para establecer contribuciones:

1º.- Sobre el comercio exterior;

2º.- Sobre el aprovechamiento y explotación de los recursos naturales comprendidos en los párrafos 4º y 5º del artículo 27;

3º.- Sobre instituciones de crédito y sociedades de seguros;

4º.- Sobre servicios públicos concesionados o explotados directamente por la Federación; y

5º.- Especiales sobre:

a).- Energía eléctrica;

b).- Producción y consumo de tabacos labrados;

c).- Gasolina y otros productos derivados del petróleo;

d).- Cerillos y fósforos;

e).- Aguamiel y productos de su fermentación; y (sic)

f).- Explotación forestal;

g).- Producción y consumo de cerveza.

Las entidades federativas participarán en el rendimiento de estas contribuciones especiales, en la proporción que la ley secundaria federal determine. Las legislaturas locales fijarán el porcentaje correspondiente a los Municipios, en sus ingresos por concepto del impuesto sobre energía eléctrica.

XXIX-B.- Para legislar sobre las características y uso de la Bandera, Escudo e Himno Nacionales.

XXIX-C.- Para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en

materia de asentamientos humanos, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución.

XXIX-D.- Para expedir leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social, así como en materia de información estadística y geográfica de interés nacional.

XXIX-E.- Para expedir leyes para la programación, promoción, concertación y ejecución de acciones de orden económico, especialmente las referentes al abasto y otras que tengan como fin la producción suficiente y oportuna de bienes y servicios, social y nacionalmente necesarios.

XXIX-F.- Para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional.

XXIX-G.- Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los gobiernos de los Estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico.

XXIX-H.- Para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso-administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares, así como para imponer sanciones a los servidores públicos por responsabilidad administrativa que determine la ley, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, los procedimientos y los recursos contra sus resoluciones.

XXIX-I.- Para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la Federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios, coordinarán sus acciones en materia de protección civil, y (sic)

XXIX-J.- Para legislar en materia de deporte, estableciendo las bases generales de coordinación de la facultad concurrente entre la Federación, los estados, el Distrito Federal y municipios; asimismo de la participación de los sectores social y privado, y (sic)

XXIX-K.- Para expedir leyes en materia de turismo, estableciendo las bases generales de coordinación de las facultades concurrentes entre la Federación, Estados, Municipios y el Distrito Federal, así como la participación de los sectores social y privado.

XXIX-L.- Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de pesca y acuacultura, así como la participación de los sectores social y privado, y (sic)

XXIX-M.- Para expedir leyes en materia de seguridad nacional, estableciendo los requisitos y límites a las investigaciones correspondientes.

XXIX-N.- Para expedir leyes en materia de constitución, organización, funcionamiento y extinción de las sociedades cooperativas. Estas leyes establecerán las bases para la concurrencia en materia de fomento y desarrollo sustentable de la actividad cooperativa

de la Federación, Estados y Municipios, así como del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias.

XXIX-Ñ.- Para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal coordinarán sus acciones en materia de cultura, salvo lo dispuesto en la fracción XXV de este artículo. Asimismo, establecerán los mecanismos de participación de los sectores social y privado, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo noveno del artículo 4o. de esta Constitución.

XXIX-O.- Para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares.

XXX.- Para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión”.

Claro está que no todas las facultades con que cuenta el Congreso de la Unión se encuentran en el artículo 73, sino que se encuentran dispersas en toda la Constitución.

Ahora bien, como se hace con cualquier otra rama jurídica, para saber si determinada materia es competencia de regulación local, hay que acudir al artículo 124 constitucional, el cual establece una competencia residual a favor de los Estados:

“Art. 124.- Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”.

Habiendo ya establecido esto, es claro que como pasa con las demás leyes en el ordenamiento jurídico mexicano, no existe una relación de jerarquía entre ellas, salvo contadas excepciones, sino una distribución de competencias que otorga poder normativo tanto a la Federación como a los Estados para definir delitos, y que una posible invasión de esferas de competencia entre leyes sólo podrá ser remediada por los medios de impugnación constitucional.⁶⁵ De esta manera, existe entre la Federación y las entidades federativas una relación

⁶⁵ En este caso, el juicio de amparo a que hace referencia el artículo 103 constitucional, que establece: Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; II. *Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados y la esfera de competencia del Distrito Federal*; y III. *Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.*

horizontal y no vertical,⁶⁶ como lo expresa la siguiente jurisprudencia:

No. Registro: 207,030

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional

Octava Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

VII, Marzo de 1991

Tesis: 3a./J. 10/91

Página: 56

Genealogía: Gaceta número 39, Marzo de 1991, página 47.

Apéndice 1917-1995, Tomo I, Primera Parte, tesis 186, página 185.

LEGISLACIONES FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACION JERARQUICA, SINO COMPETENCIA DETERMINADA POR LA CONSTITUCION.

El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece ninguna relación de jerarquía entre las legislaciones federal y local, sino que en el caso de una aparente contradicción entre las legislaciones mencionadas, ésta **se debe resolver atendiendo a qué órgano es competente para expedir esa ley de acuerdo con el sistema de competencia que la norma fundamental establece** en su artículo 124. Esta interpretación se refuerza con los artículos 16 y 103 de la propia Constitución: el primero al señalar que la actuación por autoridad competente es una garantía individual, y el segundo, al establecer la procedencia del juicio de amparo si la autoridad local o federal actúa más allá de su competencia constitucional.

Amparo en revisión 1838/89. Bufete Jurídico Fiscal, S. A. de C.V. y otros. 14 de mayo de 1990. Cinco votos. Ponente: Jorge Carpizo Mac Gregor. Secretario: José Juan Trejo Orduña.

Amparo en revisión 3776/89. Carracedo Alimentos, S. A. de C.V. 18 de junio de 1990. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: Francisco Javier Cárdenas Ramírez.

Amparo en revisión 252/90. Direvex, S. A. de C.V. 18 de junio de 1990. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: Francisco Javier Cárdenas Ramírez.

Amparo en revisión 2118/89. Constructora Copan, S. A. de C.V. 6 de agosto de 1990. Cinco votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: Francisco Javier Cárdenas Ramírez.

⁶⁶ "Si por cualquier razón alguna de las dos pirámides invadiera la otra produciendo una aparente colisión normativa (se entiende que esto no se aplica a los casos en que existe coincidencia o concurrencia material), se estaría frente a una inconstitucionalidad competencial". CARBONELL, Miguel, **Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México**, 5ª ed., Editorial Porrúa, UNAM, México, 2004, p. 79.

Amparo en revisión 2010/90. Sales del Bajío, S. A. de C.V. 13 de agosto de 1990. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Tesis de Jurisprudencia 10/91 aprobada por la Tercera Sala de este alto Tribunal en sesión privada celebrada el once de marzo de mil novecientos noventa y uno. Por unanimidad de cuatro votos de los señores ministros: Presidente Salvador Rocha Díaz, Mariano Azuela Güitrón, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez y José Llanos Duarte.

Como se puede ver, es criterio definido del Poder Judicial Federal la relación competencial entre Federación y entidades federativas por cuanto hace a las materias objeto de su regulación. Sin embargo, existe una tendencia clara en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia que pretende encontrar el fundamento de los tipos penales federales y del *ius puniendi* en el artículo 73, fracción XXI, de la Constitución General, que como antes mencionamos prevé la facultad del Congreso para sancionar conductas en que la Federación aparece como sujeto pasivo, disposición que establece:

“Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deben imponerse”.

Este artículo no puede servir ni en lo más mínimo como sustento jurídico de la legislación penal federal, dado que solamente habla de los delitos en que la Federación se encuentra como sujeto pasivo de un delito, mas no de una facultad federal para establecer delitos en la generalidad de los casos. Por lo que, la cita de esta disposición como fundamento para sancionar conductas a nivel federal nos parece del todo infundada, debiéndose hacer simplemente con la cita de la disposición que la da a la Federación la facultad para regular determinada materia, o bien a la entidad federativa, según sea el caso.

Ahora bien, por cuanto hace al Distrito Federal (que no es un Estado, sino una entidad federativa o parte integrante de la Federación, según el artículo 43

constitucional)⁶⁷ opera una mecánica distinta a la de los Estados. En efecto, el régimen que se contempla en el artículo 122 constitucional para el Distrito Federal contiene una distribución de competencias distinta a la que se prevé para la Federación y los Estados. El artículo 122 de la Constitución General, Apartado A, fracción I, establece:

“A. Corresponde al Congreso de la Unión:

I. Legislar en lo relativo al Distrito Federal, con excepción de las materias expresamente conferidas a la Asamblea Legislativa”

De esta forma, contrario a como sucede con los Estados de la República, que pueden legislar en aquellas materias cuya regulación no se haya previsto expresamente para la Federación, el Distrito Federal únicamente puede legislar en aquellas materias expresamente previstas por la Constitución para ella, y en lo no previsto, será competente la Federación para legislar. Por cuanto hace en específico a la materia penal, el Distrito Federal cuenta con una facultad equivalente a la que tienen los Estados, dado que, por disposición expresa del artículo 122, BASE PRIMERA, fracción V, inciso h), el Distrito Federal cuenta con la facultad para legislar en materia penal. Dicha disposición establece:

“V. La Asamblea Legislativa, en los términos del Estatuto de Gobierno, tendrá las siguientes facultades:

h) Legislar en materias civil y **penal**; normar el organismo protector de los derechos humanos, participación ciudadana, defensoría de oficio; prevención y la readaptación social; la salud y asistencia social; y la previsión social”;

Así, la Constitución establece una facultad expresa al Distrito Federal para que legisle en materia penal, por lo que, respetando las facultades que expresamente prevé la Constitución para la Federación, el Distrito Federal podrá legislar por cuanto hace a la materia penal, en las materias no concedidas a

⁶⁷ Art. 43.- **Las partes integrantes de la Federación son los Estados** de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas **y el Distrito Federal**.

aquélla.

De esta manera, existen en el orden jurídico mexicano distintos niveles normativos, en atención a la distribución de competencias que existe entre las autoridades federales, estatales, y el Distrito Federal, como bien lo refleja la siguiente jurisprudencia:

No. Registro: 177,006

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXII, Octubre de 2005

Tesis: P./J. 136/2005

Página: 2062

ESTADO MEXICANO. ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN.

De las disposiciones contenidas en los artículos 1o., 40, 41, primer párrafo, 43, 44, 49, 105, fracción I, 115, fracciones I y II, 116, primer y segundo párrafos, 122, primer y segundo párrafos, 124 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte la existencia de **cinco órdenes jurídicos en el Estado Mexicano, a saber: el federal, el local o estatal, el municipal, el del Distrito Federal** y el constitucional. Este último establece, en su aspecto orgánico, el sistema de competencias al que deberán ceñirse la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal, y corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Tribunal Constitucional, definir la esfera competencial de tales órdenes jurídicos y, en su caso, salvaguardarla.

Controversia constitucional 14/2001. Municipio de Pachuca de Soto, Estado de Hidalgo. 7 de julio de 2005. Unanimidad de diez votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarías: Mariana Mureddu Gilabert y Carmina Cortés Rodríguez.

El Tribunal Pleno el once de octubre en curso, aprobó, con el número 136/2005, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a once de octubre de dos mil cinco.

Ahora bien, es importante señalar que no en todos los casos en que una misma materia se encuentre regulada por el Código Penal Federal y a su vez por el de una entidad federativa, existirá una invasión de esferas competenciales, como lo puede ser el caso del delito de violación que aparece en el artículo 265

del Código Penal Federal, y además en los códigos penales locales.⁶⁸ Claramente esta materia no es competencia de la Federación, sino de las entidades federativas, sin embargo, ello no deviene en su inconstitucionalidad, dado que tiene otros presupuestos de aplicación.

Tenemos, sin embargo, un ejemplo claro de invasión de competencia en materia penal. En efecto, el Código Penal del Estado de Michoacán, cuyo título decimonoveno establece delitos en materia de trabajo y previsión social. Dice el artículo 336 de este Código:

“Con relación al fuero local del trabajo, se impondrán de dos a cinco años de prisión y multa de doscientos a quinientos días de salario al patrón que:

I. Pague los salarios de los trabajadores en mercancías, vales, fichas, tarjetas o en moneda que no sea del curso legal;

II. Retenga, en todo o en parte, los salarios de los trabajadores, en concepto de multa, deuda o por cualquier otro que no esté autorizado legalmente;

III. Pague los salarios de los trabajadores en tabernas, cantinas, prostíbulos o en cualquier otro lugar de vicio, salvo que se trate de trabajadores de esos centros;

IV. Obligue a los trabajadores a realizar jornadas sin descanso, que excedan de ocho horas en las labores diurnas y de siete en las nocturnas, salvo las expresamente determinadas en la Ley Federal del Trabajo;

V. Imponga labores insalubres o peligrosas o trabajos nocturnos a las mujeres y a los jóvenes menores de dieciséis años, salvo los casos que exceptúa la Ley Federal del Trabajo;

VI. Permita la venta de bebidas embriagantes y juegos de azar en los centros de trabajo;

VII. No pague a sus trabajadores el salario mínimo imperante en la región;

VIII. Se haga aparecer dolosamente insolvente para eludir el pago de salarios e indemnizaciones debidas a los trabajadores;

IX. No proporcione asistencia médica en casos de accidentes graves de trabajo cuando estuviere obligado a tener servicio médico dentro de la fábrica; y,

X. Obligue a trabajos físicos que exijan esfuerzo material considerable a la mujer embarazada, tres meses antes y uno después del parto; cuando le niegue los descansos

⁶⁸ Realmente suelen ser pocas las impugnaciones de inconstitucionalidad de leyes penales por invasión de competencia; los problemas que en la realidad se presentan son respecto a cuándo se actualiza un delito contenido en el Código Penal Federal y cuándo el del Código Penal local, cuestión ajena a de *leyes penales*, y que corresponde a criterios específicos de *aplicación*, ajenos a este trabajo.

necesarios para la lactancia, durante ese período, o cuando la despida para no pagarle los salarios correspondientes a los descansos a que se refiere esta fracción”.

En este caso, el Poder legislativo local invadió la esfera de competencia del Poder legislativo federal, dado que toda la regulación en materia laboral y previsión social es competencia exclusiva de la Federación, por mandato del artículo 73, fracción X, y 123, segundo párrafo, de la Constitución Federal. Ahora bien, este artículo intenta de manera poco afortunada salvar dicha violación estableciendo que dichos delitos se aplicarán “con relación al fuero local del trabajo”. Sin embargo, hay que recordar que si bien la fracción XXXI del artículo 123 constitucional dispone que la aplicación de las leyes del trabajo corresponde a las autoridades de los Estados, ello constituye únicamente una competencia por razón del fuero de la autoridad jurisdiccional (local) que conocerá de cualquier controversia en la aplicación de las leyes del trabajo (competencia federal), más no implica que los Estados, en el fuero local del trabajo, puedan legislar aspectos relacionados con la materia laboral, comprendiendo en ello los delitos en la materia, ni que la Federación pueda prorrogar la competencia que tiene en dicha materia hacia los Estados. Por ello, este artículo resulta inconstitucional,⁶⁹ dado que la competencia que le otorga la Constitución a los Estados en materia laboral es para que decidan controversias que se susciten con motivo de la aplicación de leyes laborales, y no para establecer delitos en dicha materia.

Por cuanto hace a la facultad de atracción contenida en el artículo 73, fracción XXI, segundo párrafo, hay que mencionar que esta es únicamente una facultad para que los tribunales de la Federación, al conocer de delitos federales, conozcan también de delitos locales que tengan conexidad con aquéllos, pero observando siempre la legislación local que para tal efecto sea aplicable. Esta disposición establece

“Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales”.

⁶⁹ Incurre en la misma violación constitucional el artículo 353, del Código Penal para el Estado de Zacatecas.

Un reflejo de este principio de atracción, es el artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales, que en su artículo 10, segundo párrafo establece:

“En caso de concurso de delitos, el Ministerio Público Federal será competente para conocer de los delitos del fuero común que tengan conexidad con delitos federales, y los jueces federales tendrán, asimismo, competencia para juzgarlos”.

Atento a esta disposición, la autoridad ministerial y jurisdiccional federal serán competentes para conocer de delitos del fuero común, por ejemplo, en caso de concurso de delitos, por virtud de la conexidad entre ellos.

Ahora bien, mediante reforma de 4 de mayo de 2009 se modificó el artículo 73, fracción XXI, el cual establece ahora:

“Art. 73.- El Congreso tiene facultad:

XXI.- Para establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse; expedir una ley general en materia de secuestro, que establezca, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios; así como legislar en materia de delincuencia organizada.

Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales.

En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales”.

La reforma a este artículo otorga una facultad a la Federación que en el pasado no tenía, y es la referente a la legislación en materia de secuestro y delincuencia organizada. Estos dos supuestos, antes competencia de los Estados por virtud del artículo 124 constitucional, pasan a ser facultad legislativa de la Federación.

Por cuanto hace a la materia de secuestro, la Constitución faculta al legislador federal a emitir una legislación en la que establezca, como mínimo, los *tipos penales* y sus *sanciones*, es decir, las leyes penales que describan la conducta prohibida, así como las penas que por los mismos correspondan. Esta facultad con que cuenta la Federación debe desarrollar, por lo menos, estos dos aspectos, y la distribución de competencias entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios. En un principio podríamos entender que esta “distribución de competencias” se refiere a la investigación de los delitos de secuestro, y no a una distribución de competencias jurisdiccionales, dado que el artículo 104 constitucional, referente a la competencia jurisdiccional de los Tribunales de la Federación, únicamente permite que los tribunales locales conozcan de leyes federales en ciertos supuestos. Este artículo constitucional establece en la parte que interesa:

“Art. 104.- Corresponde a los *Tribunales de la Federación* conocer:

I.- De todas las *controversias* del orden civil o *criminal* que se susciten *sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales* o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. *Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal.* Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables para (sic) ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado”.

Como se puede observar, la jurisdicción de los tribunales de la federación en la aplicación de leyes federales únicamente puede prorrogarse a los tribunales de los Estados y del Distrito Federal cuando las controversias criminales sólo afecten intereses particulares⁷⁰ y, en el caso del delito de secuestro, no nos encontramos en ese supuesto, dado que la libertad personal, la integridad física y las eventuales extorsiones que de ello deriven no constituyen “intereses

70 Una cuestión importante sería dilucidar cómo se identifica un interés particular, si cuando la ley establece que el delito se puede perseguir únicamente por querrela (o un acto equivalente), o bien si se refiere a que atente contra bienes particulares, tales como el patrimonio, ya que existen casos en que aun y cuando se lesiona el patrimonio, la procedencia de la investigación y el ejercicio de la acción penal se realizan de oficio por el Ministerio Público (ver artículo 399-bis del CPF), es decir, sin mediar querrela de parte, así como encontramos casos en que se protege un interés público pero la ley condiciona la procedencia de la investigación y la acción penal a la formulación de la querrela, tal como sucede con el delito de defraudación fiscal, previsto en el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, en que se requiere de la formulación de la misma por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

particulares”, sino un interés público en que dichas conductas no se cometan y que sean sancionadas por atentar contra estos bienes jurídicos fundamentales.

La otra excepción en que la Constitución permite que sea la autoridad del fuero local la que conozca de delitos federales es aquella a que hace referencia el último párrafo del artículo 73 constitucional, que se refiere a los casos de materias concurrentes previstas en la Constitución, en que ésta delega a las leyes federales la facultad de determinar los supuestos en los que los tribunales locales pueden resolver controversias criminales federales.

A pesar de esto, nos parece que es necesario entender “distribución de competencias” como competencias jurisdiccionales, y no sólo como un mero reparto en la investigación de los delitos de secuestro. Esto, dado que el mismo artículo diferencia estas dos situaciones al disponer “...distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal y los Municipios...”, por lo que la Constitución distingue por un lado la competencia y por otro la coordinación, de manera tal que “competencia” será la establecida para que los órganos jurisdiccionales conozcan de este delito federal, y la coordinación será respecto de la investigación de los mismos.

Ahora bien, con la reforma también se reserva a la Federación la facultad de legislar en materia de delincuencia organizada. Cabe destacar que la Constitución prevé un régimen excepcional procesal en materia de delincuencia organizada a partir de la reforma de 18 de junio de 2008, y constantemente se hace referencia a ella como una circunstancia de excepción en la averiguación previa, protección de testigos, arraigo, prisión preventiva, centros de reclusión, etc. Sin embargo, la Constitución nos da un único elemento de carácter sustantivo a tomar en cuenta a partir del cual considerar qué se entiende por delincuencia organizada. En efecto, el artículo 16 constitucional, párrafo noveno, establece:

“Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”.

Esta disposición constitucional establece un marco mínimo a partir del cual legislar en materia de delincuencia organizada, y todos los delitos que en la legislación se reputen como tales, deberán cumplir con estos elementos que se describen constitucionalmente.

Por lo tanto, la facultad con que cuenta la Federación en materia de delincuencia organizada, se puede traducir en la facultad con que ésta cuenta para tipificar conductas que tengan como origen una organización de hecho de tres o más personas, con el fin de cometer delitos en forma permanente o reiterada, delegando a la ley las modalidades de la organización y las conductas criminales.

CAPITULO III

PENAS

1) Las penas prohibidas de acuerdo a la Constitución

La Constitución, de la misma forma en que no establece cómo se debe determinar qué conducta es delito, tampoco establece cómo se puede penar y sancionar a las personas que incurren en hechos criminales. Sin embargo, sí establece, en su artículo 22, penas que se encuentran prohibidas sea cual sea el delito que se haya cometido. El artículo 22 constitucional establece:

“Art. 22.- Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas:

I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal;

II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes:

a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.

b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.

c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.

d) Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.

III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes”.⁷¹

La diferencia esencial entre este texto vigente del artículo 22 constitucional y el anterior a la reforma de 18 de junio de 2008, es en lo concerniente a la incorporación de la proporcionalidad entre el delito y la pena y al bien jurídico afectado, así como la creación de la figura de la extinción de dominio. Respecto al tema de la proporcionalidad de la pena con relación al delito hay que decir que la jurisprudencia ya había aceptado su necesaria existencia, pero faltaba su constitucionalización, que afortunadamente se pudo materializar en la reforma. Por cuanto hace a la figura de la extinción de dominio, hay que decir que la misma ha

⁷¹ El texto anterior a la reforma de 18 de junio de 2008 era el siguiente: Art. 22.- Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables. La autoridad judicial resolverá que se apliquen en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculcado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe.

sido objeto de múltiples críticas por parte de la doctrina, pero muy defendida por parte de los órganos estatales, dada la facilidad con que logran operar con esta figura. Ambos temas serán tratados en el presente trabajo, delineando sus aspectos esenciales, pero primero es necesario comenzar con el orden que marca el artículo 22 constitucional para su mejor comprensión, por lo que procederemos a su estudio en el orden en que aparece redactado.

A) Mutilación, marca, azotes, palos, el tormento, la infamia y otras penas inusitadas.

Estas sanciones, salvo la infamia, hacen referencia a violaciones o coacciones que se realizaban sobre el cuerpo de quien presuntamente había cometido una ofensa, y podían ser infligidos sin buscar la muerte de la persona, y otras veces como una vía para que ésta sucediera. Tal es el caso por ejemplo de la mutilación, en que se podía extirpar un miembro del cuerpo o una extremidad, pero sin buscar la muerte de la persona, o bien como un medio tormentoso y doloroso como camino a la muerte. Hay que recordar que en el pasado, las sanciones que se aplicaban sobre el cuerpo de las personas eran numerosas, tales como el destripamiento, emparedamiento, crucifixión, empalamiento, la hoguera, etc., todas ellas penas que tenían como fin causar dolor y sufrimiento a la víctima. No cabe duda alguna de que el ingenio humano no ha encontrado límite alguno cuando se ha tratado de hacer sufrir a otros, y han existido mil y un maneras de infligir dolor a otros, sin embargo, esta fue una de las situaciones que se buscó eliminar con la llegada del pensamiento ilustrado y el establecimiento de instituciones jurídicas y políticas modernas.

Las penas que enuncia la Constitución en el artículo 22 atentan de manera grave contra la integridad física de la persona, y fueron medidas que se aplicaron de manera indiscriminada en el pasado. La persona se veía herida en su cuerpo,

ya que, en el caso de la mutilación, se cercenaba o deformaba un órgano del cuerpo humano, en la pena de marca se dejaba una huella en el cuerpo como señal de que la persona había incurrido en un hecho ilícito, los azotes son el “más antiguo de todos los procedimientos para estimular y coaccionar”,⁷² y constituyen un castigo común que hasta hoy se sigue practicando en muchos países, y se refiere a golpes que se le dan a la víctima en cualquier parte del cuerpo con látigos o varas, los palos, o también llamado apaleamiento, que es como se le llama a los golpes que a diferencia de los azotes, se dan con el uso de palos o garrotes y por lo general en la cabeza de la persona y, por su parte, el tormento se refiere a toda clase de dolor que se inflige a la víctima para obtener su confesión por la comisión de un supuesto delito.⁷³

Todas estas penas y prácticas que el Estado aplicó durante siglos han sido por fin prohibidas institucionalmente por medio de la Constitución, y queda claro que lo que se pretende es evitar toda violencia sobre la persona, sea cual sea la causa que le dé origen, en estricto respeto a la integridad física del individuo, que constituye un derecho fundamental que se busca proteger a toda costa por nuestro máximo ordenamiento jurídico.

Uno de los grandes principios en los que deriva la dignidad humana y la integridad física, es el hecho de que ninguna persona puede ser coaccionada a hacer algo, es decir, no se puede aplicar violencia sobre una persona para que realice cierta acción. Claro está que sí se puede restringir la libertad de una persona cuando existe un arresto o una orden de aprehensión, sin embargo, son causas que constitucionalmente están previstas y que no denigran ni menoscaban la dignidad ni la integridad física o moral de la persona.

Como se acaba de mencionar, no se puede realizar ninguna coacción sobre la persona, como lo indica el artículo 4º constitucional, último párrafo, que si bien

⁷² VON HENTIG, Hans, **La Pena. Las formas modernas de aparición**, trad. José María Rodríguez Devesa, Volumen II, Editorial Espasa-Calipe, Madrid, 1968, p. 405.

⁷³ Para más sobre las formas en que se conseguía dar muerte a la víctima de cualquier tortura, remito a MONESTER, Martín, **Penas de Muerte. Historia y técnicas de las ejecuciones capitales**, Editorial Diana, México, 2000.

habla de contratos que celebran civiles, también es aplicable en la relación del individuo frente al Estado. Dicho artículo dice en la parte conducente:

“La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, *sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona*”.

En pocas palabras, el individuo no puede ser forzado o coaccionado en su cuerpo. Claro está que existen casos en que la autoridad pública esta investida a utilizar la violencia para repeler agresiones o para mantener el orden, sin embargo, ésta se aplica como un modo de reaccionar ante el actuar de la persona, y no se está atentando contra su integridad física.

Respecto a la pena de infamia, hay que mencionar que esta constituye el descrédito de la persona ante la sociedad, es decir, la mala fama o daño que se hace a la reputación del ser humano, tal como lo plasma la siguiente tesis:

No. Registro: 216,184

Tesis aislada

Materia(s): Común

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

XI, Junio de 1993

Tesis:

Página: 279

INFAMIA, COMO ACTO PROHIBIDO CONSTITUCIONALMENTE.

La infamia a que se refiere el artículo 22 de la Constitución General de la República, debe consistir en la resolución de una autoridad, tendiente a imponer a un individuo, la deshonra, descrédito o la maldad ejercida en su contra, así que de no advertirse estos supuestos en el acto reclamado, en el capítulo de hechos de la demanda o en los conceptos de violación, no puede entenderse que exista ya la consecuente necesidad de suspender de plano los actos atribuidos a las autoridades, al ser inexistentes per se.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Queja 105/92. Alfredo Díaz Zavala. 10 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Bravo Gómez. Secretaria: Elizabeth Serrato Guisa.

Sobre este punto resulta importante decir lo siguiente. Si se encuentran prohibidas las *penas* de infamia (o cualquiera de las prohibidas por el artículo 22), es decir, aquellas que provoquen el descrédito de una persona ante la sociedad *como consecuencia penal de una sentencia condenatoria* (en tanto constituyen *penas* prohibidas), también se encuentran prohibidas las medidas que dentro del proceso penal o fuera de él tengan dicho efecto, tales como las comunes prácticas de las Procuradurías de Justicia, que en la absoluta ignorancia de principios constitucionales y con el más burdo orgullo de supuesta eficiencia en sus labores exponen, como lo vemos todos los días en los noticieros, a los supuestos culpables de delitos (sobre todo en el caso de delincuencia organizada, narcotraficantes y secuestradores de personajes conocidos) ante las cámaras, violando esta disposición constitucional. Aplicando en los hechos una medida infamante que también es violatoria del derecho a la dignidad humana e integridad moral, ya que la manera en que exhiben a estas personas resulta totalmente vejatoria, con un comando armado detrás de ellos, con las armas o drogas que supuestamente aseguraron, esposados y sin posibilidad alguna de oponerse a dicha práctica.

Esta práctica de la que hacen uso y gala las Procuradurías es del todo inconstitucional, y constituye para nuestro estudio en particular una medida infamante prohibida por la Constitución. Asimismo, qué sentido tiene entonces la protección por ejemplo de datos personales en el proceso penal, si ni siquiera antes de que éste comience ya se está presentando al inculpado como si fuera un condenado y se está publicando el hecho de que será sometido a un proceso penal.

Hay que recordar que según la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, la identidad de las personas y las propiedades de la misma son datos personales según el artículo 3, fracción II,⁷⁴ y

⁷⁴ Artículo 3. Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

éstos son reputados por la ley como información confidencial de acuerdo con el artículo 18⁷⁵ de la misma Ley. Asimismo, las averiguaciones previas son clasificadas como información reservada, por lo que el contenido de las mismas y la identidad de las personas que aparecen en ellas tampoco se puede hacer público. Por lo tanto, de la interpretación de estas disposiciones derivamos que los datos personales dentro y fuera del proceso penal, tal como lo es la identidad de un sujeto inculcado por la comisión por un delito, constituye información confidencial protegida por la ley que no tiene porque ser publicada, ya sea ante la petición de un particular, y menos aún por instancia e iniciativa propia de las Procuradurías de Justicia.

Por su parte, las penas inusitadas hacen referencia a penas cuya imposición no es usual por parte de los juzgadores, es decir, que no se usan por los mismos al no existir fundamento jurídico para su imposición. Hay que mencionar que el artículo 22 constitucional parece englobar en el término penas inusitadas a casi todas las demás penas que se encuentran prohibidas, por el hecho de decir “Quedan prohibidas las penas de... y *cualesquiera otras penas inusitadas...*”. La redacción que tiene este artículo hace ver que se encuentran prohibidas de manera expresa penas como la de muerte, los azotes, etc., y *cualquier otra* pena inusitada, por lo que podemos en un primer término concluir que el término de pena inusitada es el género y las penas que menciona el artículo 22 son especies de la misma. Así, de las especies de penas inusitadas podemos concluir que éstas son aquellas que atentan contra la dignidad humana y la integridad de la persona, denigrándola ya sea física o moralmente.

Asimismo, debemos entender por penas inusitadas aquellas que no son

II. Datos personales: La información concerniente a una persona física, identificada o identificable, entre otra, la relativa a su origen étnico o racial, o que esté referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar, domicilio, número telefónico, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales, u otras análogas que afecten su intimidad;

⁷⁵ Artículo 18. Como información confidencial se considerará:

I. La entregada con tal carácter por los particulares a los sujetos obligados, de conformidad con lo establecido en el Artículo 19, y

II. Los datos personales que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización en los términos de esta Ley.

No se considerará confidencial la información que se halle en los registros públicos o en fuentes de acceso público.

usadas, para empezar, porque se encuentran prohibidas por la Constitución, y por otra parte, por la legislación penal como consecuencia de un delito, y en el caso de que un juez aplicara una pena no prevista en la legislación penal, además de inusitada, sería ilegítima porque el juez estaría creando la pena, y no la ley, como lo exige el principio de legalidad.

Al respecto existe este criterio jurisprudencial del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

No. Registro: 188,555

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional, Penal

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XIV, Octubre de 2001

Tesis: P./J. 126/2001

Página: 14

PENA INUSITADA. SU ACEPCIÓN CONSTITUCIONAL.

Según el espíritu del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el término inusitado aplicado a una pena no corresponde exactamente a la acepción gramatical de ese adjetivo, que significa lo no usado, ya que no podría concebirse que el Constituyente hubiera pretendido prohibir la aplicación, además de las penas que enuncia el citado precepto 22, de todas aquellas que no se hubiesen usado anteriormente; interpretar gramaticalmente el concepto, sería tanto como aceptar que dicha disposición constituye un impedimento para el progreso de la ciencia penal, pues cualquier innovación en la forma de sancionar los delitos implicaría la aplicación de una pena inusitada. Así, por "pena inusitada", en su acepción constitucional, *debe entenderse aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines que persigue la penalidad.*

Contradicción de tesis 11/2001. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de octubre de 2001. Mayoría de seis votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Encargado del engrose: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras.

El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número 126/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil uno.

Parte del contenido del artículo 22 constitucional lo vemos reflejado también en prohibiciones que se han formulado en tratados internacionales de los que México es parte, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 7 establece:

“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 5 establece:

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de u libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

B) La pena de muerte

Cualquier Estado que aspire a reputarse como liberal, como lo es el Estado mexicano, debe como requisito previo eliminar la pena de muerte de su ordenamiento jurídico. El primer derecho que todo Estado debe respetar y garantizar es el derecho a la vida, ya que es condición necesaria para el ejercicio de todas las demás libertades que se encuentran en nuestra Constitución, y que además constituye un principio básico de respeto hacia los demás, sin importar el régimen político y económico que se quiera adoptar. Hay que mencionar que hasta hace unos cuantos años la pena de muerte estaba permitida en México en ciertos casos. El texto del artículo 22 constitucional, en su último párrafo decía:

“Queda prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar”.

Está claro que los casos en que se permitía la pena de muerte eran numerosos, y aunque no se aplicaba en la praxis judicial, tener la pena de muerte en la Constitución constituía una amenaza gravísima para un ordenamiento que se supone debería establecer y garantizar derechos fundamentales, y no permitir que se despojara al ser humano del más básico y primario, como lo es la vida.

Hoy en día no existe legislación penal en México que sancione un delito con la pena de muerte,⁷⁶ pero si eventualmente alguna la llegara a establecer, esta sería inconstitucional. Además, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que la pena de muerte no se puede reinstalar en los países en los que ha sido abolida, por lo que en México ya no existe posibilidad de que se reincorpore la pena de muerte a su sistema legal, según como lo establece el artículo 4º de dicho tratado internacional, que dice:

“3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”.

C) La multa excesiva

La multa debe ser entendida como toda sanción de carácter pecuniario que imponga la autoridad, ya sea judicial o administrativa, por la infracción a leyes o reglamentos.

⁷⁶ Mediante reforma de 29 de junio de 2005 se derogó el artículo 142 del Código de Justicia Militar, que contemplaba la pena de muerte. Para los procesados o sentenciados por delitos que dieran lugar a la pena de muerte establece el artículo segundo transitorio de la reforma: SEGUNDO.- Las personas que antes de la entrada en vigor del presente Decreto hayan cometido un delito sancionado con pena de muerte en el Código de Justicia Militar, incluyendo los procesados y sentenciados o aquellos a quienes no se haya ejecutado o tramitado la conmutación de la pena capital, se les impondrá pena de 20 años de prisión.

El artículo 22 establece que están prohibidas las *penas* de multa excesiva, es decir, aquellas que se imponen como sanción por la comisión de un delito. Sin embargo, esta prohibición debe de ser entendida para toda multa que imponga la autoridad, sea judicial o administrativa.

Siendo así, la multa puede estar establecida en la Ley (penal o de otro tipo) o bien en un Reglamento, ya que la misma no es privativa de alguno de estos dos ordenamientos, y a pesar de que el artículo 21 constitucional sólo la menciona como una de las posibilidades en que se puede sancionar una infracción a un Reglamento gubernativo y de policía, tal circunstancia no excluye que la ley también pueda prever multas por infracción a sus disposiciones, ya que lo único que pretende esta disposición constitucional es limitar la manera en que se puede sancionar una infracción a un Reglamento, ya sea mediante un multa, arresto de hasta 36 horas o trabajo a favor de la comunidad; mas no excluir a la ley de sancionar conductas contrarias a ella mediante el establecimiento de multas.

Un reflejo de esto es la siguiente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia:

No. Registro: 200,348

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional, Común

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

II, Julio de 1995

Tesis: P./J. 7/95

Página: 18

MULTA EXCESIVA PREVISTA POR EL ARTICULO 22 CONSTITUCIONAL. NO ES EXCLUSIVAMENTE PENAL.

Es inexacto que la "multa excesiva", incluida como una de las penas prohibidas por el artículo 22 constitucional, deba entenderse limitada al ámbito penal y, por tanto, que sólo opere la prohibición cuando se aplica por la comisión de ilícitos penales. Por lo contrario, la interpretación extensiva del precepto constitucional mencionado permite deducir que si prohíbe la "multa excesiva" como sanción dentro del derecho represivo, que es el más drástico y radical dentro de las conductas prohibidas normativamente, por extensión y mayoría de razón debe estimarse que también está prohibida tratándose de ilícitos administrativos y fiscales, pues la multa no es una sanción que sólo pueda aplicarse en lo penal,

sino que es común en otras ramas del derecho, por lo que para superar criterios de exclusividad penal que contrarían la naturaleza de las sanciones, debe decretarse que las multas son prohibidas, bajo mandato constitucional, cuando son excesivas, independientemente del campo normativo en que se produzcan.

Amparo en revisión 2071/93. Grupo de Consultores Metropolitanos, S.A. de C.V. 24 de abril de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Indalfer Infante González.

Amparo directo en revisión 1763/93. Club 202, S.A. de C.V. 22 de mayo de 1995. Unanimidad de nueve votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Angelina Hernández Hernández.

Amparo directo en revisión 866/94. Amado Ugarte Loyola. 22 de mayo de 1995. Unanimidad de nueve votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Enrique Escobar Angeles.

Amparo en revisión 900/94. Jovita González Santana. 22 de mayo de 1995. Unanimidad de nueve votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Salvador Castro Zavaleta.

Amparo en revisión 928/94. Comerkin, S.A. de C.V. 29 de mayo de 1995. Unanimidad de nueve votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Francisco de Jesús Arreola Chávez.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el veinte de junio en curso, por unanimidad de diez votos de los señores Ministros Presidente en funciones Juventino V. Castro y Castro, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número 7/1995 (9a.) la tesis de jurisprudencia que antecede; y determinó que las votaciones de los precedentes son idóneas para integrarla. México, D.F., a veinte de junio de mil novecientos noventa y cinco.

Así, dentro de la prohibición de imponer “multa excesiva” que encontramos en la Constitución, hay cabida para las multas penales, multas en materia aduanera, multas fiscales, multas a Reglamentos, etc., todas ellas sanciones económicas por infracción a disposiciones legales (legales o reglamentarias). En síntesis, esta prohibición se encuentra dirigida a toda clase de multas, sin importar la materia o la fuente de derecho que les da origen.

Ahora bien, el calificativo de excesivas, que es lo que torna a las multas en inconstitucionales por estar prohibidas en el artículo 22 constitucional, ha sido desarrollado por criterios de la Corte, por lo que abordaremos los aspectos que toma en cuenta nuestro máximo tribunal sobre este tema, observando primero los siguientes criterios de la Suprema Corte de Justicia:

No. Registro: 246,270

Tesis aislada

Materia(s): Administrativa

Séptima Época

Instancia: Sala Auxiliar

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

23 Séptima Parte

Tesis:

Página: 85

Genealogía: Informe 1970, Tercera Parte, Sala Auxiliar, página 105.

MULTAS. CUANDO NO SON EXCESIVAS.

El concepto de multa excesiva es muy antiguo en la teoría de la Constitución. Y si el artículo 1o. del Bill of Rights de 1688 decreta que "no pueden exigirse fianzas exageradas, ni imponerse multas excesivas, ni inflingirse penas crueles e inusitadas", otro tanto hace la Enmienda Octava que sufre la Constitución de los Estados Unidos de América, del 17 de septiembre de 1789, a los dos años de su expedición, cuando prescribe que "no se exigirán fianzas excesivas; no se impondrán multas desproporcionadas, ni se aplicarán penas crueles y desusadas". Sin que sea oportuno profundizar más, por ahora, en los antecedentes constitucionales mexicanos acerca de lo que debe entenderse por multa excesiva, sí es pertinente expresar que el artículo 22 de la Constitución de 1857 prohibió las multas de esa índole y que la Constitución actual no sólo insiste en su proscripción, sino que incluso establece que no se considerará como confiscación de bienes, la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, para el pago de impuestos o multas (artículo 22, párrafo primero y segundo). Para la imposición de una multa administrativa y su estimación de que es constitucional, deberá tomarse en cuenta la *gravedad de la infracción realizada, los perjuicios ocasionados a la colectividad y la reincidencia en la comisión del hecho que la motiva, en relación con la capacidad económica del infractor, bases que deben observarse para que no resulte excesiva.*

Amparo en revisión 3569/59. Compañía Embotelladora Nacional, S.A. 18 de noviembre de 1970. Cinco votos. Ponente: Luis Felipe Canudas Orezza.

No. Registro: 205,406

Tesis aislada

Materia(s): Constitucional, Administrativa

Octava Época
Instancia: Pleno
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
86-2, Febrero de 1995
Tesis: P. X/95
Página: 21

MULTAS EXCESIVAS. EL SISTEMA QUE ESTABLECE SU IMPOSICION EN PORCENTAJES FIJOS VIOLA EL ARTICULO 22 CONSTITUCIONAL.

Para que una ley respete la prohibición contenida en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativa a la imposición de multas excesivas, *es necesario que establezca un sistema en el que la autoridad sancionadora esté en aptitud de tomar en cuenta la gravedad de la infracción cometida, el grado de responsabilidad en la conducta omitida o prohibida, y las condiciones económicas del infractor, a fin de que pueda determinar razonablemente, en cada caso concreto, el monto de la multa que aquél amerite, atendiendo a dichas circunstancias;* de lo contrario, con un sistema de imposición de sanciones en porcentajes fijos, la individualización de la multa no se consigue, toda vez que cualquiera que sea la conducta omitida o realizada, el porcentaje de la sanción será siempre, para todos los casos, invariable, lo que da lugar a la imposición de multas excesivas, contraviniendo el artículo 22 constitucional.

Amparo en revisión 84/94. Elías Huerta Psihas. 23 de noviembre de 1994. Mayoría de nueve votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Irma Rodríguez Franco.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el veintisiete de abril en curso, por unanimidad de once votos de los señores Ministros Presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número X/95, la tesis que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a veintiocho de abril de mil novecientos noventa y cinco.

Siendo así, desprendemos cuatro elementos conforme a los cuales la Corte se orienta para considerar que una multa no es excesiva:

- 1) Que la autoridad tenga posibilidad de individualizar la multa, determinando su monto o cuantía.
- 2) Tomar en cuenta la gravedad de la infracción
- 3) Tomar en cuenta la capacidad económica del infractor

- 4) Tomar en cuenta todas las circunstancias que rodean a la infracción, tal como la reincidencia, el grado de responsabilidad, etc.

De acuerdo con la jurisprudencia debe existir un monto mínimo y un monto máximo conforme a los cuales la autoridad judicial o administrativa pueda individualizar la sanción, ya que la situación contraria derivaría en lo que se conoce como “multas fijas”, es decir, aquéllas que prevén un monto fijo sin que la autoridad pueda individualizarlo. Al respecto se encuentra la siguiente jurisprudencia:

No. Registro: 183,252

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional, Administrativa

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVIII, Septiembre de 2003

Tesis: 1a./J. 51/2003

Página: 186

MULTAS FISCALES. EL ARTÍCULO 77, FRACCIÓN I, INCISO C), DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, AL NO FIJAR LOS MÁRGENES MÍNIMO Y MÁXIMO EN SU DETERMINACIÓN, VIOLA EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2000).

Al establecer el citado precepto legal que las multas se aumentarán en una cantidad igual al 50% del importe de las contribuciones retenidas o recaudadas y no enteradas, cuando se incurra en la agravante a que se refiere el artículo 75, fracción III, del mencionado código, *viola el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues omite proporcionar la base que permita a la autoridad hacendaria determinar el monto individualizado de la multa que debe aplicarse al infractor*, en atención a la gravedad de la infracción, la capacidad económica del infractor o cualquier otro elemento del cual pueda inferirse la gravedad o levedad del hecho sancionado. Esto es, el indicado artículo 77, fracción I, inciso c), prevé una multa excesiva, pues al no comprender un margen mínimo y uno máximo, la sanción económica respectiva no podrá determinarse por la autoridad en relación con la gravedad de la infracción, o por virtud de la concurrencia, en cada caso, de circunstancias atenuantes tales como el cumplimiento de las obligaciones fiscales en forma espontánea fuera de los plazos señalados en la ley, o que se haya incurrido en infracción por causa de fuerza mayor o caso fortuito, o agravantes como la omisión en el entero de las contribuciones que se hayan retenido o recaudado de los contribuyentes, que influyan en la disminución o elevación de la multa, de manera que al no existir la

fijación de dichos márgenes en la determinación de las multas a imponer, la autoridad no se encuentra en posibilidad real y jurídica de apreciar la conducta (infractor primario o reincidente), la gravedad de la infracción y la capacidad económica del infractor, para determinar de manera fundada y motivada la sanción individualizada.

Amparo directo en revisión 1676/2001. La Carolina y Reforma, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Martha Llamile Ortiz Brena.

Amparo directo en revisión 1108/2002. Plus Huatulco, S.A. de C.V. 11 de septiembre de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Impedido: Juan N. Silva Meza. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Rogelio Alberto Montoya Rodríguez.

Amparo directo en revisión 1375/2002. Gyr de México, S.A. de C.V. 30 de octubre de 2002. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Marco Antonio Arredondo Elías.

Amparo directo en revisión 196/2002. Bralemex, S.A. de C.V. 21 de mayo de 2003. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Marco Antonio Arredondo Elías.

Amparo directo en revisión 144/2003. Maquiladora Eléctrico y Electrónico, S.A. de C.V. 21 de mayo de 2003. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Ángel Ponce Peña.

Tesis de jurisprudencia 51/2003. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de tres de septiembre de dos mil tres.

Asimismo, los límites mínimos y máximos de las multas deben ser razonables, y no total y completamente desproporcionados a la infracción cometida, como lo puede ser que la ley prevea multas que superan por mucho la cantidad que la persona omitió pagar y que constituye la infracción en virtud de la cual se aplica la sanción. Un criterio distinto es el sostenido por la Suprema Corte de Justicia en la siguiente tesis:

No. Registro: 170,697

Tesis aislada

Materia(s): Constitucional, Administrativa

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXVI, Diciembre de 2007

MULTA FISCAL MÍNIMA. LA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 178, FRACCIÓN I, DE LA LEY ADUANERA NO ES EXCESIVA NI TRANSGREDE EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El citado precepto legal, al establecer como multa mínima el 130% de los impuestos al comercio exterior omitidos cuando no se haya cubierto lo que corresponde pagar por la introducción o extracción del país de mercancías, no transgrede el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que dicha multa no es excesiva, pues ésta atiende a la finalidad genérica señalada para cualquier multa fiscal, consistente en que mediante la represión e intimidación se asegure la recaudación de las contribuciones; además, en atención a aspectos propios del Derecho aduanero, también persigue regularizar el comercio exterior, evitar el contrabando, estimular el comercio lícito y proteger la industria nacional, lo que genera mayor gravedad a las infracciones cometidas en esta materia y justifica razonablemente el establecimiento de ese porcentaje de cuantía elevada.

Amparo directo en revisión 172/2006. Vista de Puebla, S.A. de C.V. 11 de enero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, Genaro David Góngora Pimentel y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Óscar Rodríguez Álvarez.

El Tribunal Pleno, el quince de octubre en curso, aprobó, con el número XL/2007, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a quince de octubre de dos mil siete.

Ahora bien, los demás aspectos que debe tomar en cuenta la autoridad que impone la sanción son la gravedad de la infracción, es decir, la gravedad o levedad del hecho que cometió el individuo tomando en cuenta la finalidad de la prohibición de realizar tal hecho, y la capacidad económica del infractor, o en otras palabras, la posibilidad del individuo para pagar la multa sin ver disminuido de manera gravosa su patrimonio y poner en juego sus necesidades más básicas.

Con respecto a que la autoridad debe de tomar en cuenta la capacidad económica del infractor para la individualización de la multa, debemos decir que en la práctica este aspecto no es considerado, ya que hacer esta consideración envolvería la necesidad de que la autoridad investigara la situación económica en particular del infractor, cuestión que a lo sumo es presumida por la autoridad,

como lo refleja la siguiente tesis de la Corte:

No. Registro: 166,619

Tesis aislada

Materia(s): Administrativa

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXX, Agosto de 2009

Tesis: VII.1o.(IV Región) 3 A

Página: 1663

MULTA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 99, FRACCIÓN VII, DEL ABROGADO REGLAMENTO DE GAS LICUADO DE PETRÓLEO. NO VIOLA EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, AL NO TENER LA CARACTERÍSTICA DE EXCESIVA.

De conformidad con el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P./J. 9/95, de rubro: "MULTA EXCESIVA. CONCEPTO DE.", publicada en la página 5, Tomo II, julio de 1995, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, una multa es excesiva cuando es desproporcionada a las posibilidades económicas del infractor en relación con la gravedad del ilícito, en aplicación analógica y orientadora de los conceptos de equidad y proporcionalidad establecidos por la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Consecuentemente, la multa prevista en el artículo 99, fracción VII, del abrogado Reglamento de Gas Licuado de Petróleo para sancionar a las empresas que tienen como giro la distribución de dicho producto por no proporcionar información a la Secretaría de Energía o a la Comisión Reguladora de Energía, no viola el artículo 22 constitucional, al no tener la característica de excesiva, pues *la actividad que desarrollan aquéllas, lleva a presumir válidamente, que su capacidad económica justifica la cuantía de la multa mínima en diez mil veces el salario mínimo y de la máxima en treinta mil; por tanto, resulta proporcional y equitativa con el perfil económico*, la infracción sancionada, el entorno relacionado con el servicio que prestan a la comunidad y con su relevancia. Además, el objeto de la multa es castigar el incumplimiento de las citadas empresas del deber de informar a la autoridad competente encargada de la verificación de su correcto funcionamiento, mediante la aplicación de medidas de represión e intimidación que permitan prestar el servicio en forma adecuada y segura en términos de las normas relativas a la protección civil.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA CUARTA REGIÓN.

Amparo directo 132/2009. Gas de Chiapas, S.A. de C.V. 18 de junio de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Sebastián Martínez García. Secretario: Ismael Martínez Reyes.

Nota: El criterio contenido en esta tesis no es obligatorio ni apto para integrar jurisprudencia en términos del punto 11 del capítulo primero del título cuarto del Acuerdo Número 5/2003 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de veinticinco de marzo de dos mil tres, relativo a las Reglas para la elaboración, envío y publicación de las tesis que emiten los órganos del Poder Judicial de la Federación, y para la verificación de la existencia y aplicabilidad de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte.

Salvo contadas excepciones, como lo son las multas en materia penal, la autoridad brinca este aspecto e impone automáticamente la sanción a quien cometió la infracción.

Asimismo, deben tomarse en cuenta las particularidades de la infracción cometida, ya que puede ser que a pesar de su gravedad, ésta haya tenido lugar por caso fortuito o fuerza mayor, situaciones reconocidas por el Código Fiscal de la Federación en el artículo 73, que establece en la parte que interesa:

“ARTÍCULO 73. *No se impondrán multas* cuando se cumplan en forma espontánea las obligaciones fiscales fuera de los plazos señalados por las disposiciones fiscales o cuando se haya incurrido en infracción a causa de *fuerza mayor o de caso fortuito*”.

D) Confiscación de bienes

La confiscación fue en el pasado un medio por el cual el Estado sancionaba el haber cometido conductas contrarias a la ley, por lo general aquellas que agravaban de manera directa al soberano, como la traición o la rebeldía. Hay que recordar que la visión que se tenía del Estado hasta antes de la Ilustración era la llamada *ex parte principis*,⁷⁷ es decir, aquella que en la relación de poder político veía por el sujeto activo, es decir, el Estado, en detrimento del sujeto pasivo constituido por el individuo, por lo que el hecho de insultar a la autoridad estatal

⁷⁷ “Al considerar la relación política como una relación específica entre dos sujetos de los cuales uno tiene el derecho de mandar, otro el deber de obedecer, el problema del Estado puede ser tratado fundamentalmente desde el punto de vista del gobernante o desde el punto de vista del gobernado: *ex parte principis* (de la parte del príncipe) o *ex parte populi* (de la parte del pueblo), en BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad, trad. José F. Fernández Santillán, Breviarios, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, p. 82.

era considerada una gravísima ofensa. Esta situación derivó en la corriente doctrinaria llamada “razón de Estado”, que legitimaba el ejercicio arbitrario del poder por parte del Rey, y por ello toda aquella conducta que era considerada una ofensa para él era sancionada de manera ejemplar, uno de esos modos era confiscando o apropiándose de los bienes del infractor. Esta consecuencia no tenía relación alguna con la conducta cometida, sino que era una medida totalmente excesiva que tenía como fin satisfacer el capricho del soberano no bastando la mera sanción de la conducta infractora, sino además desposeer al ciudadano de los bienes que con su trabajo y esfuerzo había logrado obtener. Posteriormente, durante el desarrollo de los más importantes principios constitucionales del pensamiento francés durante la Ilustración, múltiples voces como las de Voltaire y Beccaria se alzaron en contra de la confiscación de bienes, por resultar incluso una pena trascendental a la persona que cometía el delito. Decía Beccaria sobre la confiscación en su célebre Tratado:

“Hay una máxima recibida en todos los tribunales de justicia, que *el que confisca el cuerpo confisca también los bienes*. Máxima muy en voga en todos aquellos países en que se sigue la costumbre en vez de la ley. De modo, que como acabamos de decir, en estos países se mata de hambre a los hijos de aquellos que se han quitado la vida voluntariamente, como a los hijos de los asesinos. De este modo y en todos los casos, toda una familia es castigada por la falta de un solo hombre”.⁷⁸

Así, la confiscación constituía una pena que desposeía a los herederos del delincuente del eventual patrimonio al que tenían derecho. Esto, claro está, no guardaba relación alguna con el delito cometido, sino que era un mero acto de venganza. Fue por ello que con el paso del tiempo sólo se aceptó tratándose de delitos de lesa majestad, y posteriormente fue prohibido por las legislaciones modernas por el carácter vengativo y no retributivo que tenía.

Así es como llega a nuestra Constitución la prohibición de la confiscación de bienes establecida en el artículo 22 constitucional. Para empezar a analizar este supuesto constitucional hay que empezar diciendo que por confiscación

⁷⁸ BECCARIA, Cesare, Tratado de los delitos y de las penas, 5ª ed. Facsimilar, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 318.

debemos entender la pérdida de dominio de bienes de una persona a favor del Estado sin retribución alguna. Es importante señalar que no importa si la privación recae sobre un bien en particular o la totalidad del patrimonio de la persona. Asimismo, el aspecto de la retribución resulta importante, ya que la expropiación, a pesar de constituir la pérdida de dominio de bienes, prevé una justa retribución para el afectado por esta medida de orden público. La expropiación se encuentra permitida, mientras que la confiscación se encuentra prohibida.

A diferencia de otras penas previstas en el artículo 22 constitucional, que todas y de cualquier manera se encuentran prohibidas, la confiscación cuenta con un trato excepcional, ya que nuestro máximo ordenamiento enuncia limitativamente seis casos en que la pérdida de dominio de bienes a favor del Estado no se encuentra vedada, por lo que a pesar de constituir materialmente supuestos de confiscación, jurídico-constitucionalmente no son reputados como tales, y por ello se encuentran permitidos. Estos casos son los siguientes:

La aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para:

- 1) El pago de multas
- 2) El pago de impuestos
- 3) El pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito
- 4) El decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109
- 5) La aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono
- 6) Bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia.

a) Confiscación para pago de multas

Como se mencionó antes en el tema de la multa excesiva, la multa debe ser entendida como toda sanción de carácter pecuniario que imponga la autoridad, ya sea judicial o administrativa, por la infracción a leyes o reglamentos. Hay que

recordar, en primera instancia, lo que establece el artículo 21 constitucional, en el cuarto párrafo:

“Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en *multa*, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas”.

Asimismo, las multas también pueden estar previstas en Leyes, no son privativas de los Reglamentos, por lo que el término “multas” que utiliza el texto constitucional debe considerarse extensivo a todas ellas.

Así, la confiscación que se ejecuta por parte del Estado para hacer efectivo el pago de multas se encuentra permitida por este artículo constitucional, y por parte de la legislación fiscal, las multas se encuentran comprendidas bajo el término de *aprovechamientos*. El Código Fiscal de la Federación establece en su artículo 3:

“Son *aprovechamientos* los ingresos que *percibe el Estado por funciones de derecho público distintos de las contribuciones*, de los ingresos derivados de financiamientos y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal.

Los recargos, las sanciones, los gastos de ejecución y la indemnización a que se refiere el séptimo párrafo del artículo 21 de este Código, que se apliquen en relación con *aprovechamientos*, son accesorios de éstos y participan de su naturaleza.

Los aprovechamientos por concepto de multas impuestas por infracciones a las disposiciones legales o reglamentarias que no sean de carácter fiscal, podrán ser destinados a cubrir los gastos de operación e inversión de las dependencias encargadas de aplicar o vigilar el cumplimiento de las disposiciones cuya infracción dio lugar a la imposición de la multa, cuando dicho destino específico así lo establezcan las disposiciones jurídicas aplicables.

Son productos las contraprestaciones por los servicios que preste el Estado en sus funciones de derecho privado, así como por el uso, aprovechamiento o enajenación de bienes de dominio privado”.

Asimismo, los aprovechamientos constituyen créditos fiscales, según el artículo 4 del Código Fiscal de la Federación, que dice:

“Son *créditos fiscales* los que tenga derecho a percibir el Estado o sus organismos descentralizados que provengan de contribuciones, de *aprovechamientos* o de sus accesorios, incluyendo los que deriven de responsabilidades que el Estado tenga derecho a exigir de sus servidores públicos o de los particulares, así como aquellos a los que las leyes les den ese carácter y el Estado tenga derecho a percibir por cuenta ajena”.

Este caso de confiscación permitida por la Constitución cuenta con un procedimiento para hacerla efectiva, conocido como *procedimiento administrativo de ejecución (PAE)*, establecido en el Código Fiscal de la Federación, que en su artículo 145, en la parte conducente, dice:

“Las autoridades fiscales exigirán el pago de los créditos fiscales que no hubieren sido cubiertos o garantizados dentro de los plazos señalados por la Ley, mediante procedimiento administrativo de ejecución”.

Siendo así, queda claro que el Estado puede confiscar bienes de los individuos cuando se trate de hacer efectivo el cobro de una deuda que tenga por origen una multa, sea cual sea su origen, y a la que le serán aplicables las disposiciones relativas al procedimiento administrativo de ejecución, como lo refleja la siguiente tesis:

No. Registro: 179,263
Tesis aislada
Materia(s): Administrativa
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXI, Febrero de 2005
Tesis: IV.2o.A.132 A
Página: 1722

MULTAS JUDICIALES. LOS CRÉDITOS FISCALES RELATIVOS NACEN CUANDO LA SENTENCIA CAUSA EJECUTORIA, PERO PARA HACERLAS EFECTIVAS ES NECESARIO EL REQUERIMIENTO DE PAGO DE LA AUTORIDAD EXACTORA, QUE PUEDE SER IMPUGNADO EN EL JUICIO DE NULIDAD.

De acuerdo con los artículos 35, último párrafo y 37 del Código Penal Federal, la multa impuesta como sanción por la autoridad judicial en la sentencia de condena, se mandará hacer efectiva a través de la autoridad fiscal una vez que la sentencia que la imponga cause ejecutoria, para lo cual se remitirá de inmediato copia certificada de tal resolución a la ejecutora, y ésta, dentro de los tres días siguientes a la recepción de esa información, iniciará el procedimiento económico coactivo; por tanto, tratándose de dichas multas, surge la facultad de hacerlas efectivas una vez que la sentencia ha causado ejecutoria, es decir, la multa judicial se convierte en un crédito fiscal exigible desde el momento en que la sentencia relativa queda firme, sin que ello implique estado de indefensión para el sujeto pasivo, pues es claro que para el momento en que el crédito fiscal derivado de la multa nace y se hace exigible, el particular ha contado con la oportunidad de defenderse a través de los medios de impugnación que la ley le concede tanto dentro del proceso penal respectivo, como mediante el juicio de amparo. Ahora bien, el procedimiento administrativo encaminado al cobro de la multa es de naturaleza ejecutiva, en términos de los artículos 145 a 151 del Código Fiscal de la Federación, ya que se integra con una serie de actos administrativos que buscan hacer efectivo un derecho a favor del fisco, cuya existencia esté demostrada en un documento auténtico o título ejecutivo, por lo que éste es indispensable para que se intente la vía en cuestión; dicho título se encuentra constituido necesariamente por una resolución de la autoridad fiscal, pues sus actos cuentan con la presunción de legalidad y certeza en términos del artículo 68 del citado código, de ahí que la legitimen para hacer exigible el crédito; consecuentemente, la resolución administrativa de que se trata (título que trae aparejada ejecución), no se constriñe a la que da nacimiento al crédito fiscal, representada por la sentencia en que se impuso la multa por cantidad determinada, sino que se integra por el acto de la autoridad exactora que da certeza o define una situación legal o administrativa, esto es, la que determina la existencia de un crédito fiscal y da inicio al procedimiento administrativo de ejecución, la cual se configura a través del requerimiento de pago que debe notificarse al contribuyente, como requisito formal previo al referido procedimiento y conforme al artículo 151 del ordenamiento tributario federal. Así, si conforme al artículo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el juicio de nulidad de que conoce tal órgano, procede contra las resoluciones de las autoridades fiscales federales que determinen la existencia de una obligación fiscal, como lo es el requerimiento de pago, dicho acto puede ser impugnado en el juicio de nulidad, sin que sea óbice para ello que se relacione con un crédito fiscal surgido de la imposición de una multa judicial; sin embargo, si bien dentro del juicio de nulidad pueden ser objeto de impugnación y, por ende, tema de estudio para dicho tribunal, todos los actos que se realicen dentro del procedimiento administrativo de ejecución, encaminado al cobro de un crédito fiscal derivado de la imposición de una multa judicial, desde la actuación de la autoridad exactora que determina la

existencia del crédito (requerimiento de pago), hasta la resolución que finque el remate de bienes embargados y ordene la aplicación del producto de la enajenación a favor del fisco federal; en ningún caso podrá ser punto de análisis por parte de la Sala Fiscal, el acto que representa el nacimiento del crédito (que no su determinación fiscal), constituido por la resolución judicial que impuso la multa en cantidad líquida al gobernado, dado que ésta no es discutible dentro del juicio de nulidad.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 256/2004. Nicolás Pitones Terrazas. 8 de diciembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: José Carlos Rodríguez Navarro. Secretario: Edmundo Adame Pérez.

b) Confiscación de bienes por pago de impuestos

El pago de impuestos debe entenderse como el pago de cualquier contribución. Por impuesto han de entenderse las contribuciones, como se llama en la legislación ordinaria, a las previstas en el Código Fiscal de la Federación⁷⁹ y en los Códigos Financieros o Fiscales de los Estados. Este es precisamente el fundamento que nosotros encontramos para que sin necesidad de agotar garantía de audiencia previa⁸⁰ y mediante el procedimiento administrativo de ejecución (artículo 145 CFF) la autoridad administrativa prive y aplique los bienes que embarga al contribuyente para el pago de contribuciones, contrario al criterio que ha sostenido hasta hoy en día la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se basa en que el cobro de las contribuciones constituye una excepción a la garantía

⁷⁹ Artículo 2o.- 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 en ley que deben pagar las personas físicas y morales que se encuentran en la situación jurídica o de hecho prevista por la misma y que sean distintas de las señaladas en las fracciones II, III y IV de este artículo.

II. Aportaciones de seguridad social son las contribuciones establecidas en ley a cargo de personas que son sustituidas por el Estado en el cumplimiento de obligaciones fijadas por la ley en materia de seguridad social o a las personas que se beneficien en forma especial por servicios de seguridad social proporcionados por el mismo Estado.

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

IV. Derechos son las contribuciones establecidas en Ley por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación, así como por recibir servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público, excepto cuando se presten por organismos descentralizados u órganos desconcentrados cuando, en este último caso, se trate de contraprestaciones que no se encuentren previstas en la Ley Federal de Derechos. También son derechos las contribuciones a cargo de los organismos públicos descentralizados por prestar servicios exclusivos del Estado.

⁸⁰ Claro está que la garantía de audiencia previa al acto de privación se puede cumplir mediante la interposición de recursos y el juicio de amparo, y por garantía de audiencia previa entendemos la posibilidad de que exista un *juicio* previo.

de audiencia previa. Consideramos que el cobro de las contribuciones mediante el PAE encuentra fundamento en el artículo 22 constitucional, mientras que para la jurisprudencia, ésta es una excepción a la garantía de audiencia previa, como lo refleja la siguiente tesis:

No. Registro: 186,662

Tesis aislada

Materia(s): Constitucional, Administrativa

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVI, Julio de 2002

Tesis: 2a. LXXII/2002

Página: 446

AUDIENCIA PREVIA. LA EXCEPCIÓN A DICHA GARANTÍA, TRATÁNDOSE DE LA MATERIA TRIBUTARIA, OPERA ÚNICAMENTE RESPECTO DE ACTOS RELACIONADOS CON CRÉDITOS FISCALES DERIVADOS DE LA FALTA DE PAGO DE UNA CONTRIBUCIÓN O DE SUS ACCESORIOS.

Del análisis de las ejecutorias que integran la jurisprudencia de este Alto Tribunal publicada con el número 110, en la página 141, del Tomo I, Materia Constitucional, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, de rubro: "AUDIENCIA, GARANTÍA DE. EN MATERIA IMPOSITIVA, NO ES NECESARIO QUE SEA PREVIA.", se advierte que en ellas se sostuvo que, en atención a que el cobro de las contribuciones resulta indispensable para el sostenimiento de las instituciones del Estado, así como para la prestación de diversos servicios públicos que están a cargo de diferentes órganos de éste, *la recaudación de los ingresos de naturaleza tributaria no puede estar supeditada a que previamente se escuche a los gobernados que se ubican en las hipótesis de hecho que dan lugar al cobro de alguna contribución*, pues de lo contrario, podría llegar el momento en que las instituciones y el orden constitucional desaparecieran o se vieran gravemente afectados por falta de elementos económicos. En este tenor, *toda vez que el referido criterio jurisprudencial constituye una excepción al principio general que deriva de la interpretación del artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe estimarse que únicamente es aplicable respecto de los actos de las autoridades hacendarias que tienen como finalidad realizar la determinación o el cobro de contribuciones y sus accesorios*, es decir, de las prestaciones patrimoniales de carácter público que, regidas por lo dispuesto en el artículo 31, fracción IV, de la propia Norma Fundamental, son establecidas por los órganos del Estado que están dotados de potestad tributaria y tienen como finalidad fundamental sustentar el gasto público, así como respecto de las diversas prestaciones que se generen como consecuencia de la falta de pago oportuno de aquéllas; es decir, ***la excepción a la garantía de audiencia previa que rige en materia tributaria únicamente es aplicable respecto del cobro de contribuciones***, mas no en relación con otras prestaciones

patrimoniales que en el ámbito federal, según lo dispuesto en el artículo 4o., párrafo primero, del Código Fiscal de la Federación, también dan lugar a la generación de créditos fiscales.

Amparo directo en revisión 21/2001. Super Panificadora y Abarrotes La Viana, S.A. 12 de abril de 2002. Mayoría de tres votos. Disidentes: Mariano Azuela Güitrón y Juan Díaz Romero. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina.

Nota: Conforme al artículo 192, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, esta tesis no es apta para integrar jurisprudencia.

Contrario a este criterio de la Suprema Corte, encontramos el siguiente pronunciamiento de Tribunales Colegiados de Circuito con el que concordamos plenamente:

No. Registro: 253,726

Jurisprudencia

Materia(s): Administrativa

Séptima Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

90 Sexta Parte

Tesis:

Página: 147

Genealogía: Informe 1976, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 3, página 106.

FACULTAD ECONOMICOCOACTIVA. SU EJERCICIO NO PUEDE CALIFICARSE DE VIOLENCIA, NI PUGNA CON LA CONSTITUCION.

La violencia prohibida por el artículo 17 del Código Supremo consiste en el empleo ilegítimo de la amenaza o de la fuerza, y no puede calificarse de ilegítima la conducta de una autoridad hacendaria cuando, dentro de los límites de su competencia legal, y apegándose a las normas jurídicas aplicables, finca un crédito fiscal o tramita el procedimiento para hacerlo efectivo. *La actividad desenvuelta a través del procedimiento económico-coactivo no entraña la confiscación de bienes que prohíbe el artículo 22 de la misma Carta Magna, pues el cobro de los créditos referentes a impuestos o multas es lícito llevarlo a cabo, sin solicitar el auxilio del órgano jurisdiccional, mediante disposiciones que tienen carácter ejecutivo, y que si bien, por supuesto, pueden someterse, a solicitud de los afectados, a revisión judicial, no requieren, para su validez, de la previa aprobación de los tribunales.*

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Séptima Epoca, Sexta Parte:

Volumen 85, página 39. Amparo en revisión 602/75. José Cohen Dabbah y coagraviados. 8 de enero de 1976. Unanimidad de votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Volumen 85, página 39. Amparo en revisión 608/75. José Cohen Dabbah y coagraviados. 8 de enero de 1976. Unanimidad de votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Volumen 85, página 39. Amparo en revisión 612/75. José Cohen Dabbah y coagraviados. 8 de enero de 1976. Unanimidad de votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Volumen 85, página 39. Amparo en revisión 605/75. Moisés Michan Zonnana y copropietarios. 11 de marzo de 1976. Unanimidad de votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Volumen 89, página 23. Amparo en revisión 145/76. Calzado Saeta, S.A. 6 de mayo de 1976. Unanimidad de votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Ahora bien, hay que señalar una importante distinción en cuanto al cobro de la deuda que hace efectiva el Estado. El artículo 22 hace referencia a que no se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona para el pago de *impuestos*, o bien, de *contribuciones*, sin embargo, la autoridad administrativa hace uso de este medio de cobro tratándose de cualquier crédito a favor del fisco. Hay que recordar que los créditos fiscales con base en los cuales el Estado aplica el procedimiento administrativo de ejecución son aquellos que señala el artículo 4 del Código Fiscal de la Federación, el cual establece:

“Son *créditos fiscales* los que tenga derecho a percibir el Estado o sus organismos descentralizados que provengan de *contribuciones*, de *aprovechamientos* o de sus accesorios, incluyendo los que deriven de responsabilidades que el Estado tenga derecho a exigir de sus servidores públicos o de los particulares, así como aquellos a los que las leyes les den ese carácter y el Estado tenga derecho a percibir por cuenta ajena”.

Como se puede observar, los *créditos fiscales* bien pueden ser *contribuciones* (o sus accesorios) o *aprovechamientos*⁸¹ (o sus accesorios), por lo que la aplicación de bienes a favor del Estado sin juicio previo para hacer efectivo el cobro de un aprovechamiento resulta inconstitucional. Tratándose de multas, que encajan perfectamente en el concepto de aprovechamientos, puede existir confiscación dado que el presente artículo constitucional no considera confiscación el cobro que hace el Estado mediante el procedimiento administrativo de ejecución para el pago de multas, pero en los demás casos en que el tipo de crédito fiscal deriva de un aprovechamiento, por supuesto que estaremos ante un acto inconstitucional, al menos si se hace de manera confiscatoria, es decir, sin que medie juicio alguno.

Así, la aplicación de bienes que realiza el Estado, ya sea para hacer efectiva una *contribución* o *impuesto* estatal o federal, es constitucional de acuerdo con el artículo 22 de nuestro máximo ordenamiento.

c) Aplicación de bienes para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito.

Este caso resulta peculiar, ya que parece ser que la Constitución confunde la confiscación con la ejecución forzosa de la sentencia. Hay que mencionar que son muchos los casos en que la autoridad judicial aplica los bienes de una persona para el pago de responsabilidad civil, y no necesariamente provenientes de un delito, sino por incumplimiento de un contrato, o por responsabilidad extracontractual, por ejemplo. Resulta interesante además que este caso no deriva de una relación entre el individuo y el Estado, sino que tiene como trasfondo la relación de un individuo con otro, es decir, una relación en igualdad de posiciones entre un civil y otro, y que tiene como consecuencia la responsabilidad del sujeto que comete un delito en perjuicio del sujeto pasivo, que genera el nacimiento de

⁸¹ Artículo 3o.- Son aprovechamientos los ingresos que percibe el Estado por funciones de derecho público distintos de las contribuciones, de los ingresos derivados de financiamientos y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal.

una obligación por un hecho ilícito (delito), de ahí que la responsabilidad sea civil, por la relación con otro civil, y no la responsabilidad pública que exige el Estado mediante la imposición de una pena pública, como lo es la de prisión o la multa.

Otro aspecto importante de esta medida es que no tiene como fin aplicar los bienes a favor del Estado, sino a favor de quien tenga derecho a recibir el pago por responsabilidad civil, por lo que podemos decir que es el único de los seis casos en que el Estado no aparece como beneficiario de la medida de confiscación. Así, hay que distinguir entre “el procedimiento para hacer efectivos los créditos fiscales a favor del Estado, al cual se conoce como la *vía económica coactiva* o procedimiento de ejecución fiscal y, por otro lado, el procedimiento para hacer efectivas las sentencias de condena dictadas por los tribunales civiles, al cual se le designa como *vía de apremio*. La vía de apremio es, pues, el procedimiento para llevar a cabo la ejecución procesal o ejecución forzada”.⁸²

Aun con la precisión mencionada, la Constitución no reputa como acto prohibido la confiscación o aplicación de bienes de una persona para el pago de la responsabilidad civil proveniente de un delito.

d) Decomiso en caso de enriquecimiento ilícito en términos del artículo 109 constitucional.

El artículo 109 al que se hace referencia es el contenido en el Título Cuarto constitucional, relativo a las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado. Este supuesto se refiere a los casos en que servidores públicos no pueden justificar la lícita procedencia de los bienes que adquirieron durante el tiempo de su encargo, y se encuadra en lo que se conoce como responsabilidad penal de los servidores públicos.

El artículo 109 constitucional, en la parte que interesa establece:

⁸² OVALLE FAVELA, José, **Derecho procesal civil**, 9ª ed., Editorial Oxford University Press, México, 2003, p. 283.

“Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, *cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes*, además de las otras penas que correspondan”.

A diferencia de otros casos en que la confiscación se encuentra permitida, en que las que ésta se realiza sobre cualquier bien del patrimonio de la persona, en éste supuesto la confiscación se realiza *sobre bienes determinados o particularizados*, es decir, únicamente respecto de aquellos cuya lícita procedencia no pueda justificar el servidor público.

En este caso, la confiscación que realiza el Estado es llamada “decomiso”, y se impone *a modo de pena como resultado de un juicio penal* en el que se acredita el delito de enriquecimiento ilícito por parte del servidor público,⁸³ y no como una medida que el Estado puede aplicar sin necesidad de juicio previo, como en el caso de confiscación para pago de multas o impuestos.

La disposición relativa al decomiso penal en el ámbito federal es la siguiente:

“ARTICULO 40.- Los *instrumentos del delito*, así como las cosas que sean *objeto o producto de él*, se *decomisarán si son de uso prohibido. Si son de uso lícito, se decomisarán cuando el delito sea intencional*. Si pertenecen a un tercero, sólo se decomisarán cuando el tercero que los tenga en su poder o los haya adquirido bajo cualquier título, esté en alguno de los supuestos a los que se refiere el Artículo 400 de este Código, independientemente de la naturaleza jurídica de dicho tercero propietario o poseedor y de la relación que aquel tenga con el delincuente, en su caso. *Las autoridades competentes procederán al inmediato aseguramiento de los bienes que podrían ser materia del decomiso, durante la averiguación o en el proceso*. Se actuará en los términos previstos por este párrafo cualquiera que sea la naturaleza de los instrumentos, objetos o productos del delito.

⁸³ Aunque revirtiendo la carga de la prueba al servidor público para que justifique la lícita procedencia de sus bienes.

Si los instrumentos o cosas decomisados son sustancias nocivas o peligrosas, se destruirán a juicio de la autoridad que esté conociendo, en los términos previstos por el Código de Procedimientos Penales, pero aquélla, cuando lo estime conveniente, podrá determinar su conservación para fines de docencia o investigación. Respecto de los instrumentos del delito, o cosas que sean objeto o producto de él, la autoridad competente determinará su destino, según su utilidad, para beneficio de la procuración e impartición de Justicia, o su inutilización si fuere el caso, de conformidad con las disposiciones aplicable”.

Este artículo prevé el decomiso y constituye un acto material de disposición y privación de bienes de la persona para su posterior aplicación a favor del Estado, cuestión que materialmente es idéntica a la confiscación, y cuyos casos de procedencia según la legislación, a pesar de no estar previstas por el artículo 22 de la Constitución, nos parecen totalmente legítimos atendiendo a la naturaleza por la cual se impone. Recalcamos lo expresado en el sentido de que confiscación y decomiso constituyen materialmente lo mismo. En efecto, la confiscación constituye un acto de privación de dominio de bienes de una persona sin retribución alguna, y se encuentra prohibida por el artículo 22 constitucional, salvo en 6 casos. Ahora bien, el decomiso es una acto de privación de dominio de bienes de una persona sin retribución alguna, y no se encuentra permitida más que en uno de los casos de confiscación de bienes (enriquecimiento ilícito de servidores públicos). Contraria a la opinión que sostenemos aquí de que confiscación y decomiso constituyen materialmente lo mismo, encontramos esta tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

No. Registro: 200,122

Tesis aislada

Materia(s): Constitucional, Penal, Administrativa

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

III, Mayo de 1996

Tesis: P. LXXIV/96

Página: 55

CONFISCACION Y DECOMISO. SUS DIFERENCIAS BASICAS.

Confiscación y decomiso son dos figuras jurídicas afines, pero con características propias que las distinguen. Por la primera, debe entenderse la apropiación violenta

por parte de la autoridad, de la totalidad de los bienes de una persona o de una parte significativa de los mismos, sin título legítimo y sin contraprestación, pena que se encuentra prohibida por el artículo 22 constitucional; en tanto que la última es aquella que se impone a título de sanción, **por la realización de actos contra el tenor de leyes prohibitivas o por incumplimiento de obligaciones de hacer a cargo de los gobernados** con la nota particular de que se reduce a los bienes que guardan relación con la conducta que se castiga, o sea, los que han sido utilizados como instrumento para la comisión de un delito o infracción administrativa, los que han resultado como fruto de tales ilícitos o bien los que por sus características, representan un peligro para la sociedad.

Amparo en revisión 1394/94. Egon Meyer, S.A. 19 de marzo de 1996. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: Juventino V. Castro y Castro y Humberto Román Palacios por estar desempeñando un encargo extraordinario. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Víctor Francisco Mota Cienfuegos.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el trece de mayo en curso, aprobó, con el número LXXIV/1996, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a trece de mayo de mil novecientos noventa y seis.

Como se puede ver, el criterio que tiene la Corte sobre la diferencia entre confiscación y decomiso es radical. Ahora bien, la pena de decomiso esta prevista constitucionalmente únicamente para el caso de enriquecimiento ilícito de servidores públicos, sin embargo, la aplicación de la misma en los supuestos del artículo 40 del Código Penal Federal encuentra legitimación en justas razones, que difieren por completo de la justificación que para tal medida da la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tanto ésta centra la justificación del decomiso en la realización de *actos contra el tenor de leyes prohibitivas o por incumplimiento de obligaciones a cargo de los gobernados*, posición que en nuestra opinión genera actos confiscatorios que sí se encuentran prohibidos por la Constitución, como más adelante veremos. Mientras tanto, veamos los casos en que el decomiso, acto material de confiscación, sí se encuentra permitido y legitimado por nuestro sistema jurídico.

El artículo 40 prevé el decomiso de instrumentos, objetos o productos del delito que sean de *uso prohibido*, es decir, cuyo uso no esté permitido a los particulares o bien que se encuentre sujeto a controles y autorizaciones por parte de la autoridad. Tal es el caso de las armas de fuego prohibidas o reservadas para

uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, así como los narcóticos, cuyo manejo en ambos casos está en un inicio *prohibido* por la ley y no pueden ser legalmente poseídos por los particulares, por lo que para la generalidad de la población estos bienes son de uso prohibido, y por eso el decomiso o confiscación que se aplique sobre los mismos no sería un acto prohibido por la Constitución. Es más, no se podría hablar ni siquiera de confiscación, dado que estos bienes no pueden ser parte del patrimonio de una persona por estar excluidos del comercio, por lo que se pueden confiscar en tanto legalmente no es posible su portación o posesión por parte de particulares.

Así, no se confisca estos bienes como efecto de una sanción administrativa o como pena, sino como una expresión misma del hecho de que los ciudadanos no pueden de manera legal estar en posesión de las mismas si no se encuentran en los casos que determina la ley y cuentan con la autorización correspondiente. En el caso de los narcóticos, estos no pueden ser manejados por los particulares, por lo que si materialmente lo están haciendo, lo que procede es que la autoridad los retenga, pero no como efecto de una sanción o pena (cuestión distinta es que esto constituya un delito, pero que es ajena a la consecuencia), sino por el simple hecho de que está prohibido su manejo por los particulares.

En estos casos la autoridad de seguridad pública o sanitaria, se encuentra facultada para retener y confiscar esos bienes no por ser reflejo o efecto de una sanción, sino porque la conducta relacionada con las mismas (portación) se encuentra prohibida,⁸⁴ es decir, su uso es prohibido.

Resulta lógico que sólo aquellos bienes que legalmente se pueden poseer por los particulares puedan ser materia de la confiscación, dado que aquellos que no pueden poseer (de manera jurídica), y que por tanto se encuentran fuera del comercio (en tanto no se cuente con una autorización, por ejemplo),⁸⁵ no son

⁸⁴ Pensemos en un caso que acontece en una familia, en que los padres le quitan a su hijo un cuchillo con el que está jugando. No se lo quitan a modo de castigo o de sanción, sino por el hecho de que no puede estar jugando con ese instrumento, es algo que se encuentra prohibido para él. Lo mismo sucede con las llamadas “armas prohibidas” o con las “drogas”; la autoridad desposee a los particulares de las mismas no por constituir esto una sanción, sino porque no les está permitido su uso.

⁸⁵ Una situación idéntica es la que hace ver la Ley Federal de Extinción de Dominio, que en su artículo 2 entiende por bienes “todas las cosas materiales **que no estén excluidas del comercio**, ya sean muebles o inmuebles, y todo aquel

susceptibles de ser objeto de apropiación particular y por ello no es posible considerarlos bienes de una persona, así que técnicamente no puede existir confiscación prohibida por el artículo 22 constitucional. En efecto, el Código Civil Federal señala al respecto:

“ARTICULO 747.- Pueden ser **objeto de apropiación** todas las **cosas que no estén excluidas del comercio**.

ARTICULO 748.- Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

ARTICULO 749.- **Están fuera del comercio** por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y **por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular**”.

Siendo así, los instrumentos, objetos o producto del delito de uso prohibido pueden ser decomisados o confiscados por la autoridad, en tanto su uso se encuentra prohibido a los particulares, y por tanto, no pueden ser objeto de apropiación por ser irreductibles a propiedad particular, sino bajo ciertos requisitos y condiciones legales.

Ahora bien, tratándose de bienes de uso lícito, éstos se decomisan cuando el delito es intencional. En este caso, resulta de trascendencia decir que los bienes se pueden usar para fines prohibidos por la ley o bien para fines lícitos. En efecto, un cuchillo puede servir para matar a alguien, pero también para cortar un pan. Sin entrar más a fondo en la discusión, los bienes que son utilizados por la gente para el desarrollo normal de sus actividades, y que son utilizados como medio para cometer un delito intencional,⁸⁶ pueden ser decomisados de acuerdo con la legislación, y la justificación que encontramos, si bien no tan sólida como la expuesta tratándose de bienes de uso prohibido, es la de retribuir al sujeto que con ese bien ha ocasionado un daño, en este caso, mediante la comisión de un delito. Reiteramos que esta justificación no es tan sólida como la que damos

derecho real o personal, sus objetos, frutos y productos, **susceptibles de apropiación**, que se encuentren en los supuestos señalados en el artículo 8 de esta Ley”. Esto resulta lógico, en tanto únicamente se puede extinguir el dominio de aquellos bienes que legalmente pueden entrar al patrimonio de una persona, y por lo tanto, que pueden ser susceptibles de apropiación, de otra forma, no se podría hablar en sentido jurídico de extinguir el dominio de un bien del particular, ahí en donde no puede existir dominio sobre el bien por parte de éste, por estar excluido del comercio.

⁸⁶ Delito intencional en el sentido de “doloso”.

tratándose de bienes de uso prohibido, por lo que habrá que encontrar otro tipo de razonamiento legal para poder reputar constitucional esta porción normativa.

Ahora bien, habíamos advertido antes que el concepto que tiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación de “confiscación” y “decomiso”, ha llevado a que ésta legitime actos que pudieren llegar a constituir actos prohibidos por la Constitución por ser confiscatorios, y nos referimos a los siguientes criterios de la Segunda Sala de nuestro máximo tribunal:

No. Registro: 175,243

Tesis aislada

Materia(s): Constitucional, Administrativa

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXIII, Abril de 2006

Tesis: 2a. XXXII/2006

Página: 293

RADIO Y TELEVISIÓN. EL ARTÍCULO 104 BIS, PRIMER PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES.

El citado precepto, al señalar que quien opere o explote estaciones de radiodifusión sin concesión o permiso del Ejecutivo Federal perderá en beneficio de la Nación todos los bienes muebles e inmuebles dedicados a la operación o explotación de la estación de que se trate, **prevé un decomiso de naturaleza administrativa, mas no penal, porque no se impone para reprimir una conducta propiamente delictiva, sino para sancionar una infracción administrativa; de ahí que la autoridad administrativa al imponerlo no aplica una pena, ni invade el ámbito de facultades del Poder Judicial** y, por ende, no transgrede el principio de división de poderes contenido en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que no realiza la función jurisdiccional reservada a dicho Poder, consistente en la imposición de las penas previstas en el primer párrafo del numeral 21 de la Constitución Federal.

Amparo en revisión 2049/2005. TV Azteca, S.A. de C.V. y otra. 24 de febrero de 2006. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Alberto Miguel Ruiz Matías.

No. Registro: 175,242

Tesis aislada

Materia(s): Constitucional, Administrativa

Novena Época

Instancia: Segunda Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXIII, Abril de 2006
Tesis: 2a. XXX/2006
Página: 294

RADIO Y TELEVISIÓN. EL ARTÍCULO 104 BIS, PRIMER PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO VIOLA EL ARTÍCULO 21, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

El citado precepto legal, al prever que quien opere o explote estaciones de radiodifusión sin concesión o permiso del Ejecutivo Federal perderá en beneficio de la Nación todos los bienes muebles e inmuebles dedicados a la operación o explotación de la estación de que se trate, **no viola el artículo 21, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque se refiere al decomiso administrativo por la infracción a una norma de esa naturaleza, como es la Ley Federal de Radio y Televisión, esto es, dicho decomiso no es una pena, en virtud de que no se impone como castigo por la comisión de un delito, por lo que la autoridad administrativa competente está facultada para imponerlo, sin que ello implique violación al indicado artículo constitucional**, ya que si bien es cierto que conforme a este precepto las autoridades administrativas sólo pueden imponer las sanciones consistentes en multa y arresto, también lo es que jurídicamente no debe considerarse que estas sanciones sean las únicas que puedan aplicar, porque su campo de acción es muy amplio y no se limita a esos casos; de ahí que también pueden imponer sanciones por violación a las leyes administrativas, como sucede en el supuesto del artículo 104 Bis, primer párrafo, de la Ley Federal de Radio y Televisión. Además, **la autorización otorgada a una autoridad administrativa para aplicar el decomiso no produce el efecto de ampliar su competencia, pues no se le faculta para imponer una pena propiamente dicha, función reservada constitucionalmente a la autoridad judicial.**

Amparo en revisión 2049/2005. TV Azteca, S.A. de C.V. y otra. 24 de febrero de 2006. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Alberto Miguel Ruiz Matías.

No. Registro: 175,244
Tesis aislada
Materia(s): Constitucional, Administrativa
Novena Época
Instancia: Segunda Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXIII, Abril de 2006
Tesis: 2a. XXXI/2006
Página: 293

RADIO Y TELEVISIÓN. EL ARTÍCULO 104 BIS, PRIMER PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 22, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

El citado precepto legal prevé que quien opere o explote estaciones de radiodifusión sin concesión o permiso del Ejecutivo Federal perderá en beneficio de la Nación todos los bienes muebles e inmuebles dedicados a la operación o explotación de la estación de que se trate, acto que se traduce en el decomiso de tales bienes, pues se impone a título de sanción por la realización de actos que contravienen la Ley Federal de Radio y Televisión y se limita a la afectación de los bienes respectivos vinculados con la conducta castigada. En esa virtud, el artículo 104 Bis, primer párrafo, de la Ley citada, no contraviene el artículo 22, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que no contempla la confiscación de los bienes citados, entendida como la apropiación violenta por parte de las autoridades de la totalidad de los bienes de una persona o de una parte significativa de éstos, sin título legítimo y sin contraprestación alguna.

Amparo en revisión 2049/2005. TV Azteca, S.A. de C.V. y otra. 24 de febrero de 2006. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Alberto Miguel Ruiz Matías.

A raíz de estas tesis resulta pertinente hacer las siguientes aclaraciones. Cuando el artículo 22 hace referencia a *penas prohibidas*, éstas hay que entenderlas no como prohibiciones dirigidas exclusivamente a la autoridad judicial penal, que es la única que constitucionalmente puede imponer *penas*,⁸⁷ sino como *prohibiciones para cualquier autoridad, a fin de que se abstenga de imponer dichas sanciones o medidas en el ámbito legislativo, administrativo y jurisdiccional.*

Asimismo, es correcto que la Constitución no señala un catálogo cerrado de sanciones que se pueden imponer por la comisión de delitos o de infracciones a las leyes administrativas sin embargo, hay que considerar que las penas que enumera el artículo 22, y que se encuentran prohibidas constitucionalmente, deben entenderse no sólo como penas en el sentido estricto de la palabra, es decir, como consecuencia jurídica del delito, sino como cualquier medida sancionatoria prevista por la ley o aplicada por la autoridad. Es decir, si se encuentra prohibida la pena de confiscación, se encuentra prohibida la confiscación que con cualquier otro nombre la legislación denomine, pero que

⁸⁷ Por virtud del artículo 21 constitucional, párrafo tercero, que establece que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.

tenga el mismo efecto sin importar si se impone como pena o como sanción administrativa.

Ahora bien, los criterios antes mencionados de la Suprema Corte de Justicia interpretaron el artículo 104 bis de la Ley Federal de Radio y Televisión, que establece:

“ARTICULO 104 Bis.- El que sin concesión o permiso del Ejecutivo Federal opere o explote estaciones de radiodifusión, sin perjuicio de la multa prevista en el artículo 103, *perderá en beneficio de la Nación todos los bienes muebles e inmuebles dedicados a la operación o explotación de la estación de que se trate*”.

Contrario a la opinión de la Suprema Corte de Justicia, opinamos que este artículo es inconstitucional, por prever un acto de confiscación prohibido por el artículo 22 de la Constitución General. En efecto, el hecho de que la jurisprudencia considere el decomiso penal y el administrativo como una sanción prevista por la comisión de *actos contra el tenor de leyes prohibitivas o por incumplimiento de obligaciones a cargo de los gobernados*, genera que cualquier conducta prohibida o incumplimiento de obligaciones pueda dar lugar a un acto de confiscación como sanción por la misma, que si bien vinculado con los bienes que constituyeron objeto de la conducta prohibida, no se encuentra permitido por el artículo 22 constitucional ni encuentra su justificación en que los bienes sean de uso prohibido.

Asimismo, los argumentos que da la Suprema Corte son en el sentido de que el decomiso administrativo no es una *pena*, y por ello no puede la autoridad administrativa incurrir en la prohibición del artículo 22, en este caso de realizar una confiscación, en tanto no se está imponiendo esta medida como una *pena*, sino como una *sanción administrativa*. Este argumento nos resulta totalmente contrario al sentido del artículo 22 constitucional, ya que sería tanto como decir que la autoridad administrativa se encuentra legitimada para imponer como sanción la pena de muerte, en tanto no la está imponiendo como una *pena*, y por tanto como *pena* prohibida por el artículo 22, sino como mera sanción administrativa, y en consecuencia no se encuentra prohibida por la Constitución. Este tipo de

conclusiones son las que se generan con criterios como los expuestos, y con el siguiente que de manera expresa señala que el término “penas” que se encuentra en el artículo 22 constitucional debe entenderse en el sentido estricto de la palabra.

No. Registro: 176,400

Tesis aislada

Materia(s): Constitucional, Administrativa

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIII, Enero de 2006

Tesis: 1a. CLXIII/2005

Página: 711

AGENTE ADUANAL. LA CANCELACIÓN DE SU PATENTE NO CONSTITUYE UNA PENA EN SENTIDO ESTRICTO, POR LO QUE NO PUEDE CALIFICARSE A LA LUZ DEL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

La pena en sentido estricto es la sanción penal, la cual, además de pertenecer al género de las consecuencias jurídicas, tiene notas características que la distinguen e identifican: se trata de la privación coactiva de un bien, determinada por una autoridad facultada válidamente para ello, que sufre una persona como consecuencia de una conducta calificada como delictiva en un proceso judicial; de ahí que no deba confundirse a la consecuencia jurídica con la pena, como si se tratara de la misma cuestión, es decir, toda pena es una consecuencia jurídica, pero no toda consecuencia jurídica es una pena. A partir de lo anterior, puede afirmarse que la cancelación de la patente de agente aduanal establecida en el artículo 165 de la Ley Aduanera no es una pena en sentido estricto, porque no es la consecuencia de una conducta propiamente delictiva, sino que se trata de la suspensión del ejercicio de un derecho específicamente otorgado por el Estado. En efecto, dicha cancelación constituye la consecuencia jurídica asociada al supuesto establecido en la fracción III del señalado artículo 165, que se refiere al hecho de que un agente aduanal señale, en el pedimento correspondiente, el nombre, domicilio fiscal o la clave del registro federal de contribuyentes de alguna persona que no hubiere solicitado la operación al agente aduanal, o cuando esos datos resulten falsos o inexistentes. En tal virtud, ***es evidente que las prohibiciones previstas en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no pueden predicarse de cualquier consecuencia jurídica, sino solamente de las penas en sentido estricto***; de manera que si la cancelación de patente contenida en el artículo 165, fracción III, de la Ley Aduanera no es una pena (sanción penal), resulta ilógico considerar que la misma pueda calificarse a la luz del citado precepto constitucional, dirigido a la prohibición de sanciones penales inusitadas y trascendentales.

Amparo en revisión 1370/2005. Filiberto Vargas Mancilla. 26 de octubre de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán.

Nuestra posición es diametralmente opuesta al sentido de la tesis antes transcrita. La interpretación del artículo 22 constitucional y las prohibiciones que predica deben ser leídas de un modo distinto al que ha venido sosteniendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de manera tal que su radio de acción se extienda a todo tipo de sanciones, y no exclusivamente a las penales. En efecto, el hecho de entender la prohibición del artículo 22 de la Constitución dirigida únicamente a las “penas” en sentido estricto de la palabra, genera que todas las demás sanciones que se impongan fuera del ámbito penal queden fuera de la prohibición constitucional, y por lo tanto, legitima la posibilidad de que, congruente con las tesis antes expuestas, se pueda imponer como sanción administrativa la muerte, la mutilación, la infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, etc.

En síntesis, si le está prohibido a la autoridad judicial imponer estas *penas* (que se imponen en una sentencia condenatoria) que enuncia el artículo 22 constitucional, a cuya imposición precede un juicio, en la que hay garantía de audiencia previa, oportunidad de alegar, presunción de inocencia, datos que acrediten la culpabilidad, etc., más aún prohibida se encuentra, o por decirlo de otra forma, con mayor razón se encuentra vedada la posibilidad de que una autoridad administrativa prevea o ejecute actos que materialmente constituyen dichas prohibiciones, por lo que el simple hecho de que se realicen *actos contra el tenor de las leyes prohibitivas o por incumplimiento de obligaciones* no puede ser razón o justificación para aplicarlas.

Por lo tanto, habrá que estudiar cada caso concreto para determinar si el decomiso que se prevé en materia administrativa o penal cuenta con legitimación constitucional, ya sea porque de manera expresa así lo prevea o bien por la utilización de razonamientos con lógica jurídica, como lo es tratándose de bienes de uso prohibido; dado que el decomiso es una institución jurídica que coincide con la confiscación, y que se encuentra prohibida por la Constitución.

e) La aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono

Es bien sabido que la autoridad se encuentra investida de múltiples facultades para hacer valer las leyes ante los particulares, aún ante su oposición a ello. Entre las muchas facultades con que cuenta la autoridad se encuentra la de custodiar bienes, ya sea muebles o inmuebles, con el fin de preservar intereses de orden público.

Esta disposición constitucional hace referencia al aseguramiento de bienes, por lo que es necesario hacer mención de la figura que en la legislación ordinaria tiene ese nombre.

El aseguramiento de bienes es una institución jurídica que existe dentro del derecho procesal penal, específicamente en la fase de averiguación previa, y se aplica como medida que tiene como fin proteger todos aquellos bienes en los que existan huellas de un delito o pudieren tener relación con éste, a fin de que no se alteren, destruyan o desaparezcan, o bien como una medida cautelar que se aplica de manera previa sobre los bienes que pudieren ser materia de un futuro decomiso.

El artículo 181 del Código Federal de Procedimientos Penales establece en su primer párrafo lo siguiente:

“ARTÍCULO 181. Los instrumentos, objetos o productos del delito así como los bienes en que existan huellas o pudieren tener relación con éste, serán asegurados a fin de que no se alteren, destruyan o desaparezcan. La administración de los bienes asegurados se realizará de conformidad con la ley de la materia”.

Asimismo, el Código Penal Federal establece:

“ARTÍCULO 40... Las autoridades competentes procederán al inmediato aseguramiento de los bienes que podrían ser materia de decomiso, durante la averiguación o en el proceso”.

Estas son las causas que de manera limitativa señala la legislación adjetiva federal para asegurar bienes, y para que en estos casos los bienes causen abandono se debe de actualizar el supuesto del artículo 182-A del Código Federal de Procedimiento Penales que establece:

“ARTICULO 182-A.- La autoridad judicial o el Ministerio Público que decreten el aseguramiento deberán notificar al interesado o a su representante legal dentro de los sesenta días naturales siguientes a su ejecución, entregando o poniendo a su disposición, según sea el caso, una copia certificada del acta a que se refiere la fracción I del artículo anterior, para que manifieste lo que a su derecho convenga.

En dicha notificación se apercibirá al interesado o a su representante legal para que no enajene o grave los bienes asegurados.

En la notificación deberá apercibirse al interesado o a su representante legal, que de no manifestar lo que a su derecho convenga, en un término de noventa días naturales siguientes al de la notificación, ***los bienes causarán abandono a favor del Gobierno Federal***.

Ahora bien, el aseguramiento de bienes es una institución que con esa denominación se prevé exclusivamente en el terreno del derecho procesal penal, sin embargo, para efectos de esta disposición constitucional debemos de entender el término “aseguramiento” como cualquier institución jurídica que establezca la custodia de bienes por parte de la autoridad, independientemente de la manera en que se le denomine o del *nomen iuris* que tenga.

Así, el término “aseguramiento” a que hace referencia este artículo que constituye el acto previo de confiscación, se puede ampliar a otras figuras jurídicas que tengan el mismo efecto del aseguramiento en materia penal, es decir, el de decretar la custodia de bienes de forma temporal por parte de las autoridades para conservar intereses de orden público.

De esta manera, la confiscación que se prevé como consecuencia del abandono de bienes ante las autoridades aduaneras y fiscales no constituye una confiscación de bienes prohibida por la Constitución. La Ley Aduanera establece:

“Artículo 29. Causarán abandono a favor del Fisco Federal las mercancías que se encuentren en depósito ante la aduana, en los siguientes casos...”⁸⁸

Asimismo, establece el Código Fiscal de la Federación:

“Artículo 196-A. Causarán abandono a favor del Fisco Federal los bienes embargados por las autoridades fiscales, en los siguientes casos...”⁸⁹

Siendo así, lo importante de este supuesto o la *ratio* del mismo no es la denominación de la institución por virtud de la cual la autoridad se encuentre resguardando los objetos o bienes, (aseguramiento, depósito, embargo, etc.) lo importante es que se encuentren en su poder, y que *causen abandono*. Por lo que

⁸⁸ Ley Aduanera. Artículo 29. **Causarán abandono en favor del Fisco Federal las mercancías que se encuentren en depósito ante la aduana, en los siguientes casos:**

I. Expresamente, cuando los interesados así lo manifiesten por escrito.

II. Tácitamente, cuando no sean retiradas dentro de los plazos que a continuación se indican:

a) Tres meses, tratándose de la exportación.

b) Tres días, tratándose de mercancías explosivas, inflamables, contaminantes, radiactivas o corrosivas, así como de mercancías perecederas o de fácil descomposición y de animales vivos.

Los plazos a que se refiere este inciso, serán de hasta 45 días, en aquellos casos en que se cuente con instalaciones para el mantenimiento y conservación de las mercancías que se trate.

c) Dos meses, en los demás casos.

También causarán abandono en favor del Fisco Federal las mercancías que hayan sido embargadas por las autoridades aduaneras con motivo de la tramitación de un procedimiento administrativo o judicial o cuando habiendo sido vendidas o rematadas no se retiren del recinto fiscal o fiscalizado. En estos casos causarán abandono en dos meses contados a partir de la fecha en que queden a disposición de los interesados.

Se entenderá que las mercancías se encuentran a disposición del interesado a partir del día siguiente a aquel en que se notifique la resolución correspondiente.

No causarán abandono las mercancías de la Administración Pública Federal centralizada y de los Poderes Legislativo y Judicial Federales.

⁸⁹ Artículo 196-A.- **Causarán abandono en favor del Fisco Federal los bienes embargados por las autoridades fiscales, en los siguientes casos:**

I. Cuando habiendo sido enajenados o adjudicados los bienes al adquirente no se retiren del lugar en que se encuentren, dentro de dos meses contados a partir de la fecha en que se pongan a su disposición.

II. Cuando el embargado efectúe el pago del crédito fiscal u obtenga resolución o sentencia favorable que ordene su devolución derivada de la interposición de algún medio de defensa antes de que se hubieran rematado, enajenado o adjudicado los bienes y no los retire del lugar en que se encuentren dentro de dos meses contados a partir de la fecha en que se pongan a disposición del interesado.

III. Se trate de bienes muebles que no hubieren sido rematados después de transcurridos dieciocho meses de practicado el embargo y respecto de los cuales no se hubiere interpuesto ningún medio de defensa.

IV. Se trate de bienes que por cualquier circunstancia se encuentren en depósito o en poder de la autoridad y los propietarios de los mismos no los retiren dentro de dos meses contados a partir de la fecha en que se pongan a su disposición.

Se entenderá que los bienes se encuentran a disposición del interesado, a partir del día siguiente a aquél en que se le notifique la resolución correspondiente.

Cuando los bienes embargados hubieran causado abandono, las autoridades fiscales notificarán personalmente o por correo certificado con acuse de recibo a los propietarios de los mismos, que ha transcurrido el plazo de abandono y que cuentan con quince días para retirar los bienes, previo pago de los derechos de almacenaje causados. En los casos en que no se hubiera señalado domicilio o el señalado no corresponda a la persona, la notificación se efectuará a través de estrados.

Los bienes que pasen a propiedad del Fisco Federal conforme a este artículo, podrán ser enajenados o donarse para obras o servicios públicos, o a instituciones asistenciales o de beneficencia autorizadas para recibir donativos deducibles del impuesto sobre la renta.

El producto de la venta se destinará a pagar los cargos originados por el manejo, almacenaje, custodia y gastos de venta de los citados bienes en los términos que mediante reglas establezca la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

más allá del aseguramiento, que se utiliza para asegurar los instrumentos, objetos o productos del delito o cualquier objeto en el que exista una huella o indicio del mismo, debemos de entender por “aseguramiento”, para efectos de este supuesto, la posesión que tiene el Estado de bienes de particulares y que por el transcurso del tiempo (o de manera expresa ante la manifestación del particular de que así lo desea, como en el caso del artículo 29, fracción I de la Ley Aduanera) causan abandono, no limitándolo a la institución de aseguramiento que se prevé en derecho procesal penal.

En síntesis y a manera de conclusión, los bienes que causen abandono por cualquier causa jurídica no constituyen actos de confiscación prohibidos por el artículo 22 constitucional, ya que es sólo ante el desinterés del particular en recobrar dichos bienes que el Estado los confisca para definir la situación jurídica de los mismos.

f) Bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia

La figura de extinción de dominio ha generado múltiples debates por parte de los doctrinarios, quienes la atacan férreamente por constituir una figura jurídica que permite a la autoridad administrativa y judicial presumir que un determinado sujeto es culpable de un hecho delictuoso, y con esa sola presunción declarar extinto el dominio de ciertos bienes que supuestamente tuvieron relación con el delito que se le imputa.

Veamos lo que establece en artículo 22 constitucional, en lo concerniente a la extinción de dominio:

“No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando... ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia.

En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas:

I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal;

II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes:

a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.

b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.

c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.

d) Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.

III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes”.

Para comenzar con el análisis de esta figura, conviene atenerse al orden en que el artículo establece su operatividad.

Para empezar, hay que mencionar que la sentencia que declara extinto el dominio de un bien no es en primer término *declarativa*,⁹⁰ como lo señala el artículo. Una sentencia declarativa es, por ejemplo, aquella que reivindica la propiedad de un bien a su legítimo dueño, en cuyo caso la autoridad jurisdiccional se limita a *declarar* una situación jurídica existente, como lo es que determinada persona es propietaria del bien en conflicto, más no se transfiere la propiedad o constituye la propiedad del bien como efecto de la sentencia, declara una situación de derecho ya existente, sin afectar positiva o negativamente el patrimonio de una

⁹⁰ Como lo establece el artículo 43 de la Ley Federal de Extinción de dominio, que establece: “La sentencia deberá *declarar* la extinción de dominio o la improcedencia de la acción...”.

persona. Asimismo, la sentencia que dicta un juez penal, en la que encuentra responsable a un individuo por la comisión de un delito, es eminentemente declarativa (con independencia de la pena que se le impone), en tanto se *declara* que el sujeto cometió un delito, mas no aparece el delito como efecto de la sentencia, sino que el delito ocurrió en el pasado y la sentencia declara ese hecho.

En el caso de la extinción de dominio, no nos encontramos ante una sentencia declarativa, sino ante una sentencia *constitutiva*, en tanto *constituye* un nuevo vínculo con relación al bien que se trata en la sentencia, transfiere la propiedad del bien al Estado y sale del patrimonio de la persona que hasta ese momento era su propietario formal o material.⁹¹ En este caso, se requiere de una sentencia que constituya una nueva situación jurídica respecto del dominio de ese bien, y si declara extinto el dominio del mismo con relación a su propietario, ocurre como un efecto de la nueva situación jurídica que se constituyó o creó con la sentencia. Esta precisión es importante desde el punto de vista del lenguaje legal, y nos pareció importante hacer mención de ella, aunque no tenga mayor trascendencia en los efectos de la sentencia que declara extinto el dominio de un bien respecto de su dueño.

Habiendo hecho esta precisión, entramos al estudio de las fracciones en particular. La fracción I determina que el procedimiento mediante el cual se declare extinto el dominio de un bien será *jurisdiccional y autónomo del de materia penal*. Queda claro que el procedimiento mediante el cual se realiza la declaración de extinción de dominio debe ser jurisdiccional en tanto debe concluir con una *sentencia*, como lo determina este artículo, el cual es un acto procesal que sólo puede emitir una autoridad *jurisdiccional*, como conclusión de un procedimiento que se desarrolla ante él.

Ahora bien, el procedimiento jurisdiccional será *autónomo* del de materia penal, es decir, se llevará por cuerda separada del juicio que se siga para

⁹¹ Ley Federal de Extinción de Dominio. Artículo 3. La extinción de dominio es la pérdida de los derechos sobre los bienes mencionados en los artículos 2 y 8 de la presente Ley, sin contraprestación ni compensación alguna para su dueño ni para quien se ostente o comporte como tal. *La sentencia en la que se declare tendrá por efectos que los bienes se apliquen a favor del Estado.*

determinar la existencia o no de los hechos delictuosos y de la responsabilidad en que incurrieron los sujetos que utilizaron dichos bienes, en caso de que se haya cometido el delito. Esta autonomía de procedimientos tiene un doble aspecto.⁹² El primero es de tipo formal, e implica que el procedimiento penal no es presupuesto ni condición del de extinción de dominio, por lo que no se requiere de la existencia de un juicio penal en curso o concluido con una sentencia condenatoria para que tenga lugar el procedimiento de extinción de dominio de los bienes.⁹³ El segundo aspecto es de carácter sustancial, y significa que la resolución que se dicte en el procedimiento penal no puede influir en el procedimiento ni en la resolución de extinción de dominio. Por tanto, esta autonomía en el procedimiento otorga al juez de extinción plena independencia también en cuanto al sentido de la resolución que dicta, pudiendo existir sentencias contradictorias en cuanto a la existencia misma del hecho objeto de la controversia.

Esta autonomía de procedimientos viene asimismo remarcada por el artículo 10 de la Ley Federal de Extinción de Dominio, que en su segundo párrafo establece:

“En los casos en que existiere sentencia en el procedimiento penal en la que se determinara la falta de elementos para comprobar la existencia del cuerpo del delito, los afectados por un proceso de extinción de dominio, tendrán derecho a reclamar la reparación del daño con cargo al Fondo a que se refiere el artículo 61 de este Ley”.

De esta disposición podemos interpretar que la sentencia que se dicte en el procedimiento penal, en el caso de que determine la falta de elementos para comprobar la existencia del cuerpo del delito, da a los afectados por un proceso de extinción de dominio el derecho a reclamar la reparación del daño⁹⁴ con cargo al

⁹² TORRES LÓPEZ, Mario Alberto, **Teoría y Práctica de los Delitos Fiscales**, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 2005, pp. 25 y 26.

⁹³ Podríamos decir que existe un solo caso en que, con una posible interpretación del inciso d) de esta fracción, que es tratada más adelante, sí es necesaria la existencia de un procedimiento penal.

⁹⁴ Por lo general, cuando una persona pierde la propiedad de un bien y otra lo adquiere, no es posible recuperar el bien, ya sea porque se haya efectuado por medio de un contrato u otra forma de traslación de dominio o como conclusión de un procedimiento administrativo o judicial, ya que en tanto el nuevo propietario lo sea de buena fe y lo haya adquirido legalmente, éste no puede ser privado de tal propiedad. Cuando una persona, por ejemplo, es privada de un bien por virtud de un procedimiento, este pasa al patrimonio de otra persona por virtud de una subasta, y el propietario nunca fue llamado a juicio, éste no puede pedir la devolución del bien, en virtud de que se estaría afectando una situación jurídica legalmente constituida con respecto al bien, sino únicamente que el entreguen el valor del mismo. En el presente caso de extinción de dominio, aún y cuando el Estado siga en posesión del bien, es decir, que no haya pasado a un tercero, el afectado por tal

Estado, sin embargo, esta situación no destruye ni altera la sentencia en la que se haya declarado extinto el dominio de los bienes ni el procedimiento previo a esto, dando únicamente una acción indemnizatoria al propietario para hacer valer la reparación del daño.

Posteriormente, la fracción II del artículo 22 enuncia limitativamente los *delitos* en los cuales procede la extinción de dominio, los cuales son: delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, y establece los *bienes* respecto de los cuales es factible extinguir su dominio, los cuales son:

a) Aquellos que sean *instrumento, objeto o producto del delito*, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan *elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió*.

La extinción de dominio procede respecto de instrumentos, objetos o productos de los delitos que están enumerados en la parte que precede a esta fracción. Este supuesto deja en claro la autonomía del procedimiento de extinción de dominio y del de materia penal, ya que el juez que declare la extinción de dominio no se encuentra condicionado a que el juez penal declare mediante sentencia la existencia de un delito y la responsabilidad penal del autor.

Además, la Constitución no exige que el juez que declare la extinción tenga por acreditado cualquiera de los delitos a que hace referencia el artículo, es decir, que el juez exija que se pruebe que se cometió un delito (con todos los elementos jurídicos por los que está integrado), lo único que requiere para extinguir el dominio de los instrumentos, objetos o productos del delito, es que existan *elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió*.

Podemos decir que a diferencia de un juez penal, que para poder declarar la existencia de un delito debe contar con elementos de prueba que demuestren que se cometió una acción típica, antijurídica y culpable, (así como para surtir

medida únicamente es investido por la Ley para reclamar la reparación del daño, y no a reclamar el bien cuyo dominio fue extinguido.

todos sus efectos a través de la imposición de una pena, entre ellos, por ejemplo, el decomiso de los instrumentos, objetos o productos del delito) el juez de extinción sólo debe tomar en cuenta elementos objetivos, es decir, elementos fácticos, y eventualmente normativos, que revelen que el hecho descrito en el tipo penal sucedió, sin requerir que se tome en consideración elementos como el dolo, la imputabilidad, etc., o pertenecientes a los fines del sujeto que cometió el delito.

En efecto, la Ley Federal de Extinción de Dominio, en su artículo 2, establece:

“Artículo 2. Para efectos de esta Ley se entenderá por:

II. Cuerpo del delito.- Hecho ilícito a que se refiere el inciso a) de la fracción II del artículo 22 constitucional, en relación con el párrafo segundo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales. Para efecto de lo dispuesto por el artículo 8, fracción III, el cuerpo del delito deberá acreditarse en términos de lo establecido por el artículo 4, fracción III”.

Como se puede observar, el significado que la legislación da al término constitucional “hecho ilícito” es aquél que se utiliza en el campo procesal penal como “cuerpo del delito”.⁹⁵ Por su parte, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales establece en la parte conducente al cuerpo del delito:

“Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera”.

Como se puede observar, el juez de extinción únicamente debe verificar si un hecho calificado por la ley como delito sucedió o no, es decir, si tuvo verificativo en el mundo fáctico, sin importar los motivos o causas que dieron origen al mismo,

⁹⁵ Nos parece un tanto sin sentido que la Ley Federal de Extinción de Dominio entienda “hecho ilícito” como “cuerpo del delito”, ya que éste último se utiliza como base del dictado de la orden de aprehensión o del auto de plazo constitucional por expresa previsión de los artículos 16 y 19 constitucionales. Ahora bien, con la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, se derogará el término “cuerpo del delito”, y la Constitución exigirá ahora para el libramiento de estas resoluciones judiciales que “obren datos que establezcan que se ha cometido el hecho.” A pesar de esto, la Ley remite al concepto de “cuerpo del delito” que da el Código penal adjetivo para efecto de conocer qué es lo que se entiende por “hecho ilícito”, cuestión que podría ocasionar graves conflictos, en tanto la figura de cuerpo de delito que se maneja en la legislación procesal, por así haberlo hecho la Constitución, fue sustituida por otra, por lo que eventualmente la figura del cuerpo del delito desaparecerá de la legislación adjetiva, y si no se hace una reforma a la Ley de extinción de dominio (lo cual seguramente pasará), el significado de cuerpo del delito que se maneja en la misma, y que coincide con el de “hecho ilícito”, dejará de tener referente en el Código de procedimientos penales, ordenamiento al que envía la Ley de extinción para efecto de conocer lo qué se entiende por cuerpo del delito en dicha ley y por hecho ilícito.

limitándose únicamente a tener por demostrados datos objetivos, factuales, que le indiquen que el hecho ilícito tuvo lugar, así como elementos normativos en los tipos que lo requieran, sin exigir una responsabilidad subjetiva.

b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.

Este inciso, a diferencia del anterior, se refiere a bienes que *no* hayan sido instrumento, objeto o producto del delito, y condiciona la operatividad de la figura de la extinción a que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, es decir, que tengan cierta naturaleza accesoria con respecto a los bienes respecto de los cuales procedería en primer término la extinción de dominio por ser instrumento, objeto o producto del delito. Hay que observar que este inciso tiene una íntima relación con los delitos respecto de los cuales procede la extinción de dominio, tal es el caso de delincuencia organizada en materia de salud, por ejemplo, que se utilizan bienes inmuebles que a pesar de no ser instrumento, objeto o producto del delito, sirven para ocultar el dinero que se ha obtenido producto del comercio de narcóticos.

Asimismo, este inciso exige que se “reúnan los extremos del inciso anterior”, lo cual implica que existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió, es decir, que los bienes se están utilizando o destinando para ocultar o mezclar bienes producto del delito.

c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o no hizo algo para impedirlo.

Este supuesto diferencia al propietario del bien, con respecto al poseedor del mismo, quién lo utiliza para cometer un delito. Se refiere sobre todo al caso de bienes inmuebles que están siendo utilizados por sus poseedores para la elaboración de narcóticos, para mantener a personas secuestradas, para esconder vehículos robados, etc. En estos casos, la autoridad ministerial ejercerá

la acción de extinción de dominio bajo la presunción de que el poseedor del bien, que es quien lo está utilizando para fines delictivos, es el propietario del mismo. Hay que recordar lo que el Código Civil Federal establece:

“ARTICULO 798.- *La posesión da al que la tiene, la presunción de propietario para todos los efectos legales.* El que posee en virtud de un derecho personal, o de un derecho real distinto de la propiedad, no se presume propietario; pero si es poseedor de buena fe tiene a su favor la presunción de haber obtenido la posesión del dueño de la cosa o derecho poseído”.

En virtud de ello, el Ministerio Público Federal y la autoridad jurisdiccional válidamente pueden presumir que el poseedor de tal bien es también su propietario, siendo necesario que el tercero que se considere afectado por tal medida, en virtud de ser dueño, pruebe fehacientemente que es tal. Si el real propietario acredita esta calidad, entonces se revierte la carga de la prueba al Ministerio Público para que éste acredite que el dueño tenía conocimiento de que los bienes estaban siendo utilizados para la comisión de un delito por el tercero, para así extinguir el dominio de los mismos. En efecto, el artículo 8, fracción III, de la Ley Federal de Extinción de Dominio establece:

“III. Aquéllos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, *si su dueño tuvo conocimiento de ello* y no lo notificó a la autoridad por cualquier medio o tampoco hizo algo para impedirlo. *Será responsabilidad del Ministerio Público acreditarlo*, lo que no podrá fundarse únicamente en la confesión del inculpado del delito”;

Una vez acreditado el carácter de propietario del bien, la autoridad ministerial debe probar que éste tuvo conocimiento de la situación delictiva. El propietario, al conocer la utilización de sus bienes para la comisión de delitos, debe notificar a la autoridad, sin embargo la Constitución no señala el plazo que tiene el dueño para hacer la notificación de tal circunstancia, ni la autoridad ante la cual se debe hacer, aunque bien podemos decir que la autoridad competente sería el Ministerio Público, por tratarse de la comisión de hechos presuntamente delictivos.

El otro caso es aquél en el que el dueño tuvo conocimiento del delito, y no hizo nada para impedirlo. Este segundo supuesto lo deja muy abierto la Constitución, y no queda claro si se refiere a una hacer jurídico para impedir que los hechos se continúen realizando, es decir, una denuncia o una notificación a la autoridad, o bien a un hacer material, como lo puede ser la oposición física a que los hechos delictivos se cometan o sigan cometiendo, pidiendo por ejemplo la devolución material del bien. Este concepto tendrá que ser interpretado por el Poder Judicial Federal, ya que bien puede entenderse por hacer “algo para impedirlo”, por ejemplo, el hecho de que el arrendador demande la rescisión de un contrato de arrendamiento por estar utilizando el arrendatario el inmueble o el bien en general para un objeto distinto del pactado, en este caso, para cometer los delitos mencionados en el artículo 22 constitucional, y en este caso no procedería la extinción de dominio del bien, ya que aunque no notificó a la autoridad ministerial, si realizó actos tendentes a impedir que continuara la situación delictiva.

Claro está que en estos supuestos, el Ministerio Público no tiene poder alguno para probar que el dueño no notificó a la autoridad por cualquier medio de la comisión de delitos de un tercero, o que no hizo algo impedirlo, situación en la cual es el propietario el que debe probar que sí notificó a la autoridad o que sí hizo algo para impedir el delito. Con respecto a esto cobra operatividad el artículo 82 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria al procedimiento de extinción de dominio,⁹⁶ el cual establece:

“ARTÍCULO 82. El que niega sólo está obligado a probar:

I. Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho”

Este artículo cobra aplicación, en tanto la parte demandada en el juicio, en este caso el propietario, negará la situación de que no notificó a la autoridad, o bien negará la situación de que no hizo algo para impedirlo; ambas circunstancias niegan la existencia de un hecho negativo, pero envuelven la afirmación expresa

⁹⁶ Artículo 4. A falta de regulación suficiente en la presente Ley respecto de las instituciones y supuestos jurídicos regulados por la misma, se estará a las siguientes reglas de *supletoriedad*: II. *En el juicio de extinción de dominio, a lo previsto en el Código Federal de Procedimientos Civiles.*

(o mejor dicho, implícita) de otro, es decir, que sí notificó a la autoridad, o bien que sí hizo algo para impedir el delito, por lo que la carga de la prueba de estas dos situaciones estaría en el propietario del bien.

d) Aquellos que estén intitulado a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.

Este supuesto sitúa a lo que en el lenguaje ordinario se conoce como “prestanombres”, es decir, personas que aparecen como titulares de una relación jurídica con respecto a un bien que en realidad pertenece a otra persona. Bajo tal tenor, este inciso abarca dos supuestos:

- 1) Bienes intitulados a nombre de terceros producto de delitos patrimoniales y el acusado por estos delitos se comporta como dueño y,
- 2) Bienes intitulados a nombre de terceros producto de delincuencia organizada y el acusado por estos delitos se comporta como dueño.

En estos dos supuestos se exige como condición que la persona que se conduce como dueño esté acusada por delitos patrimoniales o por delincuencia organizada. Sin embargo, no queda claro tampoco qué debemos de entender por el hecho de que la persona esté “acusada”. Bien puede ser que exista una acusación (a modo de denuncia) en su contra ante la autoridad ministerial, o bien que exista una acusación formal por parte del Ministerio Público ante la autoridad jurisdiccional para incoarle un proceso penal. La Constitución misma es un tanto ambigua, ya que el artículo 16, párrafo tercero se refiere a “denuncia o querrela” como acto que realizan los individuos ante el Ministerio Público; el artículo 19, primer párrafo, que se refiere al auto de vinculación a proceso habla del delito que se impute al “acusado”, y el artículo 20, Apartado A, fracción V establece que demostrar la culpabilidad corresponde a la parte “acusadora”; hasta aquí parece existir diferencia entre la denuncia o querrela y la acusación, sin embargo, el artículo 20, Apartado B, fracción III, dice que la autoridad judicial podrá autorizar

que se mantenga en reserva el nombre y datos del “acusador”,⁹⁷ es decir, la persona que denuncia o se querrela por un hecho delictivo ante la autoridad ministerial.

A pesar de ello, parecería ser que el significado que en general da la Constitución al término “acusación”, o sus derivados, es el de la “acusación” que realiza el Ministerio Público ante el juez mediante el ejercicio de la acción penal. Por ello, no basta la existencia de una denuncia, o una averiguación previa en contra de la persona que se conduce como dueño de un bien, sino que requiere que exista una acusación formal ante el órgano jurisdiccional, es decir, que exista un proceso penal abierto en contra de esa persona. No quiere decir que la extinción de dominio va a depender del resultado que derive del proceso penal, sino que se requiere la existencia de esta acusación como condición para que se pueda solicitar ante el juez la extinción de dominio.

Otra interpretación podría ser que el término acusación se refiere a la denuncia de hechos que realiza un particular, y así recalcar la autonomía de procedimientos entre el penal y el de extinción. Esta disyuntiva tendrá que ser resuelta finalmente por la Suprema Corte de Justicia, en interpretación de las disposiciones constitucionales aludidas.

Ahora bien, este caso es singular, ya que se restringe a aquellos en que el bien intitulado a nombre de un tercero sea producto de delincuencia organizada o bien, de un delito patrimonial, situación ésta última ajena a todos los demás supuestos en que procede la extinción de dominio, y que abre la posibilidad a que delitos distintos a los enunciados por el artículo 22 den lugar a la extinción de dominio, ya que este artículo nunca menciona dentro de los delitos que hacen procedente esta figura a los patrimoniales.

⁹⁷ Estas citas se ajustan a la reforma constitucional de 18 de junio de 2008; sin embargo, hay que recordar que la vigencia de estas disposiciones está condicionada a la efectividad que le den la Federación y las entidades federativas. En efecto, establece el artículo segundo Transitorio de esta reforma lo siguiente: Segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

Esta fracción explicita de cierto modo la consecuencia que traería el hecho de que terceros se pudieran ver afectados por esta medida al no surtirse los requisitos que con respecto a sus bienes exige la Constitución para extinguir el dominio. La Constitución establece que debe existir un medio de defensa que puedan utilizar los terceros que se consideren afectados por esta medida, sin embargo, la misma establece que la persona afectada podrá interponer los “recursos” respectivos, sin establecer si se refiere al juicio de amparo (que no es un recurso, sino un juicio), o a un recurso ordinario que la Ley señale, por lo que no queda muy claro si la Constitución misma obliga a agotar los recursos ordinarios previstos en la Ley antes de acudir al juicio de amparo, o bien si se puede promover ésta vía constitucional sin necesidad de agotar recurso alguno.

Nosotros consideramos que no hay necesidad de agotar recursos ordinarios en caso de que llegasen a existir, en tanto la Constitución señala la procedencia de un medio de defensa en los casos en que los requisitos “constitucionales”, que no legales, no se surtan para la extinción de dominio de bienes de terceros, por lo que estaríamos ante una violación directa de la Constitución que trae como consecuencia la posibilidad de acudir directamente al juicio de amparo, en estos casos, porque los terceros pretenden demostrar la procedencia lícita de sus bienes y su actuación de buena fe, y que estaban impedidos para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

La Ley de Federal de extinción de dominio, sin embargo, prevé el recurso de apelación en contra de la sentencia en su artículo 59, el cual establece:

“Artículo 59. Contra la sentencia que ponga fin al juicio procede el recurso de apelación, que en su caso, será admitido en ambos efectos. Contra el acuerdo que deseche medios de prueba ofrecidos en tiempo y forma, procede el recurso de revocación”.

Este artículo operaría, claro está, para los dueños de los bienes o quien se reputa como propietario, pero que se haya apersonado a juicio, es decir, que haya participado en él como parte, en cuyo caso, se tendría que agotar el recurso de apelación para hacer valer las violaciones que sufrió durante el procedimiento o en la sentencia, para posteriormente poder acudir al juicio de amparo. Para el caso de los terceros que nunca conocieron el procedimiento, y que demuestren su carácter de propietarios, procedería directamente el juicio de amparo, por el carácter de terceros extraños al procedimiento.

Por lo tanto, si bien resulta de sobra que la Constitución señale que hay medio de defensa para quien se considere afectado por estas medidas, ya que el juicio de amparo sería en todo caso procedente, sí es importante que la Constitución misma considere procedentes medios de defensa en estos casos, dada la laxitud con que puede ser utilizada esta medida por la autoridad. Sin embargo, aún con el aspecto positivo que tiene esta previsión constitucional, advertimos la intención de los legisladores de no hacer tan severa ante la sociedad una medida que en los hechos puede manejarse con grandes perjuicios para la ciudadanía, dada la dificultad con que podrían ellos probar por ejemplo, que estaban impedidos para conocer la utilización ilícita de los bienes; más aún por tratarse de estos delitos ante los cuales el reclamo social ha sido bastante fuerte.

Creemos que la verdadera intención de esta última fracción es dar a la sociedad la apariencia de algo que realmente no es, y por tanto engañar a la gente, ya que los legisladores arman e invisten a la autoridad con enormes facultades para extinguir el dominio de bienes de los particulares, colocando, en primer lugar, la decisión de esta medida en un juez civil, y no en un juez penal, con plena independencia de lo que éste último resuelva en los casos en que exista un juicio ante él, si es que éste existe incluso, y sin importar si hay pruebas fehacientes de la inocencia de los sujetos acusados por no haberse cometido el hecho o bien por existir circunstancias que excluyen el delito o la responsabilidad;

provocando esta situación que llegasen a existir sentencias contradictorias en torno a la misma materia.

Consideramos que el hecho de que se haya incorporado esta figura en las actuales condiciones no es más que un intento desesperado de las autoridades que ante la impotencia de dar respuesta y estar a la altura de la situación criminal existente, buscan por los medios jurídicos la manera más fácil de sancionar a quienes supuestamente han cometido un delito, situación que es imposible probar para la autoridad ministerial ante la falta de preparación jurídica y técnica que requiere la materia penal.

A manera de conclusión del tema de confiscación de bienes, 3 de los 6 casos se refieren a la confiscación que se realiza sin necesidad de que exista una declaración judicial, es decir, una sentencia, los 3 restantes sí requieren de declaración judicial, tales son los casos de aplicación de bienes de una persona para el pago de la responsabilidad civil proveniente de delito, la extinción de dominio y el decomiso en caso de enriquecimiento ilícito de servidores públicos.

E) Penas trascendentales

En el Derecho romano, la persona que cometía un delito era sancionada la mayoría de las veces de manera excesiva, pudiendo llegar incluso hasta la muerte como resultado de un camino tormentoso y doloroso que le precedía. Por lo general, las penas se ejecutaban sobre el cuerpo o patrimonio del sujeto activo del delito, de manera tal que la sanción no podía ser transmitida a tercero, ni a sus herederos. En un principio esta intransmisibilidad de la pena fue absoluta, pero posteriormente “se permitió al agraviado intentar la acción penal para condenar a los herederos a que le devolvieran hasta el límite de lo que a causa del acto ilícito se hubiera el difunto enriquecido”.⁹⁸ Este tipo de situaciones provocaron que la sanción se proyectara sobre la persona o patrimonio de los hijos o familiares del

⁹⁸ BIALOSTOSKY, Sara, **Panorama de Derecho Romano**, UNAM, Imprenta Universitaria 1935-1985, Segunda Edición, 1985, p. 206.

delincuente, es decir, que trascendiera de la persona que cometió el hecho sancionado.

En la actualidad son pocos los casos en que nos encontramos ante medidas que son o tienen la apariencia de ser tales. El caso más conocido es el de las personas morales.⁹⁹ Como se sabe, las personas morales actúan a través de sus representantes, ya que la persona moral, a pesar de tener reconocida personalidad jurídica, no cuenta con corporeidad y voluntad propia, por lo que requiere actuar a través de sus representantes para desarrollar dicha personalidad. En efecto, el artículo 27 del Código Civil Federal establece:

“Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos”.

La persona moral como tal es una ficción jurídica, y existe sólo por virtud de la ley, ya que sin ella, ésta abstracción sería imposible de manejar en el mundo jurídico. Ahora bien, dentro del desarrollo de las actividades de la persona moral, por lo general una empresa, los miembros que la conforman pueden incurrir en la comisión infracciones administrativas o incluso de delitos, por lo que surge la cuestión de a qué persona, a la persona moral o a la persona física, imputar dichas infracciones o delitos, y a quién se debe de imponer la sanción o pena por los mismos. Nos parece que se debe de imputar a la persona física que lo comete, pero las sanciones, o al menos parte de ellas, deben verse reflejadas en la persona moral, ya que de otro modo no habría forma de sancionar los actos en que incurren sus miembros a su nombre, predicando una absoluta autonomía en cuanto al actuar del sujeto y la actividad de la persona moral.

La ley establece que las personas morales se obligan por medio de los órganos que las representan, y es así como contratan con otros. Sin embargo, las

⁹⁹ Sobre la responsabilidad penal de las personas morales por la actuación de sus miembros o representantes existe ya un amplio debate, por una parte una postura que niega la posibilidad de que la persona moral pueda ser responsable penalmente por la realización de delitos, y otra que admite tal posibilidad, reflejando la responsabilidad penal únicamente en la persona física. Este tema, aunque importante hoy en día, no será tratado en el presente capítulo, dado que el único objetivo es determinar si nos encontramos ante una pena trascendental *prohibida* por la Constitución, o no.

personas morales también obran por medio de sus representantes, ya sea de manera legal o ilegal, pudiendo así incurrir en hechos delictivos cuya sanción puede proyectarse sobre ellas. Así, no es la persona moral la que contrata o la que incurre en delitos, sino son los representantes de la persona moral que contratan o que delinquen, y por cuyos actos queda vinculada la persona moral, ya sea que le importe un beneficio patrimonial, o bien un perjuicio.

Así, sobre la trascendencia de la pena a otra persona el artículo 10 del Código Penal Federal establece:

“Artículo 10. La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes del delincuente, excepto en los casos especificados en la ley”.

Asimismo, el artículo 23 del Código Penal para el Distrito Federal establece:

“Artículo 23. La pena que resulte de la comisión de un delito no trascenderá de la persona y bienes de los autores y partícipes de aquél”.

Nos parece que en el caso de las personas morales, no nos encontramos en el supuesto de *penas trascendentales prohibidas* por la Constitución, ya que los actos de la persona física por medio de la que actúa le son imputables, y los aspectos de la pena que pueden verse plasmados en ella trascienden de la persona física, tales como la multa o el decomiso. Claro está que no podría imponérsele sanción privativa de la libertad a una persona moral, dado que no cuenta con esa corporeidad con la que sí cuentan las personas físicas, así que ésta tendrá que proyectarse necesariamente sobre la persona física que desplegó la conducta. Es necesario para el desarrollo de la actividad de la persona moral el actuar de la persona física, por lo que de la misma manera en que se puede ver beneficiada por el actuar de ésta al obrar en su nombre, también se puede ver perjudicada por la misma situación, lo cual no torna a las sanciones que se le impongan en trascendentales.

No. Registro: 186,895
Jurisprudencia
Materia(s): Penal
Novena Época

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XV, Mayo de 2002
Tesis: 1a./J. 29/2002
Página: 17

PENAS TRASCENDENTALES. CONCEPTO DE ELLAS.

Se entiende por penas trascendentales aquellas que pueden afectar de modo legal y directo a terceros extraños no inculcados, pero no las que derivan de posibles trastornos que puedan sufrir los familiares de los reos, con motivo de la reclusión de éstos, puesto que de adoptarse este criterio todas las penas resultarían trascendentales, porque es evidente que de una u otra forma, en mayor o menor grado, afectan a las personas allegadas a los sentenciados.

Amparo directo 633/38. 4 de mayo de 1938. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Rodolfo Chávez S. Ponente: José M. Ortiz Tirado.

Amparo directo en revisión 1158/99. 21 de junio de 2000. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

Amparo directo en revisión 1469/2000. 28 de marzo de 2001. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Ángel Ramírez González.

Amparo directo en revisión 1179/2000. 4 de abril de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

Amparo directo en revisión 1231/2001. 17 de octubre de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno.

Tesis de jurisprudencia 29/2002. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veinticuatro de abril de dos mil dos, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente Juan N. Silva Meza, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomos XLII y XL, páginas 2103 y 2398, de rubros: "PENAS INUSITADAS Y TRASCENDENTALES." y "PENAS INUSITADAS Y TRASCENDENTALES, QUÉ SE ENTIENDE POR.", respectivamente.

2) Imposición de penas

El juicio penal tiene como fin último absolver o condenar al inculpado de la comisión de un delito. En tiempos pasados, era una sola institución la encargada de la acusación y enjuiciamiento de los individuos, estableciendo por último la pena que debía cumplir el sentenciado cuando se le encontraba responsable de un crimen. Hoy, la Constitución señala la clara separación entre quien crea la ley, quien realiza la acusación ante el órgano jurisdiccional, y quien impone la pena. Para empezar, vayamos a lo que establece el artículo 14 constitucional:

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

Ahora bien, el sistema de división de poderes tiene su origen en John Locke, y tuvo por finalidad en su primigenia concepción simplemente limitar el poder, dividiendo las funciones del órgano estatal para evitar que se concentraran en una sola institución. Posteriormente, en la Ilustración, Montesquieu hizo famosa esta fórmula de limitación de poder que trascendió las fronteras de Francia y terminó materializándose por primera vez en las instituciones políticas norteamericanas, instituciones que fueron influencia para México y que derivaron en nuestro actual artículo 49, primer párrafo, de la Constitución General que deja en claro cuáles son los Poderes en México, estableciendo:

“El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial”.

Una vez dicho esto, la Constitución establece a cuál de estos 3 poderes corresponde la imposición de las penas. El artículo 21 constitucional establece en su tercer párrafo:

“La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial”.

Este principio implica, en primer lugar, que la imposición de la pena es un poder de decisión que se encuentra exclusivamente en manos del juzgador, sin poder hacer depender y condicionar la efectividad de esta facultad a que el Ministerio Público haya solicitado o no la imposición de ésta en sus conclusiones acusatorias. Al respecto podemos ver la siguiente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia:

No. Registro: 178,509

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXI, Mayo de 2005

Tesis: 1a./J. 5/93

Página: 89

CONCURSO DE DELITOS, FACULTAD EXCLUSIVA DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES EN LA IMPOSICIÓN DE LAS PENAS.

Si la autoridad judicial, al analizar los hechos delictivos delimitados por el Ministerio Público en sus conclusiones, se percatara que existe un concurso real de delitos, debe aplicar las penas correspondientes con base en dicho concurso, independientemente de que la institución acusadora haga o no expresa referencia en sus conclusiones a la aplicación de dicha regla. Sin que ello implique que la autoridad judicial rebase la acusación del Ministerio Público, porque tal regla atañe a la imposición de las sanciones que es facultad propia y exclusiva del órgano jurisdiccional, en términos del artículo 21 constitucional. Máxime que el Juez, al imponer las penas, no realiza un acto meramente mecánico, sino que goza de arbitrio judicial para calificar la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del agente, en función a lo cual debe necesariamente determinar la pena, toda vez que ésta, por mandato de ley, debe ser individualizada. Tal individualización que corresponde exclusivamente a la autoridad judicial y de ningún modo puede realizar el Ministerio Público. Así pues, concluir de manera distinta anularía de facto el arbitrio del que está dotada la autoridad judicial para la imposición de las penas, y llevaría al absurdo de dejar que la función jurisdiccional permanecería supeditada a no poder hacer nada fuera de lo expresamente pedido por el representante social, con lo que se le otorgarían a ésta facultades fuera del límite de sus funciones, invadiendo con ello las del juzgador. Lo anterior, con independencia de que el juzgador no puede introducir en sus fallos penas por delitos que no hayan sido motivo de la acusación, ya que con ello no sólo se agravaría la situación jurídica del procesado, sino que incluso el Juez estaría invadiendo la órbita del Ministerio Público, a quien por mandato constitucional corresponde la persecución de los delitos, violando con ello el principio esencial de división de poderes. Es necesario precisar, que el criterio que ahora se establece

no se contraponen con el contenido de las garantías de legalidad, seguridad jurídica, defensa y exacta aplicación de la ley, previstas en los artículos 14, 16 y 20, fracción IX, de la Carta Magna, ya que con el mismo no se autoriza al juzgador a actuar con base en atribuciones que no tiene expresamente concedidas en la Constitución y en las leyes secundarias; aunado a que la decisión del Juez de actualizar la existencia de un concurso de delitos y sancionar por el mismo, está supeditada a que funde y motive suficientemente su actuación, aunado a que no podrá imponer pena alguna respecto de un delito que no haya sido materia de acusación; además, de que el acusado tendrá oportunidad de conocer las conclusiones del Ministerio Público y dar respuesta a las mismas al formular las que corresponden a su defensa, todo esto previo al dictado de la sentencia respectiva en la que se le determine la punición de la autoridad judicial, en términos del numeral 21 de la Constitución Federal.

Varios 12/2004-PS. Solicitud de modificación a la tesis de jurisprudencia 1a./J. 5/93, derivada de la contradicción de tesis 12/91, entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. Solicitante: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito. 23 de febrero de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Tesis de jurisprudencia 5/93. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veinte de abril de dos mil cinco.

Nota: En términos de la resolución de 23 de febrero de 2005, pronunciada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 12/2004-PS, relativo a la solicitud de modificación de la tesis de jurisprudencia número 1a./J. 5/93, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Número 75, marzo de 1994, página 11, se publica nuevamente la jurisprudencia citada con las modificaciones aprobadas por la propia Sala.

Asimismo, este artículo constitucional establece que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la "autoridad judicial", en otras palabras, que sólo órganos del Poder Judicial, y exclusivamente ellos, pueden imponer las penas que señala la ley. Esta disposición debe ser leída en consonancia con el artículo 17 constitucional, que establece ciertas garantías institucionales a favor de los tribunales que integran dicho poder. El artículo 17 establece:

"Artículo 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le *administre justicia por **tribunales*** que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Las ***sentencias** que pongan fin a los procedimientos orales* deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la ***independencia de los tribunales** y la plena ejecución de sus resoluciones*.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil”.

Estas disposiciones constitucionales no dejan lugar a que otro tipo de autoridades que estén fuera de la órbita del Poder Judicial puedan imponer penas. La Constitución es terminante, la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial o del Poder Judicial, de ningún otro, eliminando la posibilidad de que autoridades legislativas o administrativas puedan realizar actos materialmente jurisdiccionales que tengan este fin. Existe en México, sin embargo, un grave caso en que las penas no son impuestas por el Poder Judicial, y ha sido desgraciadamente una situación que ha tenido que ser convalidada por la Suprema Corte de Justicia, nos referimos al caso de la justicia militar.

Los tribunales militares juzgan delitos militares e imponen las penas que corresponden por los mismos. Para comenzar hay que decir que estos “tribunales” no son tales, es decir, no se les puede llamar “tribunales” en el sentido estricto de la palabra por pertenecer a la órbita del Poder Ejecutivo. La Constitución

desarrolla la estructura del Poder Ejecutivo, llamándola Administración Pública Federal, y estableciendo los órganos que la integran. El artículo 90 de la Constitución Federal determina:

“Artículo 90.- La *Administración Pública Federal* será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que *distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación* que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.

La (sic) leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado”.

Así, este artículo es fundamento de la Administración Pública Federal, la cual tiene por finalidad distribuir los negocios del *orden administrativo*, no contenciosos o jurisdiccionales,¹⁰⁰ y nunca establece la existencia de “tribunales” dentro de su estructura y organización, por lo que además, el “juicio” que eventualmente se lleve ante estos “tribunales” resulta inconstitucional, ya que el artículo 14, segundo párrafo, de la Constitución General determina:

“*Nadie podrá ser privado* de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, ***sino mediante juicio seguido ante los tribunales*** previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Los tribunales y el juicio a que hace referencia esta disposición constitucional deben situarse dentro de la órbita del Poder Judicial, no fuera de ella en órganos ajenos a este Poder.

Ahora bien, estos tribunales situados dentro de la estructura del Poder Ejecutivo se encuentran dentro de la estructura orgánica de la Secretaría de la Defensa Nacional, la cual se erige en juez y parte, al ser órgano acusador y además órgano juzgador de los delitos militares, por lo que la imparcialidad que

¹⁰⁰ Salvo el caso de los Tribunales administrativos, que por expresa disposición del artículo 73, fracción XXIX-H, se prevén pero con el carácter de excepcionales. La disposición constitucional aludida establece: El Congreso tiene facultad: XXIX-H. Para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso-administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

establece el artículo 17 constitucional a favor de los tribunales y que constituye un derecho para todo justiciado queda totalmente hecha añicos.

Asimismo, como consecuencia de un juicio penal, estos tribunales militares imponen penas privativas de la libertad y privativas de derechos cuya imposición, por disposición clara e indudable de la Constitución, pertenece al Poder Judicial.

Una argumentación en contrario no podría decir que cuando el artículo 21 constitucional se refiere a “autoridad judicial”, no se refiere exclusivamente a los tribunales del Poder Judicial, sino a aquellas que realizan actos materialmente jurisdiccionales. Esto, claro está, es a todas luces una interpretación forzada del término, y que sabemos todos, se da de manera casuística en razón de esta situación particular. Además, el hecho de que la Constitución prevea el fuero de guerra para delitos contra la disciplina militar para nada implica que los tribunales militares tengan que estar situados dentro del Poder Ejecutivo, podrían estar perfectamente ubicados dentro del Poder Judicial, respetando el artículo 13 constitucional, es decir, manteniendo el fuero de guerra.

Si los tribunales militares se encontraran hoy dentro del Poder Judicial, y los legisladores pretendieran cambiar su pertenencia orgánica al Poder Ejecutivo, todos alegraríamos las objeciones antes mencionadas para tal proceder, nos parecería una idea descabellada y sin sentido, y todos, absolutamente todos diríamos que dichos tribunales, los juicios y las penas que se impusieren serían inconstitucionales. Hay que remediar esta situación, y seguro no empezará a hacerlo el Poder legislativo, por lo que es el Poder Judicial quien debe retomar esta jurisdicción que le ha sido arrebatada, y empezar a hacer pronunciamientos en contra de lo actuado en estos tribunales. Sólo así se logrará un cambio radical en esta materia.

3) Determinación judicial de la pena

Como ha quedado ya claro en el desarrollo de los temas anteriores, referentes al principio de legalidad, y al de exclusiva imposición de las penas por parte de la autoridad judicial, la determinación legal de la punibilidad y la determinación de la pena son dos cuestiones que competen a poderes diferentes, el primero al legislativo y el segundo al judicial.

Es el legislador a quien, mediante el establecimiento de la política criminal a través de uno de sus instrumentos, como lo es el Derecho Penal, define delitos y las penas que por la comisión de los mismos corresponden. La determinación de la pena en abstracto es una tarea que corresponde en exclusiva al poder legislativo, es decir, la determinación de la calidad o el tipo de la pena, así como sus límites, mientras que al poder judicial le corresponde la determinación de la pena en concreto, es decir, la cantidad o quantum de pena.

Como se puede observar, estos dos aspectos corresponden a esferas de decisión diferentes. Al poder legislativo le corresponde el poder de legislar la pena con base en criterios de política criminal y prevención, mientras que al judicial, mediante la aplicación de los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, la individualización de la pena considerando los criterios de gravedad del hecho (injusto) y del delincuente (culpabilidad).

Siguiendo el recorrido histórico del establecimiento de la pena que muy bien describe Jiménez de Asúa,¹⁰¹ podemos decir que a lo largo del éxodo del Derecho Penal las penas se han clasificado de la siguiente manera:

- a) Determinadas absolutamente; es decir, leyes que fijan la especie y la medida de la pena, en donde el Juez no tiene más que aplicar la pena ya determinada por el legislador.

¹⁰¹ JIMENEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, p. 343.

- b) Determinadas relativamente; es decir, en la ley se fija la naturaleza de la pena y el máximo y mínimo de su duración entre los cuales el Juez fija la cuantía de la misma conforme al arbitrio razonado.
- c) Indeterminadas absolutamente; es decir, aquellos en que se deja al Juez la facultad de determinar y aplicar la pena, de la que a veces no se indica la especie, y nunca la cantidad tasada.

Así, corresponde a la ley determinar el tipo de pena a que dan lugar los hechos delictivos, así como sus límites mínimo y máximo, mientras que al juez corresponde individualizar las penas dentro de los límites que marca la ley. “La fijación de la pena, dentro de los límites que impone el marco penal, es un acto discrecional del juez. Esta discrecionalidad no es, sin embargo, libre, como la discrecionalidad de las autoridades administrativas que eligen entre varias decisiones jurídicamente equivalentes sólo conforme a criterios de utilidad, sino que se trata, sin excepción, de una discrecionalidad jurídicamente vinculada”.¹⁰²

Cuando se hizo el estudio de las multas excesivas, se recalcó la situación de que la ley o el Reglamento debía prever límites máximos y mínimos dentro de los cuales la autoridad pudiera individualizar la sanción, de manera tal que las leyes que dispusieran multas fijas resultarían inconstitucionales por atentar contra esta exigencia constitucional. De la misma forma, el legislador debe prever límites mínimos y máximos a efecto de que el juez pueda individualizar la sanción tomando en cuenta la gravedad del hecho y el grado de reproche que le pueda hacer al individuo por haber cometido el delito.

Atendiendo a estos criterios, varias disposiciones del Código de Justicia Militar resultarían ser inconstitucionales por establecer penas fijas y no permitir al juez individualizar la pena, siendo que ésta es un acto jurídico individualizado. Entre algunas de estas disposiciones se encuentran los artículos 216, 302, 303,

¹⁰² JESCHECK, Hans-Heinrich, **Tratado de Derecho Penal. Parte General**, Volumen Segundo, Editorial Bosch, Barcelona, 1978, pp. 1191-1192.

304, 305, fracción I, 306, 309, 311, 312, 313, 316,¹⁰³ todos del Código de Justicia Militar.¹⁰⁴

Sin embargo, el artículo 123 del mismo Código castrense establece un medio para determinar el mínimo y el máximo de la pena de prisión. Esta disposición establece:

“ARTICULO 123.- Toda pena temporal tiene tres términos: mínimo, medio y máximo. Cuando para la duración de la pena estuviere señalado en la ley un sólo término, éste será el medio; y el mínimo y el máximo, se formarán, respectivamente, deduciendo o aumentando de dicho término, una tercera parte. Cuando la ley fijare el mínimo y el máximo de la pena, el medio será la semisuma de estos dos extremos”.

La manera en que la ley determina que el juez militar deduzca los mínimos y máximos de las penas de prisión, opera quitando o sumando una tercera parte de la pena fija que se establece en la ley. Así, el juez obtiene un marco para individualizar la sanción entre un monto mínimo y uno máximo, permitiendo la graduación de la pena de acuerdo al hecho concreto cometido por el individuo; por lo que no se estaría realmente ante el supuesto de una pena fija, que en su caso resultaría inconstitucional. Una cuestión interesante al respecto es que el Código castrense establece para algunos delitos, mínimos y máximos de duración de la pena de prisión y para otros establece simple y llanamente la duración fija de la pena aludida.

Afortunadamente, los demás Códigos punitivos de la República reconocen este principio, y el mismo Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 5 establece:

¹⁰³ Por citar algunos: “ARTICULO 302.- El delito de desobediencia cometido fuera del servicio, se castigará con la pena de nueve meses de prisión”.

“ARTICULO 303.- La desobediencia en actos del servicio será castigada con un año de prisión, excepto en los casos siguientes:...”

“ARTICULO 309.- La conspiración para cometer el delito de asonada, se castigará con un año de prisión en tiempo de paz y con tres años de prisión, en campaña”.

¹⁰⁴ Podría ser totalmente válido declarar la inconstitucionalidad del precepto por cuanto hace a la pena de prisión, y dejar subsistente la posible pena de multa o destitución que en cada caso se establezca en la ley. Otra cuestión interesante sería la procedencia del juicio de amparo en contra de un auto de formal prisión que someta a prisión preventiva al inculpado, dado que esta medida cautelar encuentra su fundamento en que el delito que se le imputa al procesado cuenta con pena privativa de la libertad, al menos así sigue siendo hasta que entre en vigor la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, dado que prevé otros presupuestos para la prisión preventiva.

“No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste”.

Este artículo muestra claramente cómo, para establecer la pena que deberá cumplir el sentenciado, ésta debe imponerse tomando en cuenta el grado de culpabilidad del sujeto, cuestión que es imposible si la propia ley no permite graduar la pena al establecer penas de prisión fijas, o bien penas que no permitan graduarlas de acuerdo a la conducta cometida. Un ejemplo de ello es la siguiente jurisprudencia de la Primera Sala de la Corte:

No. Registro: 177,435

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXII, Agosto de 2005

Tesis: 1a./J. 86/2005

Página: 215

SUSPENSIÓN DE DERECHOS PARA EL USO DE LICENCIA PARA CONDUCIR VEHÍCULOS AUTOMOTORES. NO PROCEDE IMPONERLA COMO PENA AUTÓNOMA, DIFERENTE DE LA QUE SURGE POR MINISTERIO DE LEY EN DELITOS CULPOSOS (LEGISLACIÓN PENAL DEL DISTRITO FEDERAL).

El artículo 76, primer párrafo, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal prevé de manera general la punibilidad de los delitos culposos; y que además se impondrá, en su caso, suspensión o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso. Por su parte, el artículo 57 del citado código establece dos clases de suspensión de derechos: la primera, que se impone por ministerio de ley como consecuencia necesaria de la pena de prisión, la cual comienza y concluye con la pena de la que sea consecuencia; la segunda, que se fija como pena autónoma, en cuyo caso, cuando se decreta junto con una pena privativa de libertad, comenzará al cumplirse ésta y su duración será la señalada en la sentencia. Ahora bien, si la suspensión de derechos no se impone acompañada de una pena de prisión, empezará a contar desde que la sentencia cause ejecutoria; de lo que deriva que este último tipo de suspensión no es una consecuencia necesaria de la pena de prisión y su aplicación concierne al órgano jurisdiccional. Sin embargo, con excepción de los casos de homicidio y de

lesiones previstos en los artículos 140 y 141, **el mencionado código no indica expresamente cuáles son los límites mínimo y máximo de duración de la suspensión de derechos fijada como pena autónoma, por lo que el señalamiento de tales límites queda sujeto al prudente arbitrio y valoración del órgano jurisdiccional;** de ahí que con fundamento en el artículo 19 del código señalado -que prevé que los delitos culposos solamente serán punibles en los casos expresamente determinados por la ley- así como en el artículo 14, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos -que consagra la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal-, **mientras no se reforme o adicione esa legislación ordinaria en el aspecto de la omisión indicada, no debe imponerse la sanción de suspensión del uso de licencia para conducir vehículos automotores como pena autónoma en los delitos culposos,** cuando sea diferente de la impuesta por ministerio de ley como consecuencia necesaria de la pena de prisión.

Contradicción de tesis 101/2004-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto, Séptimo y Octavo, todos en Materia Penal del Primer Circuito. 1o. de junio de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz.

Tesis de jurisprudencia 86/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintinueve de junio de dos mil cinco.

Así, más allá de los criterios con los cuales la legislación imponga al juez la graduación de la pena, lo importante para efectos constitucionales es que la ley determine la sanción, como reflejo propio del principio de legalidad, y que la sanción establezca un marco mínimo y máximo (ahí en donde es factible, claro está) para que el juez, con base en los criterios que la legislación le ofrece, determine o individualice la pena que está prevista en la ley con carácter general y abstracta al caso individual y concreto que está conociendo.

A) Proporcionalidad de la pena

La proporcionalidad de la pena era un tema pendiente de pronunciamiento por parte de la Constitución, ya que si bien mediante la jurisprudencia se había reconocido su necesidad, era también necesaria su previsión por parte del texto constitucional como un elemento a considerar para calificar la imposición de la pena. La Suprema Corte de Justicia había ya reconocido este principio de la

manera siguiente:

No. Registro: 168,878

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional, Penal

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXVIII, Septiembre de 2008

Tesis: P./J. 102/2008

Página: 599

LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS *PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA*.

El legislador en materia penal tiene amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, es decir, para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales del momento histórico respectivo; sin embargo, al configurar las leyes relativas debe respetar el contenido de diversos principios constitucionales, entre ellos los de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, a fin de que la aplicación de las penas no sea infamante, cruel, excesiva, inusitada, trascendental o contraria a la dignidad del ser humano, conforme a los artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por esa razón, el Juez constitucional, al examinar la constitucionalidad de las leyes penales, *debe analizar que exista proporción y razonabilidad suficientes entre la cuantía de la pena y la gravedad del delito cometido*, para lo cual debe considerar el daño al bien jurídico protegido, la posibilidad para individualizarla entre un mínimo y un máximo, el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo, la idoneidad del tipo y de la cuantía de la pena para alcanzar la prevención del delito, así como la viabilidad de lograr, mediante su aplicación, la resocialización del sentenciado.

Acción de inconstitucionalidad 31/2006. Procurador General de la República. 19 de febrero de 2008. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretarios: Fernando Silva García y Alfredo Villeda Ayala.

El Tribunal Pleno, el dieciocho de agosto en curso, aprobó, con el número 102/2008, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de agosto de dos mil ocho.

La proporcionalidad de la pena se incorporó a la Constitución mediante reforma de 18 de junio de 2008, y quedó plasmada en el artículo 22, párrafo primero, de la siguiente manera:

“Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser *proporcional* al delito que sancione y al bien jurídico afectado”.

Esta exigencia constitucional se encuentra en perfecta consonancia con una de las razones por las que el Estado detenta el monopolio del *ius puniendi*.¹⁰⁵ En efecto, una de las situaciones que se busca evitar depositando en el Estado la facultad de castigar los delitos, es evitar la desproporción que se sabe existiría entre el delito cometido y la venganza de la víctima por el hecho que ha sufrido. Así, la desproporcionalidad entre los delitos y las penas resulta ser una medida ilegítima por parte de la organización estatal y un contrasentido total, atendiendo a una de las razones por las que se elimina toda posibilidad de hacerse justicia por propia mano.

El criterio de proporcionalidad rige en torno a todas las consecuencias jurídicas del delito, es decir, todas aquellas penas o medidas de seguridad que se impongan al sentenciado han de cumplir con este requisito. Sin embargo, el tema de la proporcionalidad resulta de la más alta complejidad, dado que no existen parámetros en la Constitución, en tratados internacionales o en la ley, para considerar cuáles son los elementos a tomar para reputar tal o cual pena como proporcional. La Constitución únicamente señala que deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado, cuestiones que no aclaran mucho esta situación.

Ahora bien, uno de los posibles criterios para establecer la desproporcionalidad entre un delito y la pena es el relacional, es decir, comparar el tipo penal con otros, atendiendo a los *bienes jurídicos* que protegen, como lo establece la Constitución. De esta manera, una punibilidad desproporcional podría

¹⁰⁵ “Fue Carlos Binding quien mejor estableció el concepto de Derecho penal subjetivo del Estado. El Derecho penal en sentido objetivo, es el conjunto de reglas o normas que definen delitos y establecen las penas. En sentido subjetivo es la facultad de castigar: el *ius puniendi*”. En JIMENEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, 3ª ed., Editorial Losada, Buenos Aires, 1962, p. 72.

derivar de que un tipo penal que protege el patrimonio tuviera una pena privativa de la libertad mayor a aquél que protege la vida, por ejemplo. En este caso es evidente la desproporcionalidad, sin embargo, la mayoría de los casos no son así. Nos parece que de los dos criterios que establece la Constitución para calificar la proporcionalidad de la pena, el delito y el bien jurídico, es el bien jurídico el que ha de tener relevancia, ya que finalmente el delito, o mejor dicho, el tipo penal es instituido como protección a un bien jurídico, es decir, tiene una naturaleza instrumental respecto de éste, o bien si se entiende por “delito” la acción típica, antijurídica y culpable que comete un individuo, tiene éste también por fin señalar la existencia de una situación concreta que lesionó un bien jurídico en concreto protegido por la ley.

Para empezar habría que establecer una jerarquía de bienes jurídicos, de los cuales en algunos supuestos la jerarquía será evidente, sin embargo, hay otros en los que sería muy difícil establecerla, sobre todo cuando las leyes penales recogen muy diversos grados o tipos de afección a bienes jurídicos. Por ejemplo, ¿qué merecería una punibilidad más grave ¿el uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo ó la oposición de un particular a que se ejecute alguna obra o trabajos públicos? Atendiendo a los bienes jurídicos en cuestión ¿cuál de los dos tiene una mayor jerarquía? Nos parece difícil solucionar esta cuestión. O bien, atendiendo a dos bienes jurídicos en los que existe una jerarquía clara, como entre la integridad física de una persona y el patrimonio, en que la integridad tiene preferencia, ¿cómo se podría analizar la proporcionalidad? El Código Penal Federal en su artículo 291, referente a lesiones, que tiene como bien jurídico protegido la integridad física, sanciona con 3 a 5 años de prisión al que perturbe para siempre la vista, o disminuya la facultad de oír, entre otras afectaciones, mientras que el artículo 370 del mismo Código, referente al delito de robo, que tiene por bien jurídico protegido el patrimonio, señala una pena de 4 a 10 años de prisión a quien se apodere de una cosa ajena mueble cuyo valor exceda de quinientas veces el salario mínimo. Como se puede observar, la diferencia en la punibilidad es enorme, y nos parecería raro un pronunciamiento en el sentido de

que el artículo 370 del Código Penal Federal es inconstitucional por esta sola cuestión, al prever una sanción que castiga más severamente el daño al patrimonio que a la integridad física de una persona.

Analizar la proporcionalidad entre el delito y la pena comparando dos tipos penales podría servir de algo, sin embargo, la dificultad también se encuentra en la relación entre el tipo penal y la pena que se señala para el mismo, es decir, cómo averiguamos que la pena establecida por la ley por la comisión de un delito es proporcional cuando éstos prevén dos situaciones que no son equiparables por tener distinta naturaleza, por una parte un hecho externo que ha agraviado un bien jurídico, y por otra parte un mal que se pretende infligir a la persona que ha causado el daño, sobre esto:

“Se ha *negado la posibilidad* de una tal ecuación entre delito (por ejemplo, un hurto) y pena (por ejemplo, la pena de prisión que se impone a consecuencia de él), declarando que se trata de magnitudes inconmensurables (no comparables). Ciertamente, son inconmensurables el hurto y la pena de prisión considerados externamente; pero aquí no se trata de tal comparación naturalista-externa, sino de una equiparación *valorativa*. El desvalor social al acto y el desvalor individual del mal que la pena lleva en sí se pueden, en cambio, comparar. La conmensurabilidad echada de menos existe en la esfera de *valores*”.¹⁰⁶

De esta manera, al no poder hacer una relación de proporcionalidad natural entre el delito y la pena, en tanto no se trata de dos entidades iguales o siquiera equivalentes, se impone la necesidad de hacer una comparación valorativa. En este caso, habrá de considerarse el desvalor que implica la comisión de un delito, en relación a la afectación que produce la pena observando los *valores* que protege nuestro sistema jurídico, de tal modo que la pena no los contraríe. Nuestra Constitución protege bienes tales como la vida, la integridad física y personal, así como la dignidad humana, y tiene como uno de sus principios que el Estado provea los medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad, de manera tal que una pena desproporcional estará en franco desacuerdo con estos

¹⁰⁶ MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, trad. Jose Arturo Rodríguez Muñoz, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pp. 344-345.

principios.

Claro está que no existen criterios definidos para determinar cuándo una pena es desproporcional; esto corresponde a la esfera de valoración judicial en cada caso concreto tomando en cuenta los valores que protege la Constitución, sin embargo, nos parece que a la luz de éstos casi todas las penas de prisión que señala la ley por la comisión de delitos son ilegítimas, por ser desproporcionales, sea cual sea el bien jurídico que protejan. El Código Penal Federal establece:

“ARTÍCULO 25. La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión...”.

Sesenta años de prisión son el límite máximo que se señala para el homicidio calificado, según el artículo 320 del Código Penal Federal, que a la letra dice:

“ARTÍCULO 320. Al responsable de un homicidio calificado se le impondrán de treinta a sesenta años de prisión”.

Esta pena nos parece totalmente desproporcional, aun y cuando tenga como fin sancionar un hecho que atenta contra el bien jurídico vida. Tomando en cuenta que una persona a la que se le aplica una pena sólo puede ser mayor de 18 años, podemos decir que si ésta comete un homicidio calificado, y lo sentencian a la pena máxima de 60 años de prisión, saldrá del establecimiento penitenciario hasta los 78 años de edad, cuestión que nos parece nadie podría considerar como una pena proporcional, ni siquiera atendiendo al bien jurídico que protege, ya que lo más seguro es que esa persona muera durante el periodo de reclusión, o bien que le quede poco tiempo de vida al concluir ésta. Además, quien podría decir razonablemente que la pena de 60 años de prisión que se le aplicó logró reinsertarlo en la sociedad, como dispone el artículo 18 constitucional en su segundo párrafo; nadie, creemos nosotros. Por lo tanto, debería de avanzarse hacia un sistema mucho más racional, sobre todo por cuanto hace a las penas de prisión. Un caso ejemplar es el del Código Penal Alemán, que en su artículo 38 dispone:

“(2) El máximo de la pena privativa de la libertad temporal es de quince años y mínimo de un mes”.¹⁰⁷

Quince años, nos parece una límite máximo razonable para la duración de la pena de prisión, y no sesenta años, como lo establece la legislación penal federal, que desgraciadamente no es privativo del delito de homicidio, sino que se traslada a muchas otras figuras típicas que prevén sanciones, sobre todo privativas de la libertad, verdaderamente excesivas y vejatorias para las personas a quienes se les imponen.

Otro criterio para establecer la desproporcionalidad de una pena sería hacer la relación que existe entre el límite mínimo y máximo con que cuenta la autoridad para individualizarla, es decir, si entre estos límites existe una diferencia abismal, tal como podría ser un tipo penal que previera una pena privativa de la libertad de 3 a 70 años de prisión.

Aunado a las consideraciones antes hechas, la prohibición de establecer penas desproporcionales puede ser entendida bajo 2 distintos tamices. El primero es el legislativo, y está orientado a lo que es la incriminación primaria, es decir, que la pena que se señale por la comisión de “x” delito sea proporcional al bien jurídico de que se afecta, o bien, desde la lupa de la aplicación por el poder judicial, es decir, por la incriminación secundaria, estableciendo para el delito en concreto cometido una pena proporcional de acuerdo a las circunstancias del hecho y de la persona, y teniendo en cuenta el bien jurídico afectado. Desde nuestro punto de vista, se debe de adoptar una posición que abarque ambos aspectos, es decir, la punibilidad, en abstracto, debe ser proporcional dentro de un límite mínimo y máximo atendiendo al bien jurídico que proteja.

Ahora bien, la pena que se aplique de manera casuística debe ser

¹⁰⁷ Salvo lo que establece el artículo 211 del Código Penal Alemán, que sanciona con pena privativa de la libertad de por vida al asesino, es decir, a quien por placer de matar, para satisfacer el instituto sexual, por codicia, o de otra manera por motivos bajos, con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyen un peligro público, o para facilitar otro hecho o para encubrirlo, mata a un ser humano.

proporcional, de acuerdo a las circunstancias del hecho y a la culpabilidad del sujeto. “La pena ha de ser proporcional a la gravedad de la afección producida. A efectos de la ponderación de la gravedad entran a jugar la importancia del bien jurídico, la intensidad de su afección, así como aspectos subjetivos referidos a la acción, esto es, dolo o imprudencia, así como los referidos al sujeto mismo”.¹⁰⁸

Una cuestión interesante es de la forma en que una persona sujeta a un proceso penal podría impugnar una ley que previera un tipo penal con una punibilidad totalmente desproporcionada. Pensemos en una ley que previera una punibilidad de 3 a 60 años de prisión. Una impugnación vía juicio de amparo tendría como posible respuesta por parte del Poder Judicial Federal que ello no causa perjuicio alguno a quien se encuentra sujeto a proceso penal, ya que aún no se sabe cuál será la cantidad de años de prisión que le impondrá la sentencia, y más aún, que es incierto que vaya a existir una sentencia condenatoria, ya que esto todavía no acontece, es una mera expectativa o un acto futuro de realización incierta que depende número uno, de que se la sentencia lo declare culpable y, número dos, que el juez aplique la pena desproporcionada prevista en la ley, supuesto en el cual se actualizaría el perjuicio personal y directo que se requiere como condición de procedencia de la acción de amparo.

En síntesis, podemos decir que la proporcionalidad debe ser analizada en el caso concreto, y requiere ante todo de un examen de valor a la luz de los principios que protege nuestra Constitución, y por ello, no hay forma de considerar proporcional y por tanto constitucional una pena que establezca 60 años de prisión a una persona, esto es la apropiación de la vida de una persona por parte del Estado, y es una medida en todo caso excesiva e ilegítima, sea cual sea el daño que haya causado.

¹⁰⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán, **Nuevo sistema de derecho penal**, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 35.

CAPÍTULO IV

FIGURAS CONTROVERSIALES DE DERECHO PENAL

1) Derecho penal del enemigo

El derecho penal del enemigo es una doctrina que desde hace ya algunos años ha venido cobrando fuerza y seguidores alrededor del mundo. No es raro que esta teoría se encuentre en boga el día de hoy, ya que hay que recordar que el plano del pensamiento y el de las instituciones políticas y jurídicas se encuentra en constante retroalimentación, de manera tal que la realidad nutre el pensamiento dando nacimiento a nuevas doctrinas y teorías, de la misma forma en que el pensamiento puede dar luz a la realidad para el avance de sus instituciones. Así, la situación de la monarquía absoluta en Inglaterra durante los siglos XVI y XVII originó todo el pensamiento político de la época. Autores como Hobbes y Locke pertenecen a esta línea de tiempo, y sus doctrinas se vieron determinadas y orientadas por la realidad que vivieron. Por otra parte, todas las doctrinas Ilustradas y liberales que se desarrollaron en Francia durante el siglo XVIII constituyeron un enorme avance en el desarrollo jurídico de las instituciones políticas no sólo francesas, sino de todo el mundo occidental, de manera tal que estas teorías determinaron el modo en que se organizan políticamente los Estados el día de hoy. Autores como Montesquieu y Rousseau son considerados como hombres más avanzados a su época, y sus doctrinas lograron una influencia más allá no sólo de sus fronteras estatales, sino incluso continentales.

Es así como aparece ante nosotros la doctrina del derecho penal del enemigo, inspirada en la dura realidad política y criminal del presente, y que busca

proponer una teoría que se amolde a la situación que vivimos, no buscando soluciones, avances o un desarrollo en el derecho penal, sino únicamente legitimando un modo de actuar por parte del Estado en contra de ciertas personas y organizaciones.

El derecho penal del enemigo hace referencia a una práctica que se ha venido implantando en la legislación y en los tribunales desde hace ya algunos años en muchos países, y se refiere a la diferencia de trato que reciben tanto en la ley, como en la aplicación de la ley, ciertas personas que comparten determinadas características. En un principio, en la Alemania nazi se aplicó un régimen legal de excepción a los judíos, los negros, los deformes, incluso a los propios alemanes que tenían tendencias homosexuales. Se construyó toda una estructura para detener y sancionar sistémicamente a estas personas, diferenciando su trato al que se le daba al resto de la gente.

Con el tiempo pareció que estas formas de discriminación habían acabado con la guerra misma, sin embargo, existen en la actualidad prácticas institucionales que en los hechos siguen teniendo los mismos efectos. El caso más representativo es el de Estados Unidos de América, en que las personas de raza negra, homosexuales, los inmigrantes latinos, los inmigrantes ilegales, ahora sobre todo las personas con características fenotípicas de Medio Oriente, son tratados ante las autoridades administrativas y judiciales de manera vejatoria. Estas personas comparten la característica de que a ojos del gobierno y de cierto sector social, implican una amenaza para los estándares impuestos políticamente. Existen, por ejemplo, prácticas administrativas y judiciales muy marcadas a predisponer las detenciones y los juicios llevados en contra de estas personas, dado que no son considerados como *ciudadanos* al igual que todos los demás a quienes les son aplicables las leyes generales, sino que son considerados como *enemigos* del sistema, y por tanto, les son aplicables leyes y prácticas de excepción. Esta idea de que son enemigos del Estado y de la sociedad en su conjunto, tiene como resultado que no se les considere ni siquiera como personas,

dado que actúan en contra del contrato social que da origen al Estado mismo, y por ello, fuera de éste.

Cabe mencionar que estas prácticas institucionales han sido avaladas y soportadas doctrinariamente principalmente por Günther Jakobs y John Yoo, quienes han defendido e incluso han construido modelos teóricos a favor del llamado derecho penal del enemigo. En efecto, el planteamiento a partir del cual hacen, sobretudo hablando de Jakobs, la diferencia entre ciudadanos y enemigos parte del concepto de contrato social que aporta Thomas Hobbes.

Hobbes sostiene que, en un principio, los hombres se encuentran en un estado de naturaleza en el que cada individuo es libre de hacer lo que quiere, un mundo en el que no existen límites, un mundo en el que el hombre es el lobo del hombre. Para remediar esta situación de guerra y extrema inseguridad para todos, el hombre decide asociarse con los demás por medio del contrato social, constituir una sociedad y, con ella, una forma de organización que garantizará la seguridad de todos, el Estado.¹⁰⁹

“La causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los vemos vivir formando Estados) es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que, tal como hemos manifestado, es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete, por temor al castigo, a la realización de sus pactos...”¹¹⁰

Desde este punto parte Jakobs para sostener su teoría de la siguiente manera. El individuo no se encuentra ahora solo en un estado de guerra permanente, sino que se encuentra dentro de una cohesión social vinculada por medio de normas, a través de las cuales se garantizan ciertas expectativas para todos, de modo tal que los individuos esperan que los demás se comporten de la manera que prescribe la norma. Cuando esto no sucede, se defrauda la norma en

¹⁰⁹ JAKOBS, Günther y Cancio Meliá, Manuel, **Derecho penal del enemigo**, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

¹¹⁰ HOBBS, Thomas, **Leviatan**, Tomo I, 4ª ed., Gernika, 2003, p. 172.

perjuicio de un sujeto y, hablando en particular del derecho penal, el delincuente ataca la vigencia de la norma que se esperaba cumpliera, y como consecuencia de ello se impone una pena. El delincuente, en este caso, tiene la oportunidad de remediar la situación que lo llevó a infringir la norma, y puede volver a la sociedad una vez que se ha reparado el daño.

Sin embargo, existen personas que sistemática y cotidianamente se encuentran atentando contra la seguridad del Estado (delincuencia organizada, terroristas, criminalidad económica, etc.), y por tanto, en contra del ordenamiento jurídico que se ha establecido en el contrato social suscrito por todos. Esto significa que estas personas no se encuentran dentro de un modelo de derechos y deberes derivado de un acuerdo, sino dentro de un modelo de guerra constante en contra del Estado, y por ello, en un estado de naturaleza con respecto a éste. Por esta razón, el Estado no puede tratar a estos individuos como personas o ciudadanos del Estado, sino como sujetos que se encuentran fuera del sistema social y que por ello son enemigos del mismo, en tanto atacan contra la seguridad y existencia misma de esta institución. Así, la ciudadanía en su conjunto tiene la expectativa de que el Estado tome las medidas pertinentes para garantizar la seguridad en virtud de la cuál se han reunido, apareciendo así un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo.

El derecho penal del ciudadano será aquél que se aplica en contra del sujeto que atenta contra la vigencia de la norma, por su parte, el derecho penal del enemigo se aplicara a quien atente contra la vigencia del Estado, atacando constantemente su existencia y organización.

Como se puede observar, la postura de Jakobs resulta fundada desde cierto punto de vista, es decir, este doctrinario logra, con bastante éxito debemos decir, legitimar teóricamente la manera en que se construye el Derecho penal del enemigo y la manera en que opera. De este modo, países como Estados Unidos de América han logrado mantener un régimen penal de excepción por cuanto hace a los supuestos terroristas que atacan o pretenden atacar la integridad del Estado, teniendo prisiones exclusivas para ellos, como Guantánamo, en la que no existe ni

el más mínimo control judicial ni la oportunidad de defensa para quienes se encuentran ahí reclusos. La abstracción de la seguridad termina por ser más grande e importante que la de los derechos y libertades, lo cual resulta congruente con la doctrina del derecho penal del enemigo, en tanto la razón primaria por la que los hombres se reúnen para conformar el Estado es para garantizar la seguridad de todos, y dejar atrás el estado de naturaleza que provocaba una situación de guerra e inseguridad constante.

Así, el Estado debe defender la seguridad de la sociedad y, para ello, debe de entrar en un estado de guerra en contra de aquéllos que le hacen la guerra constantemente. Es frecuente escuchar en los discursos del Presidente de Estados Unidos de América que están librando una “guerra contra el terrorismo”, lo cual es cierto si se parte de esta postura, y la cual tiene como conclusión indefectible que esta guerra se gane como consecuencia de *ley del más fuerte*, ley por cierto que resulta contraria a todo lo que el Derecho postula y a los principios más básicos de organización humana.

Lo grave de esta situación, además de crear la abstracción de personas de primera y personas de segunda, es la ausencia de control y límites en el ejercicio de este enorme poder con el que opera la institución estatal, y que hace ver todo acto arbitrario sobre las personas como una necesaria medida de seguridad en tutela de la sociedad. Tristemente, la libertad se ve aplastada en pos de la “seguridad”, y tras este velo se esconden innumerables arbitrariedades en contra de las personas que resultan investidas con el nombre de “enemigos”, y a cuya calificación no pueden escapar por constituir una decisión política del Estado, ausente de control judicial alguno y de los más peleados derechos a lo largo de la historia.

Toda esta práctica de la que se hace uso en Estados Unidos de América es usada también en México, únicamente que en contra de un objetivo o enemigo diferente, la delincuencia organizada. Es raro no escuchar al Presidente hablar en los noticieros sobre la “guerra contra la delincuencia organizada”. El Estado mexicano se encuentra librando desde hace ya algunos años una sangrienta

guerra en contra de la criminalidad organizada, en particular contra los traficantes de narcóticos, y con la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, se establece todo un régimen legal excepcional en materia de delincuencia organizada durante la fase de averiguación previa, el proceso penal, prisión preventiva, y en materia de centros penitenciarios. En efecto, mediante esta reforma se modificaron varias disposiciones constitucionales, entre ellas los artículos 16, 18, 19, 20 y 22, que tratan de manera excepcional el caso de la delincuencia organizada, previendo mayores facultades para las autoridades y más restricciones a los derechos de las personas acusadas de participar en estos delitos, estableciendo por lo general estos artículos la regla general que opera para la criminalidad común, y después excepciones aplicables al caso de la delincuencia organizada. Por ejemplo, la institución del arraigo esta prevista constitucionalmente únicamente para el caso de delincuencia organizada, por lo que la previsión de esta figura por parte de la ley para algún otro caso resultará inconstitucional. El artículo referente al arraigo es el 16, que en su párrafo octavo, establece:

“La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de **delitos de delincuencia organizada**, podrá decretar el **arraigo** de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días”.

Asimismo, se prevé un plazo mayor para la detención de probables responsables de delincuencia organizada en los casos de flagrancia, al que se establece para el común de las detenciones en este mismo supuesto. El artículo 16, párrafo décimo, establece:

“Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; **este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada**. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal”.

También por cuanto hace a los centros penitenciarios para la extinción de penas privativas de la libertad, según lo establece el artículo 16, párrafo octavo:

“Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición **no aplicará en caso de delincuencia organizada** y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad”.

Tratándose de reclusión preventiva y ejecución de sentencias, el artículo 16, noveno párrafo, establece:

“Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley”.

Como podemos observar a diario, el problema de la delincuencia organizada ha rebasado por mucho al Estado mexicano, y es por ello que se ha dotado al Poder Ejecutivo y al Judicial de mayores poderes y herramientas para combatir con mayor eficacia este problema. La delincuencia organizada, como su mismo nombre lo indica, está organizada de forma tal que podrían llegar a formar instituciones, igual que el Estado mismo, y contar con estructuras y redes de poder que a veces superarían y rebasan las fronteras estatales y con ello el control de sus leyes.

Nos parece totalmente legítimo el deseo del Estado mexicano de hacerse más fuerte para enfrentar a un enemigo que día a día muestra la fuerza que tiene en México y en el mundo, sin embargo, dudamos seriamente de la intención de esta reforma y de la real voluntad del Estado mexicano por combatir los orígenes de estos conflictos. En efecto, hemos visto muchas veces a lo largo de la historia a

personas que han sido señaladas por el Estado únicamente porque atacan ciertos intereses privados de las personas que se encuentran en posiciones de poder, o bien de personas que estando fuera de la institución estatal cuentan con una enorme influencia sobre personas con posiciones clave dentro del gobierno, a las cuales pagan para mantener cierta línea ideológica dentro de un partido político o del Estado para satanizar y penalizar una práctica que afecta sus intereses económicos. De hecho, los ciudadanos poco podemos ver de lo que realmente acontece en las altas esferas de poder gubernamental, en que se ha demostrado a lo largo de los siglos que llegan a tener planes tan perversos que envuelven bajo el velo de buenas y nobles intenciones batallas que desde un principio están perdidas por voluntad propia. No sabemos realmente qué tanto daño ocasiona la supuesta “delincuencia organizada” a la sociedad, y qué tanto podría ser una guerra entre un par de pandillas poderosas, una dentro del Estado y otra fuera de él, luchando por el control de mercados que son altamente lucrativos. El caso más ejemplar es el de las drogas, que como se sabe, reditúa enormes beneficios económicos a quienes lo controlan.

Hay que mencionar que el Estado debe de estar preocupado por el manejo, comercio, distribución y consumo de sustancias narcóticas, sin embargo, nos parece que se ha satanizado innecesariamente a quienes trafican con ellos, lo cual es una decisión del Estado basada en meros intereses económicos. De hecho, científicamente se ha probado que el hachís es una sustancia que sirve para producir papel, fibra para ropa, etc., sin embargo, ésta se encuentra prohibida y ha sido satanizada por el daño económico que su introducción al mercado representaría para numerosas industrias. Esta sustancia podría evitar la tala excesiva de bosques que existen hoy en día, y se solucionaría con ello un enorme problema ambiental, por ejemplo. Si esta sustancia no se encuentra en el mercado, es por una mera decisión basada en intereses económicos de las industrias a las que perjudicaría, y cuyos intereses se ven respaldados por nuestros supuestos “representantes populares”. Es por ello que sostenemos que realmente el grueso de la sociedad no puede ver realmente qué tan grave es la cuestión de la “delincuencia organizada en materia de narcóticos”, dado que todo

apunta a que es un problema creado y apuntado por el Estado y que tiene como trasfondo meros intereses económicos.

Claro que hay problemas de delincuencia organizada que son reales, y muy graves, como lo es el caso del secuestro, en que no estamos ante una decisión meramente política del Estado de perseguir a estos individuos, sino que se trata de un interés totalmente legítimo por parte de la sociedad para perseguir, enjuiciar y sancionar a quienes privan de la libertad a otros a cambio de una recompensa económica. No es un caso parecido al de la delincuencia organizada en materia de narcóticos, dado que el uso que se dé a éstos puede ser incluso benéfico para la sociedad. El secuestro, en cambio, está dirigido a dañar bienes jurídicos que se consideran fundamentales en nuestra sociedad, y no hay posibilidad de ver algo benéfico socialmente hablando en estas prácticas criminales.

En síntesis, la teoría del derecho penal del enemigo llevada a la práctica constituye una clara ruptura con los ideales del Estados constitucional, y si nuestros gobernantes no pueden conciliar estos intereses y a la par luchar contra la delincuencia organizada, en los casos en que realmente sea necesario, entonces deberían dar un paso atrás y dejar que personas mucho más competentes y capaces se abocaran a dicha cuestión, sin necesidad de tener que crear figuras jurídicas especiales para poder combatirla.

2) Reforma constitucional en materia penal. Alcances en materia sustantiva.

La reforma constitucional que se logró concretar el 18 de junio de 2008 tiene ante todo un alcance procesal penal o adjetivo, es decir, se centra en la reforma a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Federal, sin

tocar los aspectos sustantivos del derecho penal contenidos en el artículo 14 constitucional.

La parte sustantiva de derecho penal no fue alterada mediante la reforma; lo que sí hay son leves modificaciones a términos que utiliza la Constitución, tal como lo constituye el abandono del término “pena corporal” que se utilizaba por el artículo 18 constitucional, y que pasa ahora a ser en todos los artículos constitucionales “pena privativa de la libertad”.

“Artículo 18, primer párrafo, antes de la reforma: Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva

Artículo 18, primer párrafo, reformado: Sólo por delito que merezca pena privativa de la libertad habrá lugar a prisión preventiva”.

A pesar de este cambio del término “pena corporal” a “pena privativa de la libertad”, realizado en los artículos que se refieren a procedimientos penales, el artículo 38 constitucional no fue modificado, y sigue haciendo referencia al término “pena corporal”. El artículo 38 constitucional establece en las partes que interesan:

“Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca **pena corporal**, a contar desde la fecha del auto de formal prisión; III. Durante la extinción de una **pena corporal**”.

Los otros dos cambios en lo que atañe a la parte sustantiva de derecho penal son los referentes a la introducción de la proporcionalidad entre el delito y la pena, y el bien jurídico. Como se vio en el Capítulo II, el bien jurídico había sido un elemento de análisis dentro de la teoría del delito, pero nunca había tenido gran relevancia constitucional. Ahora, con la introducción de este término a la Constitución, la interpretación jurisdiccional tendrá que hacer referencia a él en todos los casos en que su protección o existencia misma sea dudosa en un tipo penal, y se tendrá que investigar la legitimación con que cuenta el Estado para

protegerlo, ya sea porque la parte interesada lo haga valer ante un caso concreto, o bien porque en suplencia de la queja o de oficio el juez lo analice.

Hay que recordar que la tarea del derecho penal es proteger bienes jurídicos, si bien no todos los que le importan a la sociedad, dado que no todos son protegidos de mejor manera mediante el derecho penal, sí aquéllos frente a los cuales no se ha encontrado otra manera u otra más efectiva para protegerlos. El bien jurídico viene a ser un rayo de luz a raíz del cual se puede analizar el tipo penal con relación a la situación concreta acontecida en el mundo fáctico, así como con relación a la Constitución misma. Como se sabe, en el pasado el derecho penal era usado como un mero instrumento de poder para reprimir las conductas que dañaban los intereses del monarca o del Gobierno en un país. Hoy, el derecho penal no tiene otra función y no se entiende ésta si no es como una función instrumental de protección de bienes jurídicos, una función por cierto, que tiene una gran importancia dada la mayor facilidad con que unos pueden hacer daño a otros a través de un sinnúmero de medios que no podríamos imaginarnos por la realidad que vivimos día a día en las sociedades de riesgo en que habitamos.

Así, el bien jurídico debe observarse en todo momento dado que es, precisamente, la fuente legitimadora y la razón de ser de las leyes penales, al menos en un Estado como el nuestro.

Por su parte, la proporcionalidad entre el delito y la pena resulta ser una inclusión valiosa en nuestro máximo ordenamiento. Como vimos en el estudio relativo a este tema, la proporcionalidad es uno de los temas más difíciles de tratar en tanto no existen directrices claras, más que el sentido común, que nos marquen en qué casos nos enfrentamos ante una pena desproporcional. Como se sabe, la razón principal por la que el Estado se hace del monopolio de la facultad para sancionar a los individuos y se prohíbe la justicia por propia mano, es entre otras, para evitar la desproporción entre una conducta dañosa y la reacción de quien la sufre. Es por ello precisamente que encontramos en el artículo 17 constitucional la prohibición de la autotutela, de la siguiente manera:

“Artículo 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”.

De esta manera, la institución estatal es la única facultada para hacer justicia, ya sea porque de oficio debe buscarla, o bien porque así lo pide la parte afectada. El Estado, detentando el monopolio de esta función, debe realizar actos que busquen precisamente eso, la justicia, debiendo existir proporción entre la conducta cometida y las consecuencias que la ley prevé por las mismas o que las autoridades administrativa o judicial determinan. Un ejercicio del poder punitivo en sentido contrario, es decir, desproporcional, resulta un ejercicio de poder arbitrario que no tiene por fin la búsqueda de la justicia y dar a cada quien lo suyo, sino que tiene un fin vengativo y que deviene en carencia de legitimación en la tarea del Estado.

Así, la inclusión de la proporcionalidad entre el delito y la pena resultará de mucha ayuda, ya que, aún y cuando la jurisprudencia la había contemplado a pesar de la falta de una disposición expresa en la Constitución, el hecho de que ya ésta la prevea hace necesario que el Poder Judicial Federal la dote de sentido, sobre todo cuando encontramos en el Código Penal Federal y en los códigos penales locales penas, sobre todo privativas de la libertad, que rebasan por mucho lo que una persona con el más mínimo sentido común consideraría como una pena proporcional, ya que siendo objetivos y apegándonos a sentidos de humanidad y razonabilidad, una pena de 60 años de prisión difícilmente podría ser considerada como un ejercicio legítimo del derecho a penar por parte del Estado, al menos no en el siglo XXI, en que la sociedad se encuentra más consciente de sus derechos y de los terribles abusos que a lo largo de la historia han cometido quienes detentan el poder en agravio de quienes no lo tienen.

En resumen, a pesar de que los aspectos sustantivos de derecho penal no fueron alterados ni modificados con la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, nos pareció importante al menos mencionarlo así por la trascendencia e importancia que tiene esta reforma en el Derecho penal en general (sustantivo,

procesal y penitenciario, específicamente por cuanto hace al aspecto del enjuiciamiento penal.

3) Expansión del derecho penal y ultima ratio

El Derecho penal es un instrumento de control social con que cuenta el Estado, y este ha de ser utilizado sólo, y solo si, otros medios de control han fallado para tutelar los bienes más básicos de la sociedad. Existe, sin embargo, una tendencia clara a hacer mano del derecho sancionador para resolver o buscar intimidar simplemente a los individuos por la comisión de ciertas conductas. Solamente hay que recordar la discusión que se dio en el Senado pasadas las elecciones para la conformación de la Cámara de Diputados en 2009. En efecto, en el Senado se llegó a discutir sobre la imposición de sanciones a los ciudadanos que no acudieran a las urnas a votar el día de la elección. Esto, claro está, respondía más a intereses partidistas que a un interés real y legítimo por parte de la sociedad en sancionar tales conductas, lo cual fue demostrado con la enorme indiferencia que estas elecciones causaron en el ideario popular, dada la escasa participación ciudadana en las mismas.

Asimismo, hay que mencionar que dentro de la multiplicidad de conductas que se sancionan se encuentran algunas que no atacan bienes jurídicos ni los ponen en peligro alguno, como la figura de delincuencia organizada, cuya sanción se da aún cuando no estén próximas a la lesión de ningún bien jurídico en concreto. La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en su artículo 2o establece:

“Artículo 2o.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tiene como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:...”.

Como se puede observar, la acción penada a que hace referencia la ley se surte cuando 3 o más personas acuerden organizarse para realizar conductas delictivas. Sin embargo, esta conducta a que hace referencia la ley se encuentra muy lejana de la lesión de bienes jurídicos, de la consumación de un delito, de la tentativa, ya que no puede considerarse como un acto ejecutivo de la conducta delictiva, y difícilmente como un acto preparatorio para la misma, por lo que se está sancionando un acto previo que implica la mínima exteriorización de cometer un delito, sin que pueda advertirse la clara resolución de ello manifestado en actos concretos dirigidos o preparatorios para la lesión de un bien jurídico.

Sin embargo, recientemente hemos visto también casos claros en los que se ha abandonado el uso del derecho penal como medio de represión y sanción de conductas. Tal es el caso por ejemplo de los ya derogados artículos del Código Penal Federal que hacían referencia a la calumnia, las injurias y la difamación,¹¹¹ en los que se ha preferido no intervenir legislativamente o bien hacerlo de otra manera, sancionando estas conductas mediante la vía económica, y que atendiendo a los derechos en conflicto, en este caso la libertad de expresión y el derecho a la intimidad y al honor, resulta mucho más propicia y ventajosa dadas las enormes arbitrariedades que provocaba la intervención penal en estos conflictos.

Existen también en las legislaciones penales figuras delictivas que realmente no tienen razón de ser, bien sea por la actual situación social, o bien por la manera en que están redactados. Tal es el caso del tipo penal de raptó que hoy en día está previsto en algunos Estados de la República, en que la mujer es considerada como un objeto sujeta a la potestad del padre o de la familia en general.

El Código Penal para el Estado de Nuevo León establece:

“ARTICULO 359.- AL QUE SE APODERE DE UNA MUJER POR MEDIO DE LA VIOLENCIA FISICA O MORAL, DE LA SEDUCCION O DEL ENGAÑO,

¹¹¹ Que nos parece no tiene gran relevancia en la vida nacional, dado que este delito sería materia de aplicación local, no federal, salvo en ciertos supuestos.

PARA SATISFACER ALGUN DESEO EROTICO-SEXUAL, O PARA CASARSE, SE LE APLICARA LA PENA DE SEIS MESES A SEIS AÑOS DE PRISION, Y MULTA DE TRES A DIEZ CUOTAS”.

Asimismo, el Código de Defensa Social del Estado Libre y Soberano de Puebla:

“Artículo 273.- **Al que se apodere de una mujer** por medio de la violencia física o moral, de la seducción o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico sexual o para casarse, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de tres a treinta días de salario; pero si la ofendida fuera mayor de dieciocho años, el rapto sólo se sancionará cuando se cometa por medio de la violencia física o moral”.

Estos tipos penales más que lograr proteger a la mujer la denigran por las siguientes consideraciones. En primer lugar, nadie se puede “apoderar” de una persona, si acaso se puede restringir su libertad, secuestrarla, privarla de sus derechos, etc., sin embargo, para que alguien pueda “apoderarse” de una mujer, se requiere necesariamente “desapoderar” a otra persona de la misma, lo cual hace ver a la mujer como un mero instrumento susceptible de apropiación o de posesión que no cuenta con individualidad propia y que puede ser objeto de una voluntad ajena a la suya. En segundo lugar, estos tipos penales tienen como objeto material de la conducta a la mujer, es decir, la conducta recae sobre ella exclusivamente, sin posibilidad de que el hombre pueda encontrarse en la misma situación, cuestión que se explica, que no justifica por razones históricas, pero que no tiene cabida en nuestras actuales sociedades modernas si se atiende al principio constitucional de la igualdad. Además, dada la descripción del tipo penal no queda del todo claro quién sería el sujeto pasivo del delito, ya que si bien se habla de “apoderamiento” de un mujer, ésta no es más que el objeto material sobre el que recae la conducta, mas no se advierte claramente que ella sea el sujeto pasivo de la misma, por la utilización del verbo típico de “apoderarse”, en el sentido de que quien debe figurar como sujeto pasivo tendría que ser, en todo caso, “el desapoderado”. Asimismo, estos tipos penales de manera implícita reducen la capacidad de la mujer por el hecho de no restringir su protección a límites de edad. Cuando la ley advierte una incapacidad natural, como lo es la de

la minoría de edad de una persona, lo correcto es que se creen tipos penales tendientes a proteger a estas personas de cualquier abuso que pudieren sufrir en su libertad sexual, logrando con ello garantizar lo más que se pueda su sano desarrollo psicológico y físico. En el delito de raptó que nos ocupa, el tipo penal no restringe la edad de la mujer apoderada, y aunado al hecho de que no se incluye a los hombres en el radio de protección de la prohibición penal (aunque por razones histórico-sociales así sea), consideramos que se le considera de cierta manera como una incapaz que si bien no se declara así en el tipo penal, sí lo advertimos de la intención que tiene esta ley.

Asimismo, el fin que debe tener el sujeto activo debe ser “para satisfacer un deseo erótico-sexual” o bien “para casarse”. Estas finalidades dejan a la mujer en una triste situación, ya que, habiendo considerado que el sujeto pasivo en este delito es la persona “desapoderada”, y no la mujer (repito, en atención a como está redactado el tipo penal), ésta última no podría consentir los actos del sujeto activo, y por ello, la presencia de su voluntad en la satisfacción del deseo erótico-sexual del activo, o bien en contraer matrimonio no cuenta con relevancia alguna dado que el delito se consuma con independencia de su voluntad.

En síntesis, estas leyes constituyen un exceso del derecho penal, o mejor dicho, un exceso del legislador en el uso del derecho penal, el cual únicamente debe ser utilizado cuando estemos ante conductas verdaderamente dañinas de bienes jurídicos relevantes. Estos tipos penales que analizamos sufren de serias anomalías, inconsistencias, incongruencias y tendencias discriminatorias, que cuentan con una explicación histórica, pero no con una justificación razonable hoy en día. Asimismo, podemos ver las graves consecuencias de la mala técnica legislativa, que si bien en todas las áreas del derecho se da, es en el campo penal en donde resultan ser más graves, ya que estas deficiencias dejan finalmente en manos del juez corregir los errores en que ha recaído la ley y lo obliga a realizar interpretaciones forzadas de acuerdo a lo que socialmente debe entenderse por este tipo de figuras.

Por lo tanto, el uso del derecho penal se ha de hacer sólo en casos extremos y de la manera más clara, buscando proteger bienes jurídicos “reales”, y no “imaginarios”, como el supuestamente protegido por el tipo penal de rapto, que bien podríamos decir que protege lo que en el ideario popular sería la “honestidad, honor y castidad” de la mujer, cosa que no existe como tal en nuestro sistema jurídico, y que atendiendo a los principios del Estado liberal en el que vivimos, o al menos pretendemos vivir, no deben tener importancia alguna, menos aún denominando con esos calificativos a esas supuestas “cualidades” de la mujer, que únicamente se apegan a un cierto ideario religioso del cual el Estado y sus leyes deben tener completa independencia.

Asimismo, nos parece que la penalización de la discriminación es una intervención penal excesiva en la vida social. El Código Penal para el Distrito Federal sanciona la discriminación de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 206. Se impondrán de uno a tres años de prisión o de veinticinco a cien días de trabajo en favor de la comunidad y multa de cincuenta a doscientos días al que, por razón de edad, sexo, estado civil, embarazo, raza, procedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas:

I.- Provoque o incite al odio o a la violencia;

II.- Niegue a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho. Para los efectos de esta fracción, se considera que toda persona tiene derecho a los servicios o prestaciones que se ofrecen al público en general;

III.- Veje o excluya a alguna persona o grupo de personas; o

IV.- Niegue o restrinja derechos laborales.

Al servidor público que, por las razones previstas en el primer párrafo de este artículo, niegue o retarde a una persona un trámite, servicio o prestación al que tenga derecho, se le aumentará en una mitad la pena prevista en el primer párrafo

del presente artículo, y además se le impondrá destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos, por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta.

No serán consideradas discriminatorias todas aquellas medidas tendientes a la protección de los grupos socialmente desfavorecidos.

Este delito se perseguirá por querrela”.

La lucha por la no discriminación ha sido librada en muchos campos de la vida, en el laboral, el legislativo, el social, el familiar, etc., pero nos parece que trasladar esa lucha a la arena penal resulta un tanto excesivo. El derecho a la no discriminación tiene un desarrollo reciente en México, por lo que empezar sancionando conductas cuya eliminación aún no han sido interiorizada del todo en el ideario popular es un exceso del derecho punitivo.

Hay que recordar la reciente introducción de acciones positivas que tienen como fin disminuir la discriminación e incorporar a las mujeres en la política en la integración del Congreso de la Unión, exigiéndose ciertas cuotas de presencia femenina en las Cámaras, y que en las pasadas elecciones de diputados en 2009 fue burlada por numerosos diputados mediante la introducción en las listas de diputadas propietarias y diputados suplentes, logrando con la renuncia de estas diputadas electas que los diputados suplentes pudieran acceder al cargo evadiendo la exigencia de contar con cierto número de mujeres en la Cámara en atención a la previsión legal que así lo establece.

Además, no es sino recientemente que se han organizado foros y publicado libros con las implicaciones del derecho a la no discriminación, constituyendo también un tema nuevo para doctrinarios y jueces cuyo pleno entendimiento aún no resulta del todo claro en todas las áreas de la vida humana.

En conclusión, el legislador no ha de abusar del derecho penal, ya sea porque la protección de bienes jurídicos se logra de manera más efectiva mediante otras vías, bien porque su intromisión en la vida social podría llegar a

hacer ciertas interacciones sociales riesgosas, porque los valores que pretende proteger no estén del todo incorporados en el ideario popular como fines sociales a alcanzar, o bien porque esa intromisión simple y sencillamente no tendría ningún efecto positivo.

CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo fue realizar una revisión crítica de nuestra legislación penal y la interpretación de las leyes penales a la luz de los principios constitucionales que rigen esta materia, tomando elementos de teoría y filosofía penal y constitucional que sirvieran para hacer este análisis. La materia penal en México ha tenido siempre bastante atención por parte de la doctrina y por parte de los tribunales, dado que es la rama más conspicua y representativa del Derecho, por verse reflejada en ella la defensa de la persona ante las arbitrariedades del Estado.

El Derecho Penal es la materia jurídica que más graves consecuencias puede traer para la vida de los individuos, dado que puede afectar sus posesiones, derechos, patrimonio, y en la mayoría de las veces el bien que consideramos más valioso, nuestra libertad personal y más aún, afecta directamente a terceros ajenos a la conducta delictiva, sin embargo, esos terceros sufren graves consecuencias de la aplicación del Derecho Penal, ante lo cual al derecho penal se le considera el derecho de más dañosidad social. Es por ello que se ha de hacer uso de este medio de control social sólo cuando sea necesario y de manera correcta, es decir, conociendo los principios de derecho penal a fondo y sabiendo llevarlos a la realidad a través de los códigos y los juicios penales, como la última ratio.

1.- En el Capítulo I se trató lo referente al principio de legalidad en materia penal, cuyo aspecto formal se encuentra bastante explorado por la doctrina y la jurisprudencia, pero que tratándose de la parte material cuenta con un escaso, si no es que nulo desarrollo en México, dado que no han existido hasta hoy planteamientos y criterios precisos para definirla. Nos parece que ha quedado muy en claro que sólo la ley tiene el poder y la función de establecer delitos y penas, excluyendo incluso a tratados internacionales de este inmenso poder de determinación del hecho punible, y que dicha determinación o criminalización debe

ser lo suficientemente completa para que no deje espacio alguno al juez para definir el ámbito de lo punible mediante sus posiciones ideológicas o religiosas.

2.- Asimismo, la interpretación de la ley penal debe ser estricta, sin embargo, existen enormes variantes en la interpretación de delitos de mera actividad y delitos de resultado, por lo que el juez debe hacer uso de métodos interpretativos superiores a los meramente letristas para imputar correctamente resultados típicos. Por cuanto hace a los temas de analogía y mayoría de razón existe un consenso por virtud del que, dado el principio de exacta aplicación de la ley penal, resulta imposible constitucionalmente ampliar el radio de prohibición del tipo penal a casos no expresamente previstos por él.

3.- Respecto del tema de taxatividad de la ley penal, cabe decir que cierto grado de vaguedad está presente en casi todos los términos que se utilizan por las leyes, sin embargo, existen casos muy claros, algunos de los cuales fueron enunciados, en que la vaguedad de los términos es clara e irrefutable. Los términos valorativos en las leyes penales, por otro lado, son escasos en la legislación pero muy marcados, términos como “honestidad” y “castidad” son utilizados aún hoy en día por los códigos penales y no cabe duda alguna que exigen del juez un pronunciamiento ideológico para definir el alcance de la prohibición de la norma penal, lo cual atenta claramente contra el principio de legalidad en materia penal.

4.- Por otra parte, el principio de exacta aplicación de la ley penal tiene una operatividad totalmente diferente al que tiene en los delitos de mera actividad, dado que es el juez quien tiene que definir qué conducta en particular es aquella a la que se le puede imputar la lesión del bien jurídico, por lo que debe acudir en muchos casos disposiciones que no tienen el carácter de ley en sentido formal y material para fundar correctamente su sentencia.

5.- Siendo así, por cuanto hace al Capítulo I, advertimos pronunciamientos correctos por parte del Poder Judicial Federal en temas bastante explorados como principio de reserva de ley, analogía, mayoría de razón, exacta aplicación de la ley

penal, etc., y en algunos otros una ausencia de pronunciamiento por la falta de criterios claros y definidos, como lo es respecto al principio de taxatividad en materia penal. En estos casos, deberemos esperar una mayor propuesta por parte de los litigantes en sus planteamientos ante los tribunales, quienes deberán instar a que jueces, magistrados y ministros del Poder Judicial, se pronuncien sobre estas cuestiones.

En el Capítulo II se trataron temas relativos a la criminalización y descriminalización de conductas, el bien jurídico tutelado, y las esferas de distribución de competencias en materia penal.

6.- Por cuanto hace al tema de la criminalización y descriminalización de conductas, se plantea un enfoque distinto al utilizado por la Suprema Corte de Justicia en los debates sobre la despenalización del aborto en el Distrito Federal durante el año 2008. Por cuanto hace al tema del bien jurídico, se observó que además de tener una función relevante para cuestiones técnico-penales, tiene también una función legitimadora del tipo penal que lo erige como centro de interpretación del aquél en un Estado constitucional como el que aspira a ser el mexicano.

7.-Tratándose del tema de distribución de competencias en materia penal, disentimos del criterio que hemos observado en las sentencias, de fundamentar la competencia con que cuenta la Federación para legislar en materia penal en el artículo 73, fracción XXI, de la Constitución General, dado que ésta hace referencia únicamente a los delitos en que aparece la Federación como sujeto pasivo, pero no puede servir como fundamento jurídico para los restantes tipos penales; por lo que ha de atenderse simplemente a la distribución de esferas competenciales que se utiliza en cualquier otra materia para saber si esta es competencia de regulación de la Federación o de las entidades federativas.

En el Capítulo III nos parece que se hicieron pronunciamientos innovadores y originales del tema. En efecto, este Capítulo de “Penas”, terminó siendo mucho

más largo de lo que habíamos pensado en un principio, en virtud del enorme contenido normativo que contiene el artículo 22 constitucional.

8.- Nos parece que el artículo 22 ha sido visto por parte de la doctrina y la jurisprudencia con una cierta lupa de obiedad. Al decir esto nos referimos a que el artículo 22 es un producto ante todo histórico de defensa del individuo ante las penas abusivas que se imponían sobre todo en el cuerpo de la persona, y hace referencia a “penas”, y no “sanciones de cualquier tipo” en tanto era en la esfera penal en donde se aplicaban estas medidas. En consonancia con ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha entendido que la expresión “penas” que aparece plasmada en el artículo 22 constitucional debe entenderse como tal, es decir, como consecuencia jurídico-penal impuesta por un juez penal. Esta visión restringe la prohibición que irradia esta disposición a las penas en sentido estricto, como vimos en numerosas tesis y jurisprudencias, y el planteamiento y la visión que se mantuvo a lo largo de este Capítulo fue diametralmente opuesta, es decir, que la expresión “penas” contenida en el artículo 22 atiende a razones históricas, y que debe entenderse en un sentido amplio y no estricto, ampliando su operatividad a todo tipo de sanciones, sean penales, administrativas, reglamentarias, o actos de autoridades que sin ser sanciones tengan estos mismos efectos.

9.- Temas como la pena de muerte, azotes, palos, mutilación, etc., tuvieron un escaso tratamiento en tanto lo importante en estos casos es saber qué se entiende por éstos términos, dado que no cuentan con aspectos técnico-jurídicos específicos que estudiar. Caso contrario es el relativo a multas excesivas y sobre todo al de confiscación de bienes. En este último tema, la Constitución misma establece supuestos de confiscación que a pesar de constituir tales no se encuentran prohibidos constitucionalmente; y la importancia de este artículo radica en que en él podemos encontrar fundamento constitucional para temas tan importantes como el cobro de impuestos y multas de manera coactiva sin necesidad de agotar juicio previo, y pérdida de dominio de bienes por abandono en materia penal, fiscal y aduanera, entre otros.

10.- Otro tema fundamental en el que discrepamos de la interpretación de la Suprema Corte fue el relativo al decomiso. En efecto, la Corte tiene la opinión de que la confiscación y el decomiso cuentan con similitudes, pero que a pesar de ellas, materialmente son instituciones distintas, posición que llega a generar que leyes y actos confiscatorios hayan sido declarados constitucionales por la Corte, en tanto la confiscación se realiza bajo la figura del “decomiso administrativo”. Por nuestra parte, creemos que la confiscación y el decomiso constituyen actos materialmente idénticos, y que los supuestos de ésta última deben basarse en causas constitucionales o bien en causas de lógica jurídica, y no en el mero incumplimiento de obligaciones y en la realización de actos contra el tenor de las leyes prohibitivas, como lo sostiene nuestro máximo tribunal.

11.- Por cuanto hace al tema de extinción de dominio, no pudimos encontrar bibliografía dado que es una institución nueva en nuestro sistema jurídico, tiene poco tiempo operando, pero estamos seguros que dará pie a numerosas tesis jurisprudenciales de la Corte, dada la importancia de este tema y los enormes abusos y arbitrariedades que en la práctica podría generar. A pesar de ello, intentamos aquí hacer un esbozo y una exposición muy general de los aspectos esenciales que la Constitución General marca en este tema, y los complementamos con aquéllos que se encuentran desarrollados en la Ley reglamentaria de la materia, intentando definir la forma en que operará jurídicamente esta figura confiscatoria.

12.- Advertimos, asimismo, la inconstitucionalidad de todo el régimen de justicia penal militar, en tanto la autoridad que juzga los delitos contra la disciplina militar es una autoridad administrativa, no jurisdiccional, y en tanto el artículo 21 dispone que las penas deben ser impuestas por la “autoridad judicial”, la imposición de las penas por parte de una autoridad perteneciente a la Secretaría de la Defensa Nacional deviene en un acto inconstitucional como consecuencia de una ley inconstitucional. Por otra parte, el juicio que es llevado ante estas autoridades administrativas resulta inconstitucional, por no existir las mínimas garantías institucionales y constitucionales para una defensa adecuada, en tanto

no se puede hablar propiamente de “tribunales” que juzguen delitos dentro de la esfera del Poder Ejecutivo, de la misma manera en que no puede existir imparcialidad por parte de estos “tribunales” en tanto se erigen como juez y parte en la contienda. Así, el sistema de enjuiciamiento militar nos parece ilegítimo y un fósil autoritario en nuestra legislación, que sin embargo cuenta con el aval de nuestro máximo tribunal, dado el poco interés que ha mostrado el Congreso de la Unión por remediar esta desafortunada situación.

13.- Por último, el tema de proporcionalidad de las penas nos pareció de la más alta complejidad, en tanto no existen criterios claros definidos por la doctrina o por la jurisprudencia para calificar de proporcional una pena. Esta dificultad surge por la inconmensurabilidad material entre los dos elementos sujetos a examen, es decir, entre el delito y la pena, por lo que la proporcionalidad de la pena respecto del delito sólo podrá hacerse en una esfera meramente “valorativa”, teniendo el Poder Judicial Federal la obligación y responsabilidad de establecer criterios, no perfectos, sino criterios al menos, para calificar la proporcionalidad de una pena, ya que ningún jurista con una posición liberal puede considerar que una pena de 60 años de prisión, por más que se imponga como consecuencia de un homicidio, es proporcional al delito cometido.

En resumen, tenemos posiciones contrarias a los criterios de la Suprema Corte de Justicia en estos temas, y este trabajo no pretende ser una descalificación, sino una revisión crítica, como se dijo al principio, a fin de mejorar la legislación y la interpretación que sobre principios constitucionales-penales y legislación penal ha realizado el Poder Judicial Federal, en particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Finalmente, el Capítulo IV trata sobre los aspectos sustantivos de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, que fueron realmente nulos en este aspecto, en tanto el artículo 14 constitucional no fue reformado, y se concentró más bien una reforma procesal penal. Asimismo, se trató el controversial tema del “derecho penal del enemigo”, y el conocido como “extrema ratio”, del derecho penal.

14.- Por cuanto hace al tema de derecho penal del enemigo, encontramos ya en la Constitución regímenes especiales que si bien no despersonalizan al individuo, sí lo tratan de manera excepcional tratándose de delitos de delincuencia organizada. En efecto, a partir de la reforma de 18 de junio de 2008 el tema de la delincuencia organizada cuenta con una regulación de excepción por cuanto hace a los periodos de averiguación previa, proceso penal y extinción de penas. Hay que señalar que dada la situación actual en México sí era necesaria una regulación de este tipo, sin embargo, nos parece que no se están atacando las raíces del problema de la delincuencia organizada, que son la escasez de oportunidades laborales, la difícil situación económica, la enorme pobreza que sabemos existe en México, la falta de una buena educación, o no se diga de “buena educación”, si no de la mínima educación e instrucción, los graves problemas alimenticios y de salud de los que padece nuestra población, así como la enfermedad más grave que ha padecido este país desde su nacimiento mismo, la corrupción de nuestros políticos, y su único interés por acrecentar su patrimonio personal en detrimento de los intereses públicos que demanda el país. Todos estos elementos, aunado a la satanización de los narcóticos que ha creado el Estado, son el verdadero problema que enfrentamos hoy en día, y no la delincuencia organizada, que es un mero efecto o consecuencia de problemas más grandes y cuya solución corresponde originariamente al Estado, por lo que si queremos encontrar un responsable de la situación criminal actual debemos apuntar en primer lugar al Gobierno mismo, y no al pueblo mexicano, que durante muchos años, siglos, estuvo sumido en la ignorancia por decisión convenida de la Iglesia católica y del Estado mexicano, así que no hay forma de intentar crear una responsabilidad compartida entre Estado y pueblo, cuando a éste no se le puede exigir una respuesta de esta clase por el oscurantismo intelectual en que estuvo encerrado durante siglos. Veamos cuáles han sido las formas de gobernar México solamente durante el siglo XX para darnos cuenta de que ahí está el origen de la delincuencia organizada, en sus hechos y en sus múltiples omisiones hacia el pueblo mexicano.

15.- Por otra parte, el principio de extrema ratio exige que el derecho penal sea utilizado como último recurso de control social y con una gran técnica legislativa-penal. Vimos, sin embargo, ejemplos claros de penalización de conductas cuyo verdadero sentido no ha sido aún plasmada en el ideario popular, como lo es el caso del delito de discriminación en el Distrito Federal, y otros en que la técnica legislativa que se utiliza es sumamente deficiente, a grado tal de dudar seriamente cuáles son los elementos del tipo penal.

A manera de conclusión general del trabajo diremos lo siguiente. Los abusos del Derecho penal han generado, en muchos de sus aspectos, la doctrina y filosofía constitucional de la edad moderna. Así, estas dos materias, Derecho Penal y Derecho Constitucional han estado en constante avance y retroceso a la par, dadas las implicaciones que estas ramas del derecho tienen una en la otra. A diferencia del derecho civil, que ninguna o pocas conexiones puede tener con el Derecho constitucional, el Derecho penal comparte con éste historia, filosofía y teoría, que las convierte en dos vértices de estudio que van de la mano en todo momento.

Es por ello que para contar con un sistema penal legítimo es necesario dotar de sentido a las aparentemente pobres disposiciones que contiene la Constitución sobre la materia, en específico los artículos 14 y 22, y así construir jurisprudencialmente toda una estructura de pensamiento que norme la actividad legislativa en materia penal y la labor de los jueces en la interpretación de las leyes penales. Dado el escaso contenido expreso que contiene el artículo 14, párrafo tercero, constitucional, es necesario que la jurisprudencia desarrolle y explique este artículo, cuyo contenido normativo puede ir más allá de los aspectos ya explorados por la doctrina mexicana. Asimismo, el artículo 22 constitucional, que en principio podría entenderse dirigido únicamente a la prohibición de cierto tipo de penas, cuenta con un radio de acción mucho mayor al expresamente contenido, dado que tiene aplicación en todas las materias jurídicas, no únicamente en la penal.

Como líneas arriba se mencionó, este trabajo es una revisión crítica de la legislación penal (federal y local) e interpretación que en materia penal tienen los Tribunales de la Federación, tanto Tribunales Colegiados de Circuito como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y lo que se buscó fue dar pasos adelante en una interpretación progresiva y más actualizada en esta materia, en la que México siempre ha estado un paso atrás con respecto a sus homólogos europeos.

Mucho hay por delante para el desarrollo doctrinario constitucional-penal en México, y este trabajo no pretende más que comenzar a introducir elementos nuevos de índole constitucional en el estudio y desarrollo del Derecho penal mexicano.

PROPUESTA

Como propuestas concretas que derivan de este trabajo, podemos enunciar las siguientes:

-Entender el principio de taxatividad en materia penal como un aspecto material del principio de legalidad, y no como una ampliación del principio de exacta aplicación de la ley penal.

-Utilización por parte del legislador de términos que expresen con el mínimo grado de vaguedad aquella situación o acontecimiento que se debe tomar en cuenta para tener por acreditado el hecho punible.

-Utilización de términos en los tipos penales que hagan referencia a elementos fácticos, eliminando así en la medida de lo posible los términos valorativos de los tipos penales.

-Modificar la visión que se tiene sobre la exacta aplicación de la ley penal en los delitos de resultado y la interpretación de las leyes penales en estos casos, por una lectura menos letrista y que atienda al conjunto normativo que regula la actividad que generó la lesión del bien jurídico.

-Establecer que los únicos casos en que puede existir una omisión legislativa de penalizar una conducta son aquellos en que la Constitución señala una obligación expresa para hacerlo.

-Dejar de ver en el artículo 73, fracción XXI, de la Constitución General el fundamento para la facultad de penalizar conductas por parte de la Federación, y atender simplemente a la distribución de competencias que existe en nuestro sistema constitucional entre Federación y entidades federativas, para dilucidar quién puede establecer delitos en la materia de que se trata.

-Entender la prohibición que establece el artículo 22 constitucional dirigida a cualquier acto de autoridad, y no restringirla exclusivamente a las penas en sentido estricto.

-Ver en el artículo 22 constitucional la facultad con que cuenta el Estado para que sin necesidad agotar juicio previo la autoridad fiscal confisque bienes mediante el procedimiento administrativo de ejecución, a fin de lograr el cobro de impuestos y multas, más no en todos los casos en que exista un crédito fiscal a favor del Fisco.

-Modificar el sentido que se tiene de los términos confiscación y decomiso, dado que la diferencia de tratamiento entre ambos genera, jurídicamente, actos confiscatorios prohibidos por el artículo 22 constitucional.

-Eliminar la figura que se utiliza en varias leyes del “decomiso administrativo”, cuando realmente no existe una causa jurídica o legítima que así lo justifique, como se vio en la parte relativa en este trabajo.

-Trasladar la jurisdicción militar del Poder Ejecutivo al Poder Judicial, conservando el fuero de guerra de acuerdo con el artículo 13 constitucional.

-Establecer en el Código de Justicia Militar términos mínimos y máximos de duración de las penas de prisión, dado que, a pesar de que cuenta con un sistema para deducirlos, sería mucho más claro si la ley misma los estableciera expresamente.

-Dotar de verdadero sentido al principio de proporcionalidad para que deje ser un mero canon humanitario, y pase a ser un principio rector de la legislación penal, al menos por cuanto hace a las penas privativas de libertad, ámbito en el cual la desproporcionalidad de las penas es manifiesta.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ANTOLISEI, Francesco, **Manual de derecho penal. Parte General**, 8ª ed., Editorial Temis, Colombia, 1988.
- 2.- BAUMANN, Jürgen, **Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema**, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981.
- 3.- BECCARIA, Cesare, **Tratado de los delitos y de las penas**, 5ª ed. Facsimilar, Editorial Porrúa, México, 1992.
- 4.- BIALOSTOSKY, Sara, **Panorama de Derecho Romano**, 2ª ed., UNAM, Imprenta Universitaria 1935-1985, 1985.
- 5.- BOBBIO, Norberto, **Estado, gobierno y sociedad**, trad. José F. Fernández Santillán, Breviarios, Fondo de Cultura Económica, México, 2005.
- 6.- BOBBIO, Norberto, **Teoría general del derecho**, trad. Eduardo Rozo Acuña, Editorial Debate, Madrid, 1992.
- 7.- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán, **Nuevo sistema de derecho penal**, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- 8.- BUSTOS RAMÍREZ, Valenzuela Bejas, **Derecho penal latinoamericano comparado**, Tomo I, Parte General, Editorial Depalma, 1981.
- 9.- CANCIO MELIÁ, Manuel, **Lineamientos básicos de imputación objetiva**, Angel Editor, México, 2001.
- 10.- CARBONELL, Miguel, **Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México**, 5ª ed., Editorial Porrúa, UNAM, México, 2004.
- 11.- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, **Derecho penal mexicano. Parte general**, 15ª ed., Editorial Porrúa, México, 1986.
- 12.- CEREZO MIR, Jose, **Curso de Derecho Penal Español. Parte General**, Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid.
- 13.- CEREZO MIR, José, **Curso de derecho penal español. Parte General**, 2ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1981.
- 14.- COMANDUCCI, Paolo, **Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo**, Fontamara, México, 1999.

- 15.- FERRAJOLI Luigi, **Epistemología jurídica y Garantismo**, Editorial Fontamara, México, 2004.
- 16.- FERRAJOLI, Luigi, **Garantías y derecho penal**, en Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales, Número 1, Segunda Época, INACIPE, Diciembre, 2001
- 17.- GARCÍA MAYNES, Eduardo, **Lógica del Raciocinio Jurídico**, Editorial Fontamara, 1994.
- 18.- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, **Derecho Penal**, 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 2007.
- 19.- GONZÁLEZ-SALAS Campos, Raúl, **La teoría del bien jurídico en el derecho penal**, Pereznieto Editores, México, 1995.
- 20.- HASSEMER, Winfred y Muñoz Conde, Francisco, **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- 21.- HOBBS, Thomas, **Leviatan**, Tomo I, 4ª ed., Gernika, 2003.
- 22.- JAKOBS, Günther y Cancio Meliá, Manuel, **Derecho penal del enemigo**, Hammurabi, Buenos Aires.
- 23.- JAKOBS, Günther, **Moderna Dogmática Penal**. Estudios Compilados, Editorial Porrúa, México, 2002.
- 24.- JESCHECK, Hans-Heinrich, **Tratado de Derecho Penal. Parte General**, Volumen Segundo, Editorial Bosch, Barcelona, 1978.
- 25.- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, **Tratado de derecho penal**, Tomo II, 3ª ed., Editorial Losada, Buenos Aires, 1964.
- 26.- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, **Derecho Penal Mexicano**, Tomo I, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 1977.
- 27.- KAHLER, Erich, **¿Qué es la Histotria?**, trad. Juan Almela, FCE, Breviarios, 9ª reimpr., 2004.
- 28.- KELSEN, Hans, **Teoría Pura del Derecho**, UNAM, México, 1983.
- 29.- KLUG, Ulrich, **Lógica jurídica**, trad. J.C. Gardella, Editorial Temis, Colombia, 1990.
- 30.- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., **Derecho Internacional Público**. Parte General, 4ª edición, Editorial Trotta, 2005.

- 31.- MEZGER, Edmundo, **Tratado de Derecho Penal**, trad. Jose Arturo Rodríguez Muñoz, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid
- 32.- MONESTER, Martin, **Penas de Muerte. Historia y técnicas de las ejecuciones capitales**, Editorial Diana, México, 2000.
- 33.- NIETO, Alejandro y Gordillo, Agustín, **Las limitaciones del conocimiento jurídico**, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- 34.- OVALLE FAVELA, José, **Derecho procesal civil**, 9ª ed., Editorial Oxford University Press, México, 2003.
- 35.- PESSINA, Enrique, **Elementos de Derecho Penal**, trad. Hilarion Gonzalez del Castillo, 4ª ed., Editorial Reus, Madrid, 1936.
- 36.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, **Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal**, Tomo I, 19ª ed., Editorial Porrúa, México, 2001.
- 37.- ROSS, Alf, **Sobre el Derecho y la Justicia**, trad. Genaró Carrió, EUDEBA, Buenos Aires, 1970.
- 38.- ROXIN, Claus, **El legislador no lo puede todo**, en *Iter Cirminis*, Núm. 12, Segunda Época, INACIPE, México, 2005
- 39.- SCHREBIER, Rupert, **Lógica del Derecho**, 2ª ed., Distribuciones Fontamara, México, 1992.
- 40.- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, **Elementos para una Teoría General del Derecho**, Editorial Themis, 1998, México
- 41.- TORRES LÓPEZ, Mario Alberto, **Las leyes penales**, 5ª ed., Editorial Porrúa, México, 2005.
- 42.- TORRES LÓPEZ, Mario Alberto, **Teoría y Práctica de los Delitos Fiscales**, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 2005.
- 43.- VON HENTIG, Hans, **La Pena. Las formas modernas de aparición**, trad. José María Rodríguez Devesa, Volumen II, Editorial Espasa-Calipe, Madrid, 1968.
- 44.- WESSELS, Johannes, **Derecho Penal. Parte General**, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.

Legislación consultada

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, edición 2009, Editorial Porrúa, México, con reforma penal de 18 de junio de 2008.

Leyes

2.- Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

3.- Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

4.- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

5.- Ley Federal de Extinción de Dominio, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

6.- Ley Federal de Radio y Televisión, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

7.- Ley Aduanera, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

8.- Ley de Amparo, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

Códigos

9.- Código Penal Federal, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

10.- Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

11.- Código Penal para el Estado de Jalisco, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

12.- Código de Defensa Social del Estado Libre y Soberano de Puebla, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

13.- Código Penal para el Estado de Nuevo León, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

14.- Código Penal para el Estado de Querétaro, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

15.- Código Penal para el Estado de Campeche, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

16.- Código Penal para el Estados de Tamaulipas, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

17.- Código Penal del Estados de Michoacán, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

18.- Código Penal para el Estado de Zacatecas, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

19.- Código Civil Federal, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

Código de Justicia Militar, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

20.- Código Federal de Procedimientos Penales, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

21.- Código Federal de Procedimientos Civiles, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.

22.- Código Fiscal de la Federación, Editorial Ediciones Fiscales Isef, México, Edición 2009.