

302809



UNIVERSIDAD MOTOLINIA, A. C.

ESCUELA DE DERECHO

CLAVE 302809

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**“ EL CONTRABANDO DELITO CONTRA
LA ECONOMIA NACIONAL “**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:

AMANDO ZÚÑIGA TREJO

DIRECTOR DE TESIS:

LIC. FRANCISCO F. PIMENTEL GONZALEZ

MEXICO D.F.

2005



m342671



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

FRANCISCO F. PIMENTEL GONZALEZ

ABOGADO

San Francisco 2-103 Col. Del Valle Deleg. Benito Juárez 03100 Mexico, D.F.

Tels. 5687-2405 5687-2445 Fax 5687-7715

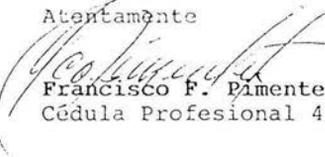
México, D.F., a 04 de Enero 2005

Lic. José Luis Franco Varela
Director de la Escuela de Derecho
de la Universidad Motolinia, A.C.

Asunto: Se emite voto aprobatorio.

En mi carácter de director de la tesis titulada " Contrabando Delito
Contra la Economía Nacional", que para obtener el título de Licen-
ciado en Derecho presenta Amando Zuñiga Trejo con número de cuenta
85800169-1 me permito emitir voto aprobatorio en virtud de que con-
sidero que dicha investigación reúne los requisitos de contenido
académico y forma establecida por el Reglamento.

Atentamente



Francisco F. Pimentel González
Cédula Profesional 434979

Lic. José Antonio Ortiz Cerón

México, D.F. 26 de Enero del 2005.

Lic. José Luis Franco Varela
Director Técnico
**ESCUELA DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD MOTOLINIA, A.C.**
Presente.

Distinguido Maestro:

Me permito manifestarle que en mi carácter de revisor de la tesis titulada **“CONTRABANDO DELITO CONTRA LA ECONOMIA NACIONAL”**, que para obtener el título de Licenciado en Derecho presenta el alumno **Amando Zuñiga Trejo** quien se encuentra inscrito ante esta Universidad con el número de cuenta **85800169-1**.

Después de haber revisado dicho trabajo de investigación, encuentro que cumple en su estructura con los requisitos de validez que exige la Ley Federal del Derecho de Autor. Por lo tanto, me permito dar mi voto aprobatorio.

Atentamente,


José Antonio Ortiz Cerón
Licenciado en Derecho
Cédula Prof. # 157759

*Le doy gracias a dios por darme las fuerzas
para realizar y concluir mis estudios*

A mis padres Guadalupe y Epifania por su apoyo moral y económico que me brindaron para poder concluir mis estudios.

*A mi esposa Patricia y mis hijos Cristian y Cinthya
por la confianza y ser motivo de mi superación..*

“ EL CONTRABANDO DELITO CONTRA LA ECONOMIA NACIONAL “

Índice

Páginas

Introducción

1

Capitulo I

Fuentes del de Derecho Penal

1.1) Fuentes reales	7
1.2) Fuentes formales	9
1.3) Fuentes históricas	27

Capitulo II

El contrabando su regulación legal

2.1) Coexistencia de jurisdicciones	29
2.2) El contrabando como delito	32
2.3) El contrabando como infracción	35
2.4) Artículo 23 de la Constitución	39
2.4.1) Tesis que asegura que se viola el precepto constitucional	42
2.4.2) Tesis que niega la violación de la Carta Magna	57
2.4.3) Opinión personal	63

Capitulo III

Formalidades para proceder penalmente contra el autor del delito

3.1) Alcance de la declaratoria de perjuicio	65
3.2) La querella	67
3.3) La denuncia	69
3.4) Naturaleza de jurídica para declaratoria de perjuicio	70
3.5) El contrabando autoridad competente para querellarse	73
3.6) La facultad discrecional	75
3.7) La actividad jurisdiccional	81
3.8) El delito	84
3.9) Elementos del delito	87

Capitulo IV

El contrabando delito contra la economía nacional

4.1) Transtorno del sistema económico	89
4.2) Inclusión del delito de contrabando en el Código Penal	101
Conclusiones	105
Bibliografía	108

INTRODUCCION

Desde que finalizó la etapa armada de la revolución Mexicana, la Nación se ha transformado en todos los órdenes. Las relaciones económicas con el exterior y dentro del país, corresponden a las de una sociedad con un desarrollo industrial intermedio y con una población predominantemente urbana. Sin embargo, el progreso no ha sido lineal ni ha resuelto viejos problemas.

Las principales deficiencias se manifiestan, fundamentalmente en desequilibrios del aparato productivo y distributivo, insuficiencias del ahorro interno, escasez de divisas y desigualdades en la distribución de los beneficios del desarrollo.

El acelerado avance de algunos sectores de la actividad hace más contrastante la situación de atraso productivo en que se mantienen otros, mientras que en todas las actividades se registra una marcada dualidad. Esto ha acentuado ineficiencias para enfrentar la competencia externa.

El Estado ha hecho uso de todos los medios a su alcance para combatir esta situación y ha venido adecuando al Derecho, acorde con su esencial característica dinámica, como instrumento de dirección de los fenómenos que se dan en el seno de la sociedad.

Cierto es que son muchos los factores que inciden e inclinan el contexto de nuestra economía hacia una crisis por demás evidente; pero, dentro de todos ellos, ha venido adquiriendo mayor importancia el ilícito de contrabando, posiblemente, porque cada día es mayor la cantidad con que se produce, más indudablemente, porque su comisión afecta en

forma directa a nuestro aparato productivo, obstaculizando y a veces destruyendo el desarrollo de la planta industrial de México.

Reside ahí la importancia de hacer algunos comentarios sobre las características e implicaciones que posee y produce el contrabando, y sugerir, con la experiencia propia de quien se inicia en el mundo jurídico, algunas soluciones para tratar de sortear, con la mas noble y grande arma con que cuenta la sociedad, el Derecho, el problema que cada día se abate sobre nosotros con mayor intensidad.

CAPITULO I FUENTES DEL DERECHO PENAL SEGÚN LA DOCTRINA

En el presente apartado, veremos el análisis sobre las fuentes del Derecho Penal que realizan los siguientes doctrinarios.

Fernando Castellanos menciona que “al hablar generalmente de las fuentes del derecho hace la distinción entre fuentes reales, fuentes formales y fuentes históricas”.¹

Raúl Carranca y Trujillo “define a las fuentes del derecho como aquello de donde procede, toma origen o mana del derecho. Desde ciertos puntos de vista la fuente puede ser próxima o remota, mediata o inmediata, principal o supletoria. En un momento difuso el derecho va gestándose en el seno de la sociedad que lo elabora; en otro se produce al exterior, es alumbrado, encarna en normas, como una corriente subterránea que brotase por su manantial. Sólo en este segundo momento, que permite al derecho plasmar en fórmulas objetivas, podemos encontrar su fuente. Asimismo nos dice que para Manzini la fuente única del derecho la voluntad que tiene en si misma la potestad de crearlo; la voluntad colectiva, la del pueblo soberano, manifestada por los medios y mediante las formas constitucionales, es decir, en normas jurídicas. Pero diríamos que ésta es la fuente mediata de todo derecho. La ley, la costumbre, la jurisprudencia, y los principios generales son las fuentes del derecho en general, mediatas éstas, inmediatas y directas sólo aquella según que tengan por si fuerza de obligarlo que la adquieran derivadamente. El artículo 14 const. Y el c.c. con relación a los juicios del orden civil, señalan como fuentes la letra de la ley, su interpretación jurídica y sólo subsidiariamente los principios generales del derecho”.²

Señala el autor referido que “las fuentes del Derecho penal doctrinariamente se admite que son fuentes mediatas y supletorias la

¹ Fernando Castellanos, Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit Porrúa vigésima edición pág. 75

² Raúl Carranca y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, edit. Porrúa S.A. Décimo Cuarta Edición pág. 167

costumbre, los principios generales, la equidad y la jurisprudencia; pero inmediata directa y bastante solo lo es la ley penal en su mas amplia connotación”.³

Federico Puig Peña nos dice que “hay un principio dominante, y es que la ley es la única fuente inmediata de este Derecho. Si definimos la ley en un sentido general diciendo que es aquella disposición por la que el Estado crea derechos con carácter de generalidad encontraremos la diferencia específica de la norma punitiva añadiendo a esta expresión el hecho de que el precepto vaya acompañado de sanción. Por punto general todas las leyes contienen una sanción para el caso de incumplimiento señala el autor como definición de la ley penal: es aquella disposición por virtud de la cual el Estado crea derechos con carácter de generalidad, estableciendo las penas correspondientes a los delitos que define”.⁴

Asimismo el autor antes mencionado cita a Dorado Montero, y dice que “la ley penal se encuentra en tal, situación excepcional, que no hay canon alguno de la doctrina general de la ley que sea perfectamente aplicable a aquella, ni regla, que no se tuerza o no se quiebre cuando se pretende someter a ella la materia en cuestión. Una de las características principales de la ley es la generalidad, es decir, que sea establecida de un modo permanente para un número indeterminado de actos o de hechos, sin relación a persona fija, estando destinada a aplicarse a cuantos individuos se hallen en las condiciones previstas por ella. La ley estatuye impersonalmente. Sin embargo, por lo que respecta a las penales, si bien es principio a constituido la meta de una general aplicación, la realidad de los hechos ha tenido que reconocer que: 1- Existen personas que tienen una protección penal más eficaz respecto de los demás. 2- En determinado supuesto, personalidades están sustraídas total o parcialmente al imperativo general de la norma”.⁵

³ Idem. pág. 167

⁴ Federico Puig Peña, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Sexta edición, Edit. Revista de Derecho Privado Madrid. Pág. 74

⁵ Ob.Cit. pág. 78

Continua mencionando el doctrinario en referencia que, “si bien el precepto legislativo en general puede adoptar la forma de un “mandar hacer” o de un “prohibir” las normas penales, por regla general, se configuran siempre a través de un “prohibir” integrando siempre el “no haras” el elemento imperativo de la misma”.⁶

Dice el autor antes citado que “en orden de su redacción, si bien las leyes en general deben formularse de una manera clara y precisa, la ley penal debe tener forma particularmente diáfana, con el fin de que sirva lo mismo de garantía al Estado, para la persecución de los delitos, que el ciudadano para que sepa que no será perseguido si no ha infringido la norma”.⁷

Francisco Pavón Vasconcelos señala que “en cuanto a la clasificación de las fuentes del Derecho no hay un criterio unánime entre los autores. Unos las clasifican en formales, reales e históricas; otros en fuentes de producción y fuentes de cognición o conocimiento; otros más en fuentes directas o indirectas o coadyuvantes, y alguno distingue entre fuente próxima o remota, mediata o inmediata, principal o supletoria”.⁸

Celestino porte Petit menciona que, “cuando los autores emiten la noción de fuente del derecho, se colocan en una posición distinta, ciñéndose unos al concepto de fuentes de producción y los otros, al de fuentes de cognificación, situándonos nosotros, en el segundo punto de vista. Se ponen en juego en la doctrina varias clasificaciones de las fuentes del derecho Penal.

- a) para Antolisei, Petrocelli, Raniari y Santiniello, se dividen las fuentes del derecho, en fuentes de producción y fuentes de cognición o de conocimiento.
- b) Manzini nos habla de fuentes inmediatas y mediatas.
- c) Battagline de formales y substanciales.

⁶ Idem. pág. 78

⁷ Ob. Cit. pág. 79

⁸ Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa S.A., Tercera Edición pág.53

- d) Puig Peña, las divide en fuentes directas (la ley) y fuentes indirectas o coadyuvantes (costumbre, jurisprudencia, derecho científico, tratados internacionales).
- e) Masaveu en fuentes de derecho subjetivo, de derecho objetivo de conocimiento, de derecho, directas e indirectas o coadyuvantes.
- f) González Roura las clasifica en fuentes: interna, externa, inmediata, directa, indirecta, explícita, implícita, oficial o pública y no oficial o privada.
- g) Trinidad García se refiere a fuentes formales, racionales e históricas.
- h) García Maynez a fuentes formales, reales e históricas.

En opinión del autor mencionado analiza los pareceres de los diversos autores presenta la siguiente clasificación:⁹

- | | | |
|---------------------------|--|----------------------------|
| Fuentes del Derecho Penal | a) Reales o Substanciales | b) Históricas (Variables) |
| | | a) Racionales (Perennes) |
| | b) De producción | |
| | c) De cognición, de conocimiento o formal. | |

⁹ Celestino Porte petit Candaudap, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal., Edit. Porrúa S.A., Quinta Edición. Pág. 100

1.1) FUENTES REALES

En cuanto a lo que se refiere a las fuentes reales, estas se analizaran desde el punto de vista de la doctrina.

Fernando Castellanos en su obra señala que “por fuente real se entiende el conjunto de razones determinantes del contenido de las normas jurídicas; esto es, las causas que impulsaron al legislador a darles vida. Son los motivos de conveniencia social tomados en cuenta por el legislador en un momento histórico dado y en un determinado lugar; constituyen la materia misma de la ley”.¹⁰

Apunta el doctrinario Francisco Pavón Vasconcelos “que son fuentes reales, también llamadas substanciales, los factores de variedad de índole que precisan o determinan el contenido de las normas jurídicas. Tales fuentes pueden ser: racionales (perennes) e históricas (variables); las primeras se identifican con el derecho natural, mientras las segundas las constituyen aquellos factores de carácter político, económico y social que fundamentan, en un momento dado, el contenido de las normas jurídicas. Las fuentes de producción del derecho son los órganos de los cuales proviene éste. Desde un punto de vista unitario y formal, el estado es la única fuente de producción del derecho. Desde un punto de vista diverso, las fuentes de producción pueden ser: originaria y derivada. La primera lo es el poder Constituyente, pues supone la creación de la ley fundamental que no encuentra apoyo legal en otra norma precedente. La segunda lo es el poder legislativo, porque a él corresponde, dentro del régimen constitucional establecido, la creación del derecho positivo, de acuerdo con los procedimientos previamente señalados, la producción originaria del derecho implica el llamado Poder Constituyente. Cuando se funda por vez primera una comunidad estatal (y también cuando en un viejo Estado, ha sido derrocado el régimen anterior), por cuanto al proceso legislativo, se encuentra regulado en los artículos 71 y 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El primero de los preceptos mencionados precisa que compete la iniciativa de leyes y

¹⁰ Fernando Castellanos, Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit Porrua vigésima edición pág. 75

decretos: I Al presidente de la República; II A los diputados y senadores al congreso de la Unión, y III a las legislaturas de los Estados. Nos dice el autor que las fuentes de cognición o de conocimiento son, como dice Antoliset, las formas que el derecho asume en la vida de la comunidad estatal, es decir, los modos en que se manifiesta, las fuentes de cognición del derecho pueden ser directas o inmediatas e indirectas o mediata. Las primeras son aquellas manifestaciones del derecho por sí mismas capaces de obligar, mientras las segundas carecen de ese poder, pero lo adquieren en forma derivada. La ley es la única fuente directa e inmediata de cognición del derecho; las fuentes indirectas o mediatas son la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales”.¹¹

Celestino Porte Petit manifiesta que “las Fuentes reales o substanciales constituyen el material que va a dar origen o vida a las normas jurídico penales, dividiéndose aquélla en racionales (perennes) e históricas (variables)”.¹²

Continua apuntando el autor citado que “por fuentes de producción entendemos, al órgano que da vida a la norma jurídica penal”.¹³

Menciona el autor en referencia que “las fuentes de cognición, de conocimiento o formales, se entienden las formas como se manifiesta el propio derecho”.¹⁴

¹¹ Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa S.A., Tercera Edición pág.55

¹² Celestino Porte petit Candaudap, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal., Edit. Porrúa S.A., Quinta Edición. pág 100

¹³ Idem. pág. 100

¹⁴ Idem. pág. 100

1.2) FUENTES FORMALES

En este inciso toca analizar el estudio de las fuentes formales del Derecho Penal, según los siguientes doctrinarios. Fernando Castellanos, Raul Carranca y Trujillo, Federico Puig. Peña, Francisco Pavon Vasconcelos y Celestino Porte Petit.

Fernando Castellanos sigue diciendo que “por fuentes formales se entiende el proceso histórico de manifestaciones de las normas jurídicas; Son aquellos procedimientos mediante los cuales se concreta la regla jurídica y se señala su fuerza obligatoria; en otras palabras, son los modos por los cuales se nos hacen palpables las normas jurídicas”.¹⁵

Menciona el autor citado que “las fuentes formales son: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Y a su vez cita a García Máñez quien hace notar que la ley no es fuente formal del Derecho, por ser producto de la legislación, no obstante Castellanos considera a la ley como fuente formal del Derecho, pues mediante ella se nos manifiesta el orden jurídico y tradicionalmente se le a tenido como la fuente por excelencia”.¹⁶

Continúa apuntando el autor Castellanos que “ la ley es una norma emanada del poder público, general, abstracta y permanente, provista de una sanción. Es una regla obligatoria por imponerla el poder del estado y su observancia se asegura mediante sanciones. La ley (ordinaria) puede igualmente definirse como la norma obligatoria, general, abstracta y permanente, emanada del Estado”.¹⁷

Señala el doctrinario en referencia que “la costumbre está integrada por los usos que la colectividad considera obligatorios. Las costumbres son, pues, reglas sociales que se van transformando en derecho cuando quienes las practican les reconocen obligatoriedad, pero

¹⁵ Fernando Castellanos, Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit Porrua vigésima edición pág.76

¹⁶ Idem. pág. 76

¹⁷ Idem. Pág.76

para adquirir fuerza jurídica es menester que el Estado así lo declare, expresa o tacitamente, mediante una disposición al respecto; por ello para Castellanos quedan supeditadas a la ley misma”.¹⁸

En cuanto a la jurisprudencia menciona el autor Fernando Castellanos “se constituye por el conjunto de principios contenidos en las resoluciones de los tribunales”.¹⁹

Para el autor mencionado con anterioridad nos dice que, la doctrina “está formada por todos los estudios jurídicos llevados al cabo por los hombres de ciencia. Sólo es fuente formal del derecho cuando así lo establece la ley; de lo contrario señala que únicamente sirve de guía a los jueces al interpretar las normas positivas, sin que pueda ser invocada para exigir su necesaria observancia, por carecer de fuerza obligatoria”.²⁰

Señala Fernando Castellanos que “aplicando las anteriores ideas al campo del Derecho Penal, debe concluirse que sólo es fuente del mismo, directa inmediata y principal, la ley. Las costumbres no pueden ser fuentes del derecho Penal en ningún sistema de tipo liberal y menos en el nuestro, por que la Constitución, en su artículo 14, establece la prohibición terminantemente de imponer pena alguna por simple analogía o a ún por mayoría de razón si no esta decretado por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate; luego para la existencia del delito se requiere una ley que lo establezca”.²¹

Menciona el autor multicitado que “la jurisprudencia, según nuestra ley de Amparo, solo es obligatoria si emana de la Suprema Corte de Justicia de la nación, o de los Tribunales Colegiados de Circuito. Se forma mediante cinco ejecutorias en el mismo sentido y no interrumpidas por una en contrario, precisándose, además, que cada ejecutoria haya sido aprobada por lo menos por cuatro ministros tratándose de las salas y por catorce, si emana del pleno. La de los Tribunales Colegiados de Circuito obligan cuando existe también cinco ejecutorias en el mismo

¹⁸ Ob. Cit. pág. 77

¹⁹ Idem. pág. 77

²⁰ Idem. pág. 77

²¹ Idem. pág. 77

sentido sin una en contrario y que hayan sido aprobadas por unanimidad de los tres Magistrados integrantes de cada tribunal. Nótese cómo la ley de Amparo a restringido alcance a la jurisprudencia: únicamente se refiere a la derivada de la Suprema Corte y de los Tribunales Colegiados de Circuito y no a las decisiones de los demás jurisdiccionales”.²²

Continua diciendo el autor referido que “la jurisprudencia no constituye propiamente una fuente formal del Derecho Penal; a pesar de su obligatoriedad, es una simple interpretación de los preceptos legales en vigor; viene a ser la ley misma; la corte solo desentraña el sentido de las normas jurídicas, para afirmar que dicen tal o cual cosa según nuestro sistema constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación es la genuina interprete de las leyes, al corresponderle determinar su sentido. La ley es como una tabula rasa, expresa lo que según la Suprema Corte dice; luego la jurisprudencia no viene a ser sino un medio de desentrañar el sentido de la propia ley y por ende a elle equivale. Si la jurisprudencia no puede ser fuente formal del Derecho Penal, menos aún la doctrina, a la cual ni siquiera se le reconoce el carácter de fuente del Derecho en general, solo que la ley se lo confiere. Como en materia penal no puede aplicarse pena alguna sin establecerla la ley”.²³

Castellanos señala que “ la Ley como fuente única. La garantía de legalidad, dicen los tratadistas, se conquistó por primera vez en Inglaterra con la Carta Magna expedida por Juan sin tierra en 1215, en donde se prohibió la imposición de penas sin previo juicio legal. Mucho tiempo después Cesar Bonnesana, Marquez de Boccaria, escribió que solo las leyes pueden decretar las penas por los delitos y éstos ser establecidos por el legislador. A pesar de ello, fue en declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a raíz de la Revolución Francesa, donde quedó definitivamente plasmado el principio legalidad aludido, estableciéndose que nadie debía ser castigado sino a virtud de una ley anterior al delito, la cual se aplicaría según el procedimiento legal; nadie podía ser acusado, arrestado ni preso, sino en tiempo después César Bonnesana, Marqués de boccaria, escribió que solo las leyes

²² Ob. Cit. pág. 78

²³ Ob. Cit. pág. 79

pueden decretar las penas por los delitos y éstos ser establecidos por el legislador. A pesar de ello, fue en Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a raíz de la Revolución Francesa, donde quedó definitivamente plasmado el principio de legalidad aludido, estableciéndose que nadie debía ser castigado sino a virtud de una ley anterior al delito, la cual se aplicaría según el procedimiento legal; nadie podía ser acusado, arrestado ni preso, sino en los casos previstos por las leyes. Desde entonces estos principios han sido casi universalmente aceptados”.²⁴

Menciona Castellanos que “el derecho a castigar del Estado encuéntrase, pues, limitado por la ley penal, fuente única del derecho represivo, verdadera garantía para el delincuente, quien no puede verse sancionado por actos que la ley, de manera expresa, no haya previsto como delictuoso”.²⁵

Señala el doctrinario en referencia que “los dogmas penales en torno a las ideas liberales de estricta legalidad, que constituyen verdaderas garantías para la persona humana, se han establecido diversos principios; el clásico y mas importante dice: nullum crimen, nulla poena sine lege; es decir, no hay crimen sin ley y tampoco hay pena sin ley; de ahí se deriva que la pena sólo puede aplicarse a consecuencia del delito y aquélla y éste únicamente encuentran su origen en la ley. Esta máxima, a pesar de su vestimenta latina, no proviene directamente del Derecho romano; se debe a Feuerbach (1775-1833), pero el principio de legalidad que encierra posee antiguos antecedentes. Ya Santo Tomás de Aquino, después de afirmar cómo la justicia, declara que la ley debe señalar todos los casos que es preciso juzgar y dejar muy escaso lugar en este aspecto a la iniciativa de los jueces. La iglesia católica, por boca del Papa Pío XII en el mensaje de navidad de 1943, afirmó la necesidad de mantener intacto el principio de legalidad”.²⁶

Señala en su libro el autor referido que en “los tiempos que corren se han dado casos de legislaciones contrarias a las ideas anotadas.

²⁴ Ob. Cit. pág. 80

²⁵ Idem. pág. 80

²⁶ Idem. pág. 80

En Rusia se expidió un Código en donde se permitía la aplicación analógica de la ley penal. Además del principio ya apuntado, existen otros, como *nemo iudex sine lege*, para significar que ningún Juez puede tener autoridad o jurisdicción no derivados de la ley; *non bis in idem*, con lo cual se expresa que nadie debe ser juzgado dos veces por el mismo delito”.²⁷

Las fuentes penales en el Derecho Positivo Mexicano señala el autor Castellanos que “sólo la ley es fuente del Derecho Penal, no debe interpretarse en el sentido que sería erróneo de identificar la ley penal con el código penal, el cual sin duda alguna, constituye la más importante y más tica ley penal, pero no la única. Al lado del código penal de 1931, para el Distrito Federal, existen múltiples disposiciones penales en otros cuerpos legislativos; por eso el artículo 6 del propio ordenamiento preceptúan “ Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero si en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del libro segundo. Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general”.²⁸

Asimismo señala el autor citado que “conforme a nuestra Constitución Federal (art. 14), nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, en el que cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. El mismo precepto establece, en materia criminal, la prohibición de imponer pena alguna por simple analogía o aún por mayoría de razón, si no esta decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate. Por su parte, el artículo 7 del Código Penal declara: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”.²⁹

²⁷ Ob. Cit. pág. 81

²⁸ Idem. pág. 81

²⁹ Ob. Cit. pág. 82

Raul Carranca y Trujillo en su obra citada con anterioridad señala que “el artículo 14 párr. 3 const. Erige en suprema prohibición la de imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón en los juicios del orden criminal, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata; y es delito el acto u omisión que sancionan las leyes (art 7 c.p.). En consecuencia, no hay delito no pena sin ley y es la ley la fuente única de nuestro Derecho Penal. La prohibición constitucional se refiere tan solo o que ninguna acción pueda ser erigida en delito después de ejecutada, mas no a que la pena establecida no pueda ser modificada a posteriori, caso que sí está admitida por el mismo art. 14 Const. si con ello se beneficia al enjuiciado; a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna (párr. 1). Este principio lo desarrollan los art. 56 C. P. aplicación de la ley posterior que disminuya la sanción o que quite al hecho u omisión el carácter de delito”.³⁰

Menciona el autor Carranca que “la conquista de estos principios la logró Inglaterra cuya Magna Carta del rey Juan (1215), firmada en la pradera de Runnymede por Windsor y el rebelde Starnes, en su art. 39 prohibió la imposición si no era perlegable iudicium, recogiendo así los elementos básicos del habeas corpus: “ Ningun hombre libre será apisionado ni desterrado ni de ninguna manera destruido, si no es mediante juicios legales de sus pares y de acuerdo con la ley del país”.³¹

Apunta el doctrinario citado con anterioridad que “el limite del jus puniendi es la ley penal de donde la ley también es fuente de medida de un derecho subjetivo del delincuente por cuanto le garantiza, frente al estado, el no ser sancionado por acciones diversas de aquellas que la ley establece y con penas diversas también. La ley penal es, así “ La Carta Magna del delincuente”. Por esto mismo han sido establecidos cierto cánones que consagran tales garantías emanadas de la ley. Son, a saber: No hay delito sin ley que lo formule previamente: (arts. 14 parr. 3 const. y 7 c.p.). Es una consecuencia que queda prohibida la

³⁰ Raúl Carranca y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, edit. Porrúa S.A. Décimo Cuarta Edición pág. 168

³¹ Idem. pág. 168

investigación misma relativa a todos aquellos hechos que son ineliminables. No puede aplicarse pena que no esté establecida por la ley; no puede aplicarse pena sino a consecuencia de delito:

Nadie puede ser sometido a un juez que no derive su jurisdicción de la ley. En consecuencia el órgano jurisdiccional tiene que funcionar legalmente, ha de ser el que por ley deba conocer del delito y la competencia en relación con éste no puede ser reconocida a tribunales extraordinarios. El art. 13 const. comienza así: Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales, y aunque el propio precepto sigue diciendo, con redacción técnicamente infortunada, que subsiste el fuero de guerra o sea la jurisdicción militar para los delitos y faltas del orden militar, los tribunales militares no son especiales para los efectos de la prohibición constitucional por cuanto no son tribunales por comisión, prohibidos sino por competencia y jurisdicción, admitidos”.³²

Por último, señala el doctrinario referido que “la forma de ejecución de la pena debe estar previamente establecida por la ley. Sin este corolario el principio de que no hay pena sin previa ley quedaría incompleto por las autoridades a que la ejecución pudiera dar lugar. Los art. 575 y 582 c.c.p., disponen en consecuencia, que las sentencias se cumplirán estrictamente y tal como la pena haya sido fijada en ellas. Cuando se dice *nulla poena sine lege* no debe entenderse que sea la ley la creadora de los delitos, pues todo lo que ella hace es reconocer su existencia, como dice Binding, y fijar la correlativa sanción; el delito es la violación de una norma que está más allá de la ley. En la ley penal debe distinguirse entre la norma (orden o prohibición) y la sanción que la acompaña para hacerla eficaz. Así el principio “se prohíbe matar” está reconocido en los art. 302 y 307 c.p. que define al homicidio y lo sanciona. Pero es incuestionable que toca a la ley sola el fijar los tipos delictivos y las sanciones. Binding. Ha concluido de esto que no hay delito sin tipicidad o sea sin hecho de que la vida real encaje dentro de una de las fórmulas descriptivas de la parte especial de los códigos donde se definen y catalogan los delitos. Por su parte el autor cita a Carranca y Trujillo quien encuentra que la tipicidad es la conformidad de una conducta con la hipótesis delictiva consignada en la ley penal; hipótesis

³² Ob. Cit. pág. 169

tipo del delito o “cuerpo del delito”, según la denominación impuesta por la constitución que está integrada por elementos objetivos, normativos y subjetivos. En consecuencia sólo podría ser delictiva la acción que encaje en el tipo; ninguna acción será, por tanto, delictiva si no está prevista en la ley penal como típica; bajo la sanción penal sólo caerán las conductas ajustadas a los tipos exhaustivamente formulados en la ley, aunque otras acciones puedan ser reprobables éticamente o en vista de las costumbres de un país. De aquí podría concluirse formulando en nuestro dogma: no hay delito sin tipicidad”.³³

Sostiene Raul Carranca que “la costumbre no tiene eficacia ni para crear ni para integrar ni para derogar normas penales; pero por el contrario se admite que, si como creadora de derecho no tiene eficacia, sí la tiene derogadora: mediante el derecho consuetudinario se transforman las normas relativas a la propiedad y a la posesión, tales transformaciones deben influir sobre los conceptos penales del hurto, del daño etc. .En nuestro derecho señala el autor que, no tiene la costumbre ningún valor como fuente; a lo sumo es auxiliar para la interpretación de la ley”.³⁴

Menciona el maestro citado que “en nuestro derecho la equidad tampoco es fuente, si bien se le acoge en cierto modo para la fijación individual de las sanciones por cuanto se dispone que el juez valorará los motivos determinantes del delito”.³⁵

La jurisprudencia y la doctrina no son fuente del derecho penal señala Raul Carranca, “si bien permite la primera conocer los aciertos y los errores del ordenamiento positivo promoviendo su reforma; la segunda ilumina la interpretación de la ley, ya que la opinión o cotum facilita la inteligencia del sentido profundo de las normas”.³⁶

En cuanto a los principios generales en materia penal señala el autor multicitado que “sólo auxilian a la interpretación, al igual que la

³³ Ob. Cit. pág. 172

³⁴ Ob. Cit. pág. 174

³⁵ Idem. pág. 174

³⁶ Ob. Cit. pág. 175

equidad, dado el carácter de estricta legalidad que en materia penal mantiene el art'14 const. al decir: Ley exactamente aplicable al delito de que se trate. Sin embargo, también al igual que la equidad, el juzgador debe tener presente los principios generales para cuando haya de entrar en función su arbitrio al establecer la pena".³⁷

El doctrinario referido menciona que "la interpretación de la ley, no es otra cosa que desentrañar el sentido de una cosa, y si la ley es confusa, interpretarla será aclarar su sentido y si es clara será entender su contenido para adecuarla al caso específico en cuestión refiere el precepto abstracto a la vida real a que se aplica. Se distinguen tres clases de interpretación según el sujeto: doctrinal, auténtica y judicial. La primera, operando mediante la investigación de los juristas, no tiene por sí influencia sino a través de las otras dos. En cuanto a la auténtica o hecha por el mismo legislador, única obligatoria entre todas por cuanto se sustenta en el dogma penal; de la simultánea da ejemplo la definición de "lesiones" contenida en el art. 288 c.p.. Por último sobre la interpretación judicial, que funciona al aplicar la ley, concretamente el juzgador, puede ser, lo mismo que la doctrina, falsa o verdadera y no caben con relación a ella ni severidad ni benignidad, que se refieren a las facultades arbitrales del juez y no a la interpretación de la ley, Sólo es obligatoria la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación".³⁸

En cuanto a la analogía señala el autor antes mencionado que "otras legislaciones extranjeras admiten en materia civil y que más que problemas de interpretación se ha dicho que lo es de licitud o de ilicitud de la aplicación de la ley penal en casos no previstos por ella, cabe diferenciar, sin embargo, entre el procedimiento analógico y la interpretación analógica. En el primero se reconoce como delito lo que no está señalado con el tipo; se olvida de la ley; por su parte la interpretación afirma la ley misma. La doctrina ha sostenido que debe admitirse la aplicación analógica de la ley cuando se trata de causa justificación, excusas absolutorias o circunstancias atenuantes, si los

³⁷ Idem. pág. 175

³⁸ Ob. Cit. pág. 176

motivos han sobrepasado a los límites previstos por la misma ley, lo que no sería sino interpretación extensiva y favorable. En las legislaciones totalitarias el procedimiento analógico ya ha sido reconocido”.³⁹

Nos dice el autor en cuestión que “el principio de estricta legalidad penal, base del *nullum crimen nulla poena sine lege*, aunque muy combatido por los que niegan el derecho liberal, debe mantenerse no obstante la indefensión social que en ocasiones pueda significar: pues sólo él garantiza a libertad humana frente a las arbitrariedades del poder, que en la aplicación analógica de la ley penal ha encontrado un instrumento de represión dirigido contra los adversarios políticos”.⁴⁰

Por lo que hace a nuestro derecho, nos dice el autor citado que “la Constitución prohíbe la interpretación analógica de la ley penal consignando que no es válida, como tampoco lo es por mayoría de razón (art. 14 parr. 3 const.) . Pero es claro que fundándose la prohibición en el dogma *nullum crimen nulla poena sine lege*, que resultaría negado de concederse al juez la facultad de crear delitos no tipificados legalmente, la prohibición constitucional sólo regirá para la interpretación judicial, mas no para la auténtica. En efecto, el propio legislador penal acude a la analogía cuando, asimila el abuso de confianza”.⁴¹

Resumiendo para Raúl Carranca y Trujillo “las fuentes objetivas e inmediatas de Derecho Penal Mexicano son: el Código Penal de 1931, con sus reformas, la Constitución y las leyes especiales y tratados internacionales en su parte relativa; la interpretación auténtica de estas leyes, también; los códigos penales y leyes especiales penales, locales, fuente mediata lo son las actas de la Comisión Redactora del c.p. aún aplicadas”.⁴²

Federico Puig Peña, señala que “las otras fuentes del Derecho, que acusan su presencia cuando se trata de cualquier otra materia jurídica, aparecen calladas y silenciosas en las cuestiones

³⁹ Ob. Cit. pág. 179

⁴⁰ Idem pág. 179

⁴¹ Ob. Cit. pág. 180

⁴² Idem. pág. 180

penales, no puede establecerse un delito en forma distinta de la ley; no puede aplicarse una pena sino en el quantum y en la forma determinada por la ley. La ley es la soberana en el derecho Penal; es su única fuente; su solo principio informador; a ella y nada más que a ella se puede acudir cuando se quiera sancionar un hecho susceptible de sanción penal”.⁴³

Meciona el autor señalado con anterioridad que “este principio no fue acogido ni por el Derecho Romano ni por el germanico, ni por el canónico. Solamente encontramos el primer antecedente próximo en el Derecho inglés, donde la Carta Magna de Juan Sin Tierra dada el año 1215 prohíbe la aplicación de penas a los hombres libres “nisi per légale indicium parium suorum vel legem terrae”. El principio aparece de nuevo en la declaración de derechos del hombre, de Filadelfia, del año 1774. El liberalismo penal ha llevado a su extremo esa tendencia a legalista haciendo del predominio absoluto de la ley una garantía constitucional”.⁴⁴

Continua apuntando el autor Federico Puig que “la ley es pues, la única fuente del Derecho Penal; las razones que han sostenido hasta el presente este axioma son las siguientes: Razones históricas, la máxima legalista surge a la vida como una reacción contra el arbitrio judicial particularmente desmedido durante el s. XVII. Como dice el señor C. Colon antes de la reforma penal que inicio becaria dominó en Europa el más desmedido arbitrio judicial; los jueces podían incriminar por sí mismo hechos no previstos en las leyes y aplicarles las penas que les parecieran convenientes. Los abusos fueron enormes y ese amplio arbitrio que solamente les había concedido con el animo de sustraer a los ciudadanos a penalidades que la conciencia popular rechazaba no se empleó sino en defensa de intereses personales o de clase”.⁴⁵

Dice el autor citado que “contra esta situación reacciona vivamente los iluministas, Voltarie, teniendo siempre a la vista su apasionada defensa de los derechos del hombre afirma que “ser libre

⁴³ Federico Puig Peña, Derecho Penal Paret General, Tomo I, Sexta edición, Edit. Revista de Derecho Privado Madrid. Pág. 79

⁴⁴ Ob. Cit. pág. 80

⁴⁵ Ob. Cit. pág. 81

significa no depender de nadie, nada más que la ley”. Montesquieu desde el ángulo de su famosa tesis de la división de poderes afirmaba que “este dogma no permitiría las intromisiones del juez en el campo legislativo” y Rousseau, con su doctrina del contrato, se apoyaba en el principio para cimentar la igualdad y la libertad. Desde el mismo plano contractualista, Beccaria sostenía que la primera consecuencia de esta doctrina es que sólo la ley puede decretar las penas contra los delitos, pues esta autoridad no puede residir sino en el legislador, que representa toda la sociedad unida por un contrato social”.⁴⁶

Señala el doctrinario mencionado con antelación que “la tesis positivista ha atacado el principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”. Por los positivistas, que no estiman necesaria esta garantía individual. Dentro de la escuela se le ataca desde diversos planos. O bien de habla por Ferri de que las definiciones de los delitos en particular son artificiales e inconcluyentes, o bien se dice por Fioretti que el delincuente no debe tener los “Derechos” del ciudadano o bien se afirma extremadamente por Garfalo que el individuo no representa más que una molécula dentro de la sociedad y no puede alegar derechos frente a ella. También se ha afirmado por algún penalista que el hacer depender el delito y la pena de la voluntad del legislador, éste puede seguir un criterio acertado o desacertado. El valor de este argumento, como dice S. Tejerina, es bien pequeño si el legislador de un país sigue efectivamente un criterio inmoral, es seguro que en toda la variedad de su poder seguiría análogo; es decir, será inmoral en la función ejecutiva, en la judicial, etc. y en tal caso, cuando menos por medio de las leyes, pone un límite a su inmoralidad y el ciudadano tiene alguna garantía frente a un gobierno tan poco digno, es decir, que siempre y en todo caso los dogmas penales actúan a modo de garantía frente al poder”.⁴⁷

En cuanto a la interpretación señala el autor referido que “es el descubrimiento y determinación del propio sentido de la norma al objeto de aplicarla a los casos concretos de la vida real. Las leyes no siempre se dictan con la suficiente claridad, sino que, por el contrario,

⁴⁶ Idem. pág. 81

⁴⁷ Ob. Cit. pág. 84

sucede con frecuencia que sus preceptos son vagos y oscuros y, por otra parte, aun en el caso de que los términos del precepto sean suficientemente claros”.⁴⁸

Federico Puig Peña, hace una clasificación de “la interpretación: autentica, usual y doctrinal. Interpretación autentica, esta es hecha por el mismo legislador, el legislador puede interpretar la ley o en el mismo texto de la misma. Interpretación usual, se entiende por tal la llevada a cabo por los tribunales en la aplicación del Derecho. Realmente es la más importante, pues que a los tribunales corresponde el poderío interpretativo. interpretación doctrinal, es la llevada a cabo por los juristas, manifestándose en dictámenes, tratados, etc.. Interpretación declarativa, es a aquella que supone paridad con la literal, supuesto que están acordes la letra de la ley y el espíritu del legislador”.⁴⁹

Menciona Federico Puig Peña que “los elementos de la interpretación son los siguientes: gramatical, lógico, histórico y sistemático. En el elemento gramatical hay que tener en cuenta si las palabras se han empleado por el legislador en su significación o en su aceptación jurídica. El elemento lógico busca el sentido de la ley, teniendo en cuenta su espíritu y finalidad, utilizando las reglas del razonamiento lógico. El elemento histórico tiene en cuenta las vicisitudes por las que atravesó la ley, así como los trabajos preparativos de la misma. El elemento sistemático tiende a desentrañar el sentido del precepto poniéndolo en relación, bien con el resto del ordenamiento jurídico”.⁵⁰

Analiza el autor citado que “en la esfera de aplicación de la norma penal un punto oscuro se presenta: la analogía. Esta ha sonado, hasta ahora la doctrina de los penalistas como palabra proscrita, y sus efectos no han podido penetrar en la parcela propia del Derecho punitivo. La analogía según la doctrina es la aplicación de la ley a las cosas no previstos. Tiene un estrecho parentesco con la interpretación extensiva, aunque substancialmente difiera de la misma y se divide comúnmente

⁴⁸ Ob. Cit. pág. 87

⁴⁹ Ob. Cit. pág. 89

⁵⁰ Ob. Cit. pág. 93

por los autores en la analogía legis analogía iuris. Se dice que existe la analogía legis cuando el caso semejante se encuentra comprendido en otro precepto similar y analogía iuris cuando ciertamente no existe esa otra norma semejante, pero puede obtenerse del derecho positivo estudiando en su conjunto, apareciendo así como preceptos hermanos que se desprenden de los principios generales que informan el sistema”.⁵¹

Asimismo menciona el doctrinario antes referido que “en cuanto a su historia, tenemos que las viejas legislaciones autorizaron la admisión de la misma, ejemplo de ello lo tenemos en el Derecho Romano, en donde los jueces podían, en ocasiones, castigar ad exemplum legis. En el derecho canónico etc.. La legislación española, en materia de analogía, se orienta en las determinaciones siguientes: 1- Por punto general domina el derecho Español la proscripción terminante de la analogía. Pues bien no existe una expresión legal explícita como la del Código de 1928, ello se infiere, sin embargo, de las declaraciones de los art. 1º y 2º del Código que “las leyes penales no admiten nunca interpretación analógica, pues “ en materia penal no puede extenderse el alcance de las prescripciones penales a casos no previstos por el legislador. 2- El legislador, sin embargo, ha autorizado en ocasiones la aplicación de la analogía. Ello ha tenido lugar en los siguientes supuestos: a) Cuando el legislador común, en algún supuesto especial describe conductas en un tipo amplísimo, como sucede en el Código Español, el cual, después de sancionar en los art. 528 y siguientes los diferentes engaños que integran la estafa, castiga en el art. 535 al que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se hallé expresando en los art. anteriores de esta sección. b) Cuando el legislador especial autoriza ampliamente la aplicación de la analogía. 3- la jurisprudencia ha hecho, en ocasiones, uso de la analogía. 4- Lo anterior se refiere al supuesto en que la analogía perjudique al reo. Cuando le bonifica, el mismo, legislador en ocasiones le autoriza, como por ejemplo, en la aplicación de los atenuantes por analogía. (art. 9º cir.10º)”.⁵²

⁵¹ Ob. Cit. pág. 94

⁵² Ob. Cit. pág. 99

Francisco Pavón Vasconcelos menciona anteriormente que “por fuentes de cognición entendemos las formas o modos por los cuales el derecho se manifiesta. En tal virtud, la ley constituye la única fuente de conocimiento del Derecho penal, ella es su exclusiva forma de expresión. Lo anterior encuentra fundamentación en el artículo 14 constitucional, párrafo segundo y tercero que prescriben: Nadie podrá ser privado de la vida, 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. En los juicios del, orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y a un por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Los párrafos transcritos consagran, como garantías individuales, los principios de proceso legal y de previa ley penal (nullum crimen, nulla poena, sine proevia lege poenali), que a su vez constituyen mandatos de legalidad dirigidos a las autoridades”.⁵³

Apunta el autor Vasconcelos que “la exigencia de una ley previa para calificar un hecho de delito y en consecuencia para fundamentar la pena, ha sido conocida con el nombre de principio de legalidad, de reserva o de exclusividad y se encuentra reconocido, como se ha visto, en el artículo 14 constitucional. Igualmente el Código penal del distrito y Territorios federales en vigor, aplicable en materia federal, lo reproduce al declarar en su artículo 7. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. De esta manera se confirma nuestra aseveración inicial de que la ley es la única fuente del Derecho Penal”.⁵⁴

Porte Petit nos dice que “con relación a las fuentes del Derecho Penal señala que, no hay uniformidad con relación al lugar que deben ocupar las fuentes del Derecho Penal en la sistemática de la Parte General del derecho Penal. Unos las colocan antes de la teoría de la Ley Penal, al final de la introducción, y otros, al principio de la teoría de la norma penal. La ubicación de las fuentes del Derecho Penal obedecerá

⁵³ Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa S.A., Tercera Edición pág. 58

⁵⁴ Ob. Cit. pág. 59

según se les considere como fuentes de producción o de cognición o de conocimiento. En el primer caso, pensamos deben colocarse inmediatamente antes de la teoría de la ley penal; en el segundo caso, deben situarse al principio de la teoría de la ley penal. Asimismo cita a Luis Jiménez de Asúa, quien nos dice que desde el momento en que se dice que la ley penal es la única fuente inmediata de producción del derecho punitivo y enfocamos su propio argumento, entonces entramos de lleno en la Dogmática y hemos salido de la mera introducción, y de este modo el estudio de las fuentes viene a ser el paso, sin tajante diferencia, entre la introducción y la parte general de la Dogmática Jurídica punitiva”.⁵⁵

Señala el doctrinario citado que, “con relación al Derecho penal al hablar de la fuentes, cambia totalmente el panorama, pues no son las mismas fuentes las del derecho Penal que las del derecho Civil, en virtud del principio de reserva, de legalidad, de positividad, o de concentración legislativa como suele llamársele indistintamente”.⁵⁶

Dice el autor antes mencionado que “la fuente del Derecho Penal, lo es solamente la ley penal. Su exclusividad como fuente, deriva del mandato constitucional, contenido en el artículo 14, párrafo 2º. Y 3º., así como del artículo 7º. Del Código penal, que establecen respectivamente: nadie podrá ser privado de la vida, 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 (artículo 14 Constitucional, párrafo 2º). En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y a un por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate. (Artículo 14 Constitucional párrafo 3º.). Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales (artículo 7 del Código Penal). Resumiendo, diremos que no hay más fuente que la ley, y solamente se puede

⁵⁵ Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Edit. Porrúa S.A.:., Quinta Edición, pág. 102

⁵⁶ Ob. Cit. pág. 103

considerar delito o pena lo que la ley expresamente determina como tales”.⁵⁷

Asimismo menciona el autor Porte Petit que, “El artículo 73 de la Constitución General de la República en la fracción XXI, determina que el Congreso tiene facultad, para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deben imponerse, y en la fracción Vi, del mismo artículo establece: Para legislar en todo lo relativo al Distrito y territorios Federales. El artículo 49 de la Constitución General de la república, en el párrafo final preceptúa, que no podrán reunirse dos o más de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un individuo salvo el caso de facultades extraordinarias al ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131 se otorgarán facilidades extraordinarias para legislar, y el artículo 29, dispone que en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el presidente de la República Mexicana, de acuerdo con el Consejo de ministros y con aprobación del Congreso de la Unión y en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país, o en lugar determinado, las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente, a la situación pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo, y si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estimare necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, y si la suspensión se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde”.⁵⁸

Celestino Porte señala que “por leyes penales especiales debemos entender aquella legislación que regula una materia penal de carácter especial, o bien las normas penales que formando parte de ordenamientos de índole no penal reglamentan igualmente materias penales, particulares. Las normas contenidas en el Código Penal, como

⁵⁷ Idem. pág. 103

⁵⁸ Ob. Cit. pág. 104

ordenamiento jurídico, se refieren a los elementos del derecho Penal, pero al lado de éste existen las leyes penales especiales, las cuales cuando son numerosas, dan lugar a que se piense que un Código Penal rodeado de muchas leyes especiales, crea una situación sui generis, porque entonces, se dice que la ley reina pero no gobierna. Nuestro Código Penal en el artículo 6°. Se refiere a la ley especial, al establecer que cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial, se aplicará ésta, observando las disposiciones conducentes de este Código”.⁵⁹

⁵⁹ Ob. Cit. pág. 106

1.3) FUENTES HISTORICAS

En cuanto a las fuentes históricas, pocos son los autores que se refieren a estas como tales, por lo que mencionaremos lo que nos dicen los siguientes autores. Fernando Castellanos y Sergio Garcia Ramirez.

Fernando castellanos apunta que “por fuentes históricas son los medios materiales que nos permiten conocer el derecho vigente en el pasado y consisten en los libros, documentos, papiros inscripciones etc.. siempre y cuando contengan el texto de la ley”.⁶⁰

Sergio Garcia Ramirez menciona que “ son los elementos que determinan el contenido de las normas jurídicas; y define a las fuentes históricas como los documentos (inscripciones, papiros, libros, etc.), que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes”.⁶¹

Asimismo menciona el autor referido que “ la interpretación es un proceso de indagación, de búsqueda del sentido de una cosa; en el supuesto que nos interesa, de exploración del significado de una ley. Toda norma, sea o no penal, esta sujeta a interpretación, esto es, a fijación de su verdadero sentido, tarea que a veces es fácil y que en ocasiones resulta excepcionalmente complicada. Para esta función, los criterios interpretativos son varios. Se toman en cuenta el órgano que interpreta, la fuente de que se parte, la extensión de la exégesis y el interés por el que se opta”.⁶²

Continua apuntando el autor citado que “ en cuanto al órgano la interpretación puede ser auténtica, es decir, procedente del mismo órgano que crea la ley oscura, del órgano legislativo. Aquí la norma interpretativa, que suele ser un precepto definitorio, tiene la misma jerarquía del mandato interpretado. Se hace interpretación judicial

⁶⁰ Fernando Castellanos, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Edt. Porrúa S:A.,, Vigésima Edición, pág. 76

⁶¹ Sergio García Ramírez, Curso de Derecho Procesal penal, Edit. Porrúa S.A.,, Primera Edición, pág. 56

⁶² Ob. Cit. pág. 60

cuando es el juzgador quien determina, a través de sus pronunciamientos, el valor y el alcance de la norma. En este supuesto, la interpretación sólo tendrá eficacia por lo que toca al litigio concreto ante el que se produce. Empero, puede tenerla mucho más amplia cuando se llega, formalmente, a la jurisprudencia de obligatoria observancia para diversos órganos jurisdiccionales”.⁶³

Con relación a la investigación hecha con anterioridad y de acuerdo a lo que manifiestan cada uno de los autores aquí citados, podemos concluir que la única fuente de Derecho Penal es la ley. Ella es su exclusiva forma de expresión.

⁶³ Ob. Cit. pág. 51

CAPITULO II

EL CONTRABANDO. SU REGULACIÓN LEGAL

2.1) COEXISTENCIA DE JURISDICCIONES

De acuerdo con la legislación mexicana, existen diferencias entre los delitos y las infracciones, lo que puede verse al analizar diversos preceptos, tanto de la Constitución General de la República, como de los Códigos Penal y Fiscal.

Constitucionalmente se distinguen claramente estas figuras.

La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial de acuerdo a los Artículos 21 y 102 de la Constitución, distinguiéndose entre delitos del orden común y delitos federales, asimismo El artículo 73 fracción XXI de la Constitución, faculta al Congreso de la Unión para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deben imponerse, por otra parte se menciona que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Artículo 21 de la Constitución, en el mismo precepto constitucional señala que compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas: pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiere impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas. Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Así mismo se manifiesta que no se considerará como 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 impuesto o multas. Artículo 22 Constitucional.

Otros aspectos de la Constitución complementan los artículos antes citados, por ejemplo, el artículo 23 ordena que ningún juicio

criminal deberá tener mas de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.

Código Penal Federal

El Código Penal Federal en su Artículo 7, define al delito en estos términos: “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. Con este mismo criterio podríamos definir la infracción administrativa diciendo que es el acto u omisión que definen las leyes administrativas y que no son consideradas como delitos por la legislación penal. Asimismo el Artículo 6 del Código Penal menciona que, “Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero si en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México , se aplicaran éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo.

Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.”⁶⁴ Como lo menciona Serra Rojas en su obra Derecho Administrativo.

Además de lo anterior, cabe señalar lo que indica el artículo 70 del Código Fiscal de la Federación vigente.

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

Otro artículo que sirve para observar la separación y coexistencia de las jurisdicciones judicial penal y administrativa, es el 94 del mismo ordenamiento que a la letra dice:

⁶⁴ Serra Rojas, Andrés. Derecho administrativo, 4ª. Edición, Porrúa. México, 1968, Tomo II, pág. 1128

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

De acuerdo con este orden de ideas, la legislación mexicana prevee la posibilidad de que un hecho sea considerado como infracción y como delito, de ahí que sea necesario recurrir tanto a la Ley Aduanera como al Código Fiscal de la Federación, para conocer las conductas que se tipifican como infracción y como delito en relación al Contrabando, para agotar el objeto de este capítulo, que es observar la forma en que esta regulado el ilícito en cuestión.

2.2) EL CONTRABANDO COMO DELITO

Las formas de comisión del delito de contrabando, las encontramos en el Código Fiscal de la Federación, bajo los siguientes artículos:

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

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

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

III.- De importación o exportación prohibida.

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

Artículo 103.- “Se presume cometido el delito de contrabando, cuando:

I.- Se descubran mercancías extranjeras dentro de los lugares y zonas de inspección y vigilancia permanente, sin los documentos que acrediten su legal tenencia, transporte, manejo o estancia en el país.

II.- Se encuentren vehículos extranjeros fuera de una zona de veinte kilómetros en cualquier dirección contados en línea recta a partir de los límites extremos de la zona urbana de la población fronterizas, sin la documentación a que se refiere la fracción anterior,

III.- No se justifiquen los faltantes o sobrantes de mercancías que resulten al efectuarse la descarga de los medios de transporte, respecto de las consignadas en los manifiestos o guías de carga.

IV.- Se descarguen subrepticamente mercancías extranjeras en los medios de transporte, aún cuando sean de rancho, abastecimiento o uso económico.

V.- Se descubran mercancías extranjeras en tráfico de altura a bordo de embarcaciones en aguas territoriales sin estar documentadas.

VI.- Se descubran mercancías extranjeras a bordo de una embarcación en tráfico mixto, si documentación alguna.

VII.- Se encuentren mercancías extranjeras en una embarcación destinada exclusivamente al tráfico de cabotaje, que no llegue a su destino o que haya tocado puerto extranjero antes de su arribo.

VIII.- No se justifique el faltante de mercancías nacionales embarcadas para tráfico de cabotaje.

IX.- Una aeronave de mercancías extranjeras aterrice en lugar no autorizado para el tráfico internacional.”

El artículo 104 del mismo código apunta las sanciones privativas de libertad a que se hace acreedor el sujeto activo del delito, con lo que la regulación del contrabando como delito debe quedar completa; sin embargo, el artículo 105 establece otra figura delictiva que para efectos de la sanción es equiparada al delito en comento, al decir:

“Será sancionado con las mismas penas del contrabando, quien:

I.- Adquiera mercancía extranjera que no sea para su uso personal, la enajene o comercie con ella, sin la documentación que compruebe su legal estancia en el país, o sin el permiso previo de la

autoridad federal competente, o sin marbetes o precintos tratándose de envases o recipientes, según corresponda, que contengan bebidas alcohólicas.

II.- tenga en su poder por cualquier título, mercancías extranjeras que no sean para su uso personal, sin la documentación o sin el permiso previo de la autoridad federal competente a que se refiere la fracción anterior, o sin marbetes o precintos tratándose de envases o recipientes, según corresponda, que contengan bebidas alcohólicas.

III.- Ampare con documentación o factura auténtica mercancía extranjera distinta de la que cubre la documentación expedida.

IV.- Tenga mercancías extranjeras de tráfico prohibido.

V.- En su carácter de funcionario o empleado público de la Federación, de los Estados, del Distrito Federal, o de Municipios, autorice la internación del algún vehículo, proporcione documentos o placas para su circulación, otorgue matrícula o abanderamiento, cuando la importación del propio vehículo se haya efectuado sin el permiso previo de la autoridad federal competente.

VI.- Tenga en su poder algún vehículo de procedencia extranjera sin comprobar su legal importación o estancia en el país, o sin previa autorización legal, en el caso de automóviles y camiones cuando se trate de modelos correspondientes a los últimos cinco años.

VII.- Enajene o adquiera por cualquier título sin autorización legal, vehículos importados temporalmente.

VIII.- Enajene o adquiera por cualquier título vehículos importados definitivamente para transitar en zonas libres o franjas fronterizas, o provisionalmente para circular en las citadas franjas fronterizas, si el adquirente no reside en dichas zonas o franjas”.

Y para aclarar las primeras fracciones de este artículo, en el artículo siguiente (en este caso 196), establece que se entiende por mercancías de uso personal.

2.3) EL CONTRABANDO COMO INFRACCION

Por otra parte, con el objeto de conocer la figura del contrabando en su doble aspecto, es menester transcribir algunos preceptos de la Ley Aduanera que regula esta transgresión como infracción administrativa.

Artículo 176.- Comete las infracciones relacionadas con la importación o exportación, quien introduzca al país o extraiga de él mercancías, en cualquiera de los siguientes casos:

I.- Omitiendo el pago total o parcial de los impuestos al comercio exterior;

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

III.- Cuando su importación o exportación este prohibida.

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

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

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

Artículo 177.- Se presume cometida la infracción cuando:

I.- Se descarguen subrepticamente mercancías extranjeras de los medios de transporte, aún cuando sean de rancho o abastecimiento.

II.- Una aeronave con mercancías extranjeras aterrice en lugar no autorizado para el tráfico internacional, salvo caso de fuerza mayor;

III.-....

IV.- Se introduzcan o extraigan del país mercancías ocultas o con artificio tal que su naturaleza pueda pasar inadvertida, si su importación o exportación esta prohibida o restringida o por la misma deban pagarse los impuestos al comercio exterior y,

V.- Se introduzcan al país mercancías o las extraigan del mismo por lugar no autorizado.

VI.- Se encuentren en la franja o región fronteriza del país , mercancías que en los términos de la fracción XX del artículo 144 de esta ley, deban llevar marbetes o sellos y no los tengan;

VII.- Se encuentren fuera de la franja o región fronteriza del país mercancías que lleven los marbetes o sellos a que se refiere la fracción XX del artículo 144 de esta ley.

VIII.-.....

IX.- Se exhiban para su venta mercancías extranjeras sin estar importadas definitivamente o sujetas al régimen de depósito fiscal, con excepción de las muestras o muestrarios destinados a dar a conocer mercancías que se hubieran importado temporalmente;

X.- Las mercancías extranjeras destinadas al régimen de depósito fiscal no arriben en el plazo autorizado al almacén general de depósito o a los locales autorizados.

Artículo 178.- Se aplicarán las siguientes sanciones a quien cometa las infracciones establecidas por el artículo 176 de esta ley:

I.- Multa del 130% al 150% de los impuestos al comercio exterior omitidos, cuando no se haya cubierto lo que correspondía a pagar.

Quando la infracción a que se refiere esta fracción sea cometida por pasajeros, se impondrá una multa del 80% al 120% del valor comercial de las mercancías, salvo que se haya ejercido la opción a que se refiere la fracción I del artículo 50 de esta ley, en cuyo caso, la multa será del 70% al 100% de dicho valor comercial;

II.- Multa de \$ 2,000.00 a \$ 5,000.00 cuando no se haya obtenido el permiso de autoridad competente, tratándose de vehículos;

III.- Multa del 70% al 100% del valor comercial de las mercancías, cuando su importación o exportación esté prohibida o cuando las maquiladoras y empresas con programa autorizado por la Secretaría de Economía realice las importaciones temporales a que se refiere la fracción III;

Artículo 179.- Las sanciones establecidas por el artículo 178 antes citado también se aplicarán a quien enajene, comercie adquiera o tenga en su poder por cualquier título mercancía extranjera, sin comprobar su legal estancia en el país.

No se aplicarán sanciones por la infracción a que se refiere el párrafo anterior, en lo que toca a adquisición o tenencia tratándose de mercancía de uso personal del infractor. Se consideran como tales:

I.- Alimentos y bebidas que consuma y ropa con la que se vista;

II.- Cosméticos, productos sanitarios y de aseo, lociones, perfumes y medicamentos que utilice;

III.- Artículos domésticos para su casa habitación.

Artículo 196.- Se considera cometida una sola infracción cuando en diversos actos se introduzcan o extraigan del país mercancías presentándolas desmontadas o en partes, en los siguientes casos:

I.- Cuando la importación o la exportación de las mercancías consideradas como un todo requiera permiso de autoridad competente y la de las partes individualmente no lo requiera, y

II.- Cuando los impuestos al comercio exterior que deban pagarse por la importación o exportación y, en su caso de las cuotas compensatorias por la importación de la mercancía completa, sean superiores a la suma de las que deban pagarse por la importación o exportación separada de las partes, o cuando por éstas no se pague impuesto al comercio exterior o cuotas compensatorias.

Se considera que se comete una sola infracción, aún cuando la importación o exportación separada de las partes o de algunas de ellas constituyan por sí misma infracción.

Artículo 197.- Cuando dos o mas personas introduzcan al país o extraigan de él mercancías de manera ilegal se observarán las reglas siguientes.

I.- Si pueden determinarse las mercancías que cada uno introdujo o extrajo, se aplicarán individualmente las sanciones que correspondan a cada quien, y

II.- En caso contrario, se aplicara la sanción que corresponda a la infracción cometida por la totalidad de las mercancías y todos responderán solidariamente.

Como puede observarse, varios de los numerales de la Ley Aduanera contienen una similitud con los del Código Fiscal de la Federación, dando lugar a una dualidad de consideraciones de una conducta, al ser sancionado el ilícito de contrabando como infracción en materia administrativa y como delito en materia penal.

2.4) ARTICULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN

La dualidad que se ha dejado sentada con respecto a esta figura, ha provocado discusiones entre algunos juristas, que consideran que se transgrede lo establecido por nuestra Carta Fundamental en su parte dogmática, específicamente lo que señala el artículo 23 constitucional, que a la letra dice:

“ Ningún juicio criminal deberá tener mas de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibido la práctica de absolver de la instancia.”

Este precepto establece el principio de non bis in idem, conocido también como el de unicidad de las sentencias, expresión de los anhelos del pueblo por lo que a la seguridad jurídica se refiere.

Sin embargo y no obstante su importancia, ha sido poco estudiado por los abogados especialistas en el Derecho Constitucional, y, aunque la mayoría la enuncia en su obra, hacen un análisis superficial, como podemos verlo en el del Doctor José R. Padilla, quien al hacer el estudio de esta garantía expresa:

“ A) La garantía de que ningún juicio criminal deberá tener mas de tres instancias, acabó con los procesos interminables.

B) El hecho de que nadie pueda ser juzgado dos veces por el mismo delito, representa un estado de seguridad para quien obtenga una sentencia condenatoria o absolutoria.

C) La prohibición de absolver de la instancia reside en que todo proceso penal debe terminar con una sentencia, sea absolutoria o condenatoria, en vez de dejar abierto el juicio hasta que aparezca nuevos o mejores datos como ocurría antaño.”⁶⁵

Esto sirve para mostrar que bibliografía profunda al respecto hay poca, y al mismo tiempo para pedir a los juristas, desde esta modesta tribuna, que se apliquen al estudio de la garantía señalada pues es, en mucho, la base del orden en que pueda vivir la sociedad.

En efecto, pocos son los textos a los que se puede acudir, pero es que tampoco la memoria del debate de este artículo en el constituyente de Venustiano Carranza, y en la vigésimo novena Sesión Ordinaria celebrada el 4 de enero de 1917, se leyó el siguiente dictamen:

“Ciudadanos diputados:

El artículo 23 del Proyecto de Constitución contiene los mismos preceptos del artículo 24 de la de 1857. Condena procedimientos y prácticas que de hecho ya están abolidos en la República desde hace mucho años; pero la prudencia aconseja conservar la prohibición para evitar que pudieran reproducirse los abusos que dieron origen al citado precepto. En consecuencia, proponemos a esta Honorable Asamblea se sirva aprobar el artículo tal como aparece en el proyecto original.”

En la trigésima Sesión Ordinaria celebrada al día siguiente, se dio lectura al artículo que fue aprobado por unanimidad de votos sin discusión.

En cuanto a la presentación y debate de 1856, según se expresa, los señores Albino Aranda, Manuel Buenrostro, José María Mata, Ponciano Arriaga, Ignacio Ramírez y León Guzmán, debatieron

⁶⁵ Padilla, José R. Sinopsis de Amparo. 2ª edición, Cardenas, edit. México, 1978. pág. 164.

“rápida y vivamente sobre la absolución de la instancia y después de ser leído el Diccionario de Legislación Escriche, prácticamente en los mismos términos, el artículo fue aprobado por 64 votos contra 15.”⁶⁶

En la nota explicativa correspondiente puede confirmarse que este precepto constituye una garantía de seguridad jurídica para el individuo que, por imputársele algún delito, queda sujeto a un proceso penal. Además, puede también leerse que libera al inculpado de la amenaza de volver a ser juzgado por el mismo delito cuando ya ha sido absuelto o condenado por sentencia firme.

Ahora bien, la doctrina que se ocupa de él, ha entrado en la discusión de saber si la garantía que consagra es violada cuando se comete el ilícito de contrabando, toda vez que, como queda asentado en estos comentarios, puede dar lugar a que a una persona se le sancione tanto por la autoridad administrativa como por la autoridad judicial. Para tratar de aclarar este problema, se mencionan a continuación las opiniones de diversos autores, los cuales se encuentran tanto a favor como en contra de la tesis que asegura que se viola la garantía constitucional.

En primer lugar se asientan los argumentos de quienes sostienen que el principio de non bis in idem se quebranta, por que parece ser que los demás autores, lo mismo los que están a favor que en contra, han tomado como base la clara exposición que sobre el tema hace el jurista Servando J. Garza.

⁶⁶ Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones. Antecedentes y evolución de los artículos 16 al 27 constitucionales. XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados. México 1967. Tomo IV, Págs. 371 y ss.

2.4.1) Tesis que asegura que se viola el precepto constitucional.

Opinión de Servando J. Garza

Opinión de Efraín Urzúa Macías

Opinión de Sergio Francisco de la Garza

Opinión de Margarita Lomelí Cerezo

Opinión de Emilio Margáin Manautou

Opinión de Servando J. Garza.

Al analizar el principio de non bis in idem que contiene el artículo 23 de la Constitución General de la República, cuya parte conducente dice que “nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito”, expresa su tesis de la siguiente manera:

“Proponiéndoselo el legislador o no, consciente o intuitivamente, tradujo y plasmo en él un principio que atañe a la esencia misma del Derecho, en ausencia del cual el orden lógico deja de ser orden, deja de ser lógico, y el derecho deja de ser derecho.

El derecho es un orden normativo que por su propia naturaleza es autárquico, coercitivo o de impositividad inexorable...

Precisamente por este carácter coercitivo advertimos que el Derecho contiene por su misma esencia, la sanción para cuando es violado.

Para que el Derecho pueda tener aplicación concreta, puesto que es norma general y abstracta, necesita establecer el mecanismo por el cual esa norma se vuelve individual. Esta necesidad se satisface por el Derecho mediante la creación del órgano jurisdiccional encargado de esa función concrecionadora de “decir el Derecho”.

El derecho no puede plantearse el problema de que, pudiendo ser la sentencia desacertada, la acción se volviera a resometer al órgano jurisdiccional con vistas a una nueva sentencia. Ello sería una aberración en el Derecho por dos motivos: primero, porque si la segunda sentencia es coincidente con la primera, sería inútil, pues ya la primera sentencia cumplió su fin de individualizar la norma general y abstracta al caso particular y concreto; es decir, de generar la norma particular; la segunda sentencia sería pues, ociosa; y segundo, porque si la segunda sentencia fuere contradictoria de la primera, la aberración sería mas notoria ya que, frente a dos sentencias contrarias, el Derecho se movería para el

cumplimiento forzoso, en dos impulsos opuesto que se neutralizarían recíprocamente y que harían imposible su aplicación forzosa, coercitiva.

Este principio de unicidad de la sentencia, dice, que pertenece a la esencia misma del Derecho, pues es reflejo de su autarquía, es decir, de la realización de su impositividad inexorable, produjo en el Derecho Romano la creación, como una construcción protectora del principio, de la excepción de la autoridad de cosa juzgada (*exceptio rei judicatae*), así como de la excepción de litispendencia, que es tan sólo preparatoria de la misma *rei judicatae*, ya que sólo opera en tanto que ésta se encuentra en vías de integración.

La excepción de cosa juzgada opera sólo cuando se reúnen los elementos de identificación de las acciones. Debe haber, para que la acción sea idéntica, las mismas partes, *eadem persone*; el mismo objeto, *eadem res o petitum*; y la misma causa, *eadem causa petendi*; lo que revela que no es que el autor pierda su derecho de acción cuando lo ha ejercitado, sino que no puede tratar de ejercitar de nuevo la misma acción que ya dedujo en juicio.⁶⁷

Continúa el autor exponiendo que en la oración “nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito” se encuentra identidad de sujeto pasivo; no halla sujeto activo, “pero es evidente que no hace falta, porque dada la forma gramatical de la redacción del precepto adecuada a garantía individual en materia penal, el sujeto activo es siempre el órgano del Estado contra el que opera la garantía”⁶⁸

Si nadie puede ser juzgado dos veces, en la dualidad prohibida del juicio, se implica en cierto modo, la proscripción de la dualidad de acciones idénticas (*non bis in idem*).

En los dos juicios con identidad de delito, hay *eadem res o petitum* (la aplicación de la pena) e identidad de causa, *eadem causa*

⁶⁷ J. Garza, Servando. Las Garantías Constitucionales en el Derecho Tributario Mexicano, sin número de edición, Editorial Cultural T.G.S.A. México, 1940, Págs. 144 y ss.

⁶⁸ J. Garza, Servando. Ob. Cit., pág. 151

petendi (la coincidencia del hecho del particular con l supuesto jurídico), que forman juntos la eadem quesito, la idéntica controversia en la causa.

En el artículo 23 se encuentran pues, todos los elementos del criterio de identificación de las acciones y por ello el precepto opera como excepción de autoridad de cosa juzgada y de litispendencia, que como se ha escrito, le es preparatoria en materia penal, en función de garantía individual y como principio protector de la unicidad de la sentencia.

Ahora bien, al examinar concretamente la entonces en vigor Ley Penal de Defraudación Impositiva, sigue el mismo criterio que para la identificación de las acciones:

Como primer elemento de cotejo analiza si se da la dualidad de juicios. “Por una parte tenemos el procedimiento a seguir por los tribunales federales para aplicar la pena corporal de la Ley causante. Como este es evidentemente un juicio para los efectos de los artículos 14 y 23 constitucionales, sería ociosa una exposición”⁶⁹

En un impulso hacia la justicia y la legalidad, afirma, el Derecho Administrativo ha importado del procedimiento jurisdiccional las formas esenciales del juicio y las ha encuadrado en el proceso tributario. Estas formas esenciales del juicio son “una elaboración secular en garantía de que las partes puedan presentar sus defensas y sus pruebas pertinentes para colocar al juzgador (superior jerárquico en el Derecho Administrativo), en mejores condiciones de conocimiento sobre el derecho de las partes respecto del acto cuya revocabilidad se cuestiona de otra manera la situación de conocimiento del superior jerárquico sería idéntica a la del inferior.

Por esta aspiraciones, al proceso tributario se han traído y encuadrado en su fase contenciosa, las formas esenciales del juicio: al causante se le notifica oportunamente la providencia que le perjudica, de

⁶⁹ J. Garza, Servando. Ob. Cit., pág. 152

manera que éste puede presentar sus pruebas y alegatos pertinentes, y finalmente hay sentencia con fuerza de verdad legal.

En el panorama actual de lo contencioso administrativo, “creemos poder afirmar rotundamente que el procedimiento administrativo es ya un juicio, y existe un Derecho Procesal Administrativo”.

Pero ahora se suscita un problema mas importante: en estos dos juicios ¿ hay identidad de delito?, ¿ los dos juicios son penales?. El juicio que se sigue ante el órgano jurisdiccional es indudablemente de naturaleza penal por la acción que se ejercita, el objeto que se persigue y los caracteres mismos de la norma.

Sin embargo, en el procedimiento administrativo, el acto que se emite por el órgano del Estado al concluir la fase oficiosa del procedimiento es de naturaleza doble y en parte tiene naturaleza penal, asegura el autor. “Desde luego, lo que mas importa distinguir es esta dualidad de la materia del acto administrativo que por un lado ve a la reparación del derecho violado, o sea, el cobro del impuesto omitido, digamos la acción del cumplimiento forzoso: pero también se impone una multa que no tiende al cumplimiento del derecho violado, sino exclusivamente a su sanción, de carácter represiva, típicamente penal, por la calidad o naturaleza de la consecuencia prevista por la ley para el caso de la violación de la norma. No hay entre estos dos contenidos del concepto de sanción ninguna posición intermedia y dentro de su especificidad son irreductibles. Por ello aquí debería agotarse, como de hecho se agota, la capacidad sancionadora del Estado y del Derecho.

Puede asentarse un conclusión importante, que la acción sancionadora del Estado al imponer una multa en el Derecho Administrativo es de naturaleza penal.

Por otro lado, encuentra identidad de partes en ambos procedimientos puesto que es al mismo particular al que va dirigido el acto doble de cobro y de multa, y contra él va dirigida también la acción

penal ejercitada por el Ministerio Público con la declaración previa de la Secretaría de Hacienda.

Abordemos ahora el problema final de la identificación de delitos en ambos procedimientos. En apariencia existe una dualidad en materia de delitos. En realidad, en uno y otro caso, la normatividad jurídica que se dice violada es idéntica en otros términos, es cierto que son dos acciones, la administrativa y la del Ministerio Público, pero en ambas, según el autor concurre identidad de supuesto jurídico.

Es verdad que hay una diferencia entre la consecuencia que la ley prevé para su cumplimiento administrativo que es una sanción pecuniaria, y la consecuencia prevista por la norma que se va a aplicar en el procedimiento jurisdiccional típico, cuya sanción es corporal, “ pero esta diferencia es sólo de cualidad, no de esencia, porque ambas acciones se identifican en que son represivas y en que tienen un idéntico supuesto jurídico... Hay plena identidad del fin perseguido por ambas acciones, eadem res o petitum: la represión ; y hay también identidad de la causa petendi, o sea del título ... El título de donde emana la acción represiva, es precisamente el supuesto jurídico, idéntico en ambas normas”⁷⁰

Concluimos pues, que en el caso se da la identidad de los delitos, identidad de los juicios e identidad de las partes. Todo este sistema en que la Ley Penal-Fiscal consagra una dualidad procesal con multiplicidad de sanciones, en opinión de Servando J. Garza, contraria notoriamente 23 constitucional.⁷¹

En cuanto a las objeciones que pueden hacerse a su tesis, el mismo autor las enuncia y destruye así:

Es posible que un mismo hecho pueda constituir violación a varias normas de carácter penal. En este caso, menciona que debemos acudir al artículo 58 del Código Penal, que establece:

⁷⁰ J. Garza, Servando. Ob. Cit., pág. 56

⁷¹ Idem., pág. 156

“Siempre que con un solo hecho ejecutado en un solo acto, o con una omisión, se violen varias disposiciones legales que señalen sanciones diversas, se aplicará la del delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentarse hasta una mitad mas del máximo de su duración.”

Esto es en cuanto al primer problema que encierra este enunciado; la siguiente objeción que se desprende de este cuestionamiento es cuando un mismo hecho puede ser considerado como integrado el supuesto jurídico de dos o mas normas penales, normas cuyos supuestos coinciden con el uno y único hecho causante de esta violación, pero que a la contemplación del juzgador puede encuadrar en una o en otra norma o en ambas simultáneamente, en el caso de aplicar exclusivamente la consecuencia de la norma que la establece en grado mayor .

Esto se funda en el artículo 59 del mismo ordenamiento.

“Cuando un delito pueda ser considerado bajo dos o mas aspectos, y bajo cada uno de ellos merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor.”

Insiste J. Garza al afirmar que no es de la técnica creadora del Derecho “ el establecer una serie de normas para el mismo hecho; y el mismo legislador cuando nos da un Código Penal, comprendiendo que toda obra humana es imperfecta, ha establecido precisamente el principio correcto de su deficiencia en el artículo 59 del Código Penal, para demostrar que no ha querido la multiplicidad de normas aplicables a un mismo hecho...”⁷²

La segunda objeción que se plantea es que un mismo hecho puede contemplarse como violando al mismo tiempo el Derecho en dos planos: “uno, diríamos el del Derecho Civil, o el del Derecho Penal, y el otro el del Derecho Administrativo. Por ejemplo, que un mismo hecho ilícito se considere delito y falta al mismo tiempo. Creo que el mismo principio non bis in idem, que funda la unicidad del supuesto jurídico de la norma, y en cual se finca nuestra tradición penal, nos conduce a

⁷² J. Garza, Servando. Ob. Cit. Pág. 157

concluir que no debe un mismo hecho ser, al mismo tiempo, delito y falta.

¿ Que delito hay entre delito y falta? De esencia, ninguna, tan sólo de grado y de localización. La falta encuentra su *genus proximus* en el delito; es, al igual que el delito, una contravención a una norma que establece como consecuencia una acción represiva del Estado. Pero hay una diferencia de grado, la falta es un delito de menor cuantía y por eso se localiza, conforme al artículo 21 constitucional en los Reglamentos de Policía y Buen Gobierno.”⁷³

La última objeción que trata se refiere al hecho de que, al establecerse la dualidad de procedimientos, no se llega a la contradicción de sentencias porque nunca hay problema en la ejecución.

Dando por hecho que tanto en el procedimiento administrativo como en el penal se puede llegar a plantear el caso en las Salas respectivas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, J. Garza resuelve el problema de la siguiente manera:

“ La Primera Sala puede conceder el amparo porque no está comprobado que se haya realizado, por el quejoso, el hecho del supuesto jurídico; pero la Segunda Sala puede resolver a la inversa, con potestad plena para apreciar pruebas o ciñéndose a la *litis*, que no está demostrada la inconstitucionalidad de la resolución del Tribunal Fiscal; y negar el amparo, equivale a establecer que el causante o quejoso si realizó el hecho que la Primera Sala declaró que no había realizado.

Es cierto que no hay problema de ejecución porque una y otra sentencia de amparo que se van a interferir; pero es evidente que en ambas sentencias hay una contradicción de esencia que repugna al derecho, porque el mismo planteamiento y con los mismos elementos de conocimiento, se presenta a una y otra Salas de la Corte para realizar la operación lógica del silogismo que constituye la sentencia; y sin embargo, en tanto que una Sala afirma la no coincidencia del hecho del quejoso con el supuesto jurídico, la otra Sala ante ambos (hechos y

⁷³ J. Garza, Servando. Ob. Cit. Pág. 158

supuesto), afirma lo contrario; el acto lógico se realiza en forma diversa, estableciéndose una contradicción interna de la médula lógica entre ambas sentencias.”⁷⁴

La última posibilidad cuestionable se abre para saber si el legislador puede, si lo quiere, establecer esta dualidad normativa con identidad de supuesto jurídico y con diversidad cualitativa en la sanción, en la consecuencia.

A este respecto, el autor que seguimos sostiene que no lo puede todo, “no puede violar los principios que atañen a la esencia misma del Derecho; rompería con nuestro artículo 23 constitucional y por ende con el principio de la unicidad de la sentencia que es el que hace posible la coerción; el Derecho, no siendo autárquico, no teniendo la positividad inexorable, deja de ser Derecho.

Y es que además, considera tan grande el principio de non bis in idem que contiene el artículo 23 constitucional. que afirma que “aún cuando no estuviera contenido en precepto expreso de la Constitución, seguiría valiendo y obligando al legislador, porque atañe a la esencia misma del Derecho en ausencia del cual el Derecho no es Derecho”.⁷⁵

Opinión de Efraín Urzúa Macías

Después de hacer un breve análisis de lo que puede considerarse el Derecho Penal Administrativo, contemplado por el como un conjunto de normas que otorgan competencia a los órganos administrativos para castigar faltas o infracciones, con independencia del Poder Judicial y, consentir en que debe hablarse de delitos administrativos cuando la legislación de esta naturaleza de nacimiento a figuras delictivas, entra de lleno al estudio de este problema.

⁷⁴ J. Garza, Servando. Ob. Cit., pag. 160 y 161

⁷⁵ J. Garza, Servando. Ob. Cit. Pag. 161

El autor, se remite a Servando J. Garza para tratar de llegar a una conclusión con respecto al principio de “non bis in idem”; se adhiere a su opinión al expresar que por delito debe entenderse el hecho u omisión base del procedimiento represivo, y, por otra parte, señala también que la organización judicial no goza privativamente de formas judiciales, sino que estas también se encuentran en espera administrativa.

Por lo anterior, concluye en que si un hecho cae dentro de lo ilícito administrativo y es sancionado por la autoridad competente, es “anti-jurídico” que por el mismo hecho o hechos se abra un nuevo procedimiento judicial, sucesiva o simultáneamente y se imponga una pena, siendo, en este aspecto, frecuentemente arbitraria la autoridad administrativa; y, lo que es más grave, “tal vicio llega hasta la legislación como ocurre en México con la Ley de Aduanas respecto al delito de contrabando”.⁷⁶

Opinión de Sergio Francisco de la Garza.

Este jurista mexicano, en su obra, “Derecho Financiero Mexicano”, hace alusión a los principios constitucionales que rigen el Derecho Penal Tributario.

Comentando el artículo 35 del antiguo Código Fiscal, Hoy equivalente al 70 que a la letra dice:

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

Confirma que esto implica que un hecho puede tener el carácter de simple infracción (o contravención), que se castiga con multa

⁷⁶ Usúa Macías, Efraín. El Derecho Penal Administrativo. Revista Criminalia. México, enero de 1951, pag. 5 a 12.

además, y simultáneamente, el carácter de delito, que se castiga con privación de la libertad.

Agrega que quien comete el hecho es sujeto de dos procesos, al menos en potencia, uno para castigar lo que se considera delito, ante la autoridad judicial, y el otro ante la autoridad administrativa, con el objeto de reprender la infracción cometida a este tipo de preceptos.

Después de analizar a algunos autores que sostienen antagónicas posiciones con respecto a este punto, el licenciado DE la Garza acaba por concluir, adhiriendo su opinión a la de Servando J. Garza, que “la dualidad de ilícitos respecto al mismo hecho, con sus correspondientes sanciones y procedimientos, contravienen abiertamente el artículo 23 constitucional y deploramos que no obstante la claridad de las objeciones para quien estudia con objetividad este problema no haya conducido, a pesar del tiempo, a una rectificación legislativa que resulta imperativa ética y jurídicamente”.⁷⁷

Opinión de Margarita Lomelí Cerezo.

Toma como punto de partida las opiniones de Efraín Urzúa Macías y, de manera fundamental, de Servando J. Garza, las que califica como perfectamente jurídicas y fundadas, par después adherirse a ellas con plena convicción.

No obstante, aclara que, erróneamente, tanto la legislación como la jurisprudencia han estado basadas en tres premisas que son falsas:

En primer lugar, se afirma que un hecho puede ser a la vez delito y contravención, es decir, delito e infracción administrativa.

Con relación a esta premisa, la autoridad sustenta la opinión de que la contravención y el delito carecen de diferencia en su substancia, en su esencia, y que si la hay es de grado, considerando al

⁷⁷ De la Garza, Sergio Fancisco. Derecho Financiero Mexicano. 10ª. Edición, Edit. Porrúa, S:A. , México, 1981, pag. 790 a 793

delito como especie grave del género infracción y a la infracción o contravención administrativa, como especie menos grave.

Congruente con esto resalta el hecho de que es absurdo considerar a un mismo hecho como una transgresión grave (delito) y como una menos grave (infracción).

Lógicamente, debe ser una cosa u otra, pero no las dos a la vez.

Se apoya además, en el artículo 37 fracción IV del Código Fiscal de la Federación de 1967 que decía:

Cuando por un acto u omisión se infrinjan diversas disposiciones fiscales a las que señale este código una sanción, sólo se aplicara la que corresponda a la infracción mas grave.

Hoy, el artículo 75 en su fracción V establece:

Cuando por un acto o una infracción se infrinjan diversas disposiciones fiscales a las que correspondan varia multas, sólo se aplicara la que corresponda a la infracción cuya multa sea mayor.

Con esta reforma, el legislador restringe el campo de aplicación del precepto sólo a las infracciones de carácter fiscal, dejando fuera lo que para el caso de los delitos pudiere aplicarse. Además, sigue con ella el espíritu de la legislación en cuanto a la diferencia que existe entre los delitos e infracciones.

La segunda premisa afirma que la reparación del daño causado al fisco en los delitos tributarios comprende no sólo el pago de los impuestos, sino también de las multas que imponga la autoridad administrativa, por lo que esta puede exigir las independientemente del procedimiento judicial.

Esta premisa es atacada al atender a la naturaleza jurídica de la multa, por considerarla de carácter represivo y no reparatorio; tan es

así, dice Lomelí Cerezo, que la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal Fiscal, han declarado aplicables a la materia fiscal principios de Derecho Penal; además de que los propios partidarios de la tesis que objetamos, reconocen que la omisión de los impuestos, es el único daño por reparar en los delitos fiscales. De tal suerte que las multas no son reparación del daño, y al no serlo, son sanciones represivas que tienen una finalidad intimidatoria, aunque se impongan por autoridades distintas de los tribunales judiciales, es decir, por autoridades administrativas, de lo que se desprende que “la existencia de dos procedimientos sancionatorios viola indudablemente el principio de non bis in idem consagrado por el artículo 23 constitucional”⁷⁸

Por lo que se refiere a la última premisa, que sostiene que el procedimiento administrativo para imponer sanciones no es un verdadero proceso, afirma para desmentirla, que cuando se está frente a actos que pueden dar lugar a la sanción judicial y a la administrativa, y esto principalmente en la materia aduanal, se siguen por las autoridades fiscales procedimientos que reúnen las características esenciales del proceso penal, en el que se instaura un juicio administrativo, en el que se toma declaración al inculcado, a los testigos de cargo y descargo, se practican careos y todas las diligencias pertinentes, se reciben pruebas y se califican conforme al código de procedimientos penales.

Opinión de Emilio Margáin Manautou

Emilio Margáin Manautou, en su obra *La constitución y Algunos aspectos del Derecho Tributario Mexicano*, en la que comenta el artículo 23 de nuestra Carta Magna, se muestra seguidor absoluto a las opiniones que, con relación a este precepto, ha expresado Servando J. Garza.

Asegura que del estudio que hace este último autor, se desprende que cuando se pretende sancionar a un contribuyente que ha eludido dolosamente el pago de impuestos, tanto con pena pecuniaria

⁷⁸ Lomelí Cerezo, Margarita. Ob. Cit. Pág. 122

como pena privativa de la libertad mediante dos procedimientos distintos, uno administrativo y el otro judicial, se esta violando en perjuicio del mismo dicha garantía.

Hace notar que la autoridad hacendaría esta segura de haber encontrado la solución al problema con lo que sostiene el Código Fiscal de la Federación (Margain señala el artículo 205, en vigor cuando elaboro su obra; a ctualmente dicho p recepto c orresponde a l 94, por lo que es éste el que se transcribe.)

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

Manifiesta su parecer al respecto escribiendo que el procedimiento administrativo para la imposición de las penas pecuniarias es en si un juicio, ya que la autoridad hacendaría deberá juzgar al infractor, hecho lo cual en su caso, lo castigara con una multa, que constituye una pena pecuniaria.

Independientemente del procedimiento administrativo, por el que el sancionado puede inconformarse primero ante el Tribunal Fiscal de la Federación y después ante el órgano jurisdiccional federal, promoviendo el juicio de garantías, donde se juzga y sentencia al infractor con una pena pecuniaria, éste será juzgado nuevamente, por el mismo acto, con la salvedad de que ahora la pena pretendida no va afectar sólo su patrimonio, sino que va a enderezada en contra de su integridad personal, la pena es ahora privativa de libertad.

Por todo ello, Margain concluye que el artículo 205 (ahora 94) del Código Fiscal de la Federación es violatorio del articulo en comento.⁷⁹

⁷⁹ Margain Manautou, Emilio. La constitución y Algunos Aspectos del Derecho Tributario Mexicano. Editado por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, sin número de edición. México, 1967, pág. 81 y ss.

A mayor abundamiento, el citado jurisconsulto transcribe la sentencia que la Tercera Sala del Tribunal Fiscal de la Federación, emitió el 25 de noviembre de 1959, en los siguientes términos.

Aplicación del principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege* en el Derecho Penal Fiscal.- Es razonable extender, a la materia de las infracciones fiscales, el principio del Derecho Penal de que la ley mas benigna debe aplicarse, con efectos retroactivos a favor del infractor, a hechos ocurridos antes de su vigencia, salvo inequívoca y terminante disposición en contrario, y tal es la solución que proponen algunos autores de Derecho Tributario. El artículo 252 del Código Fiscal engloba, dentro del término de sanciones, medidas de carácter muy diversos, como las multas que puede imponer la autoridad administrativa (fracción I), y la prisión, que sólo puede decretar la autoridad judicial (fracción VI), lo que nos revela que pertenecen a la misma categoría los delitos fiscales y otras infracciones no calificadas de delictuosas regulando la materia de las infracciones, el propio Código previene (artículo 241) que, en todo lo no expresamente previsto, se aplicarán las reglas del Código Penal, entre las cuales se hayan las establecidas por los artículos 56 y 57 que invoca la Sala de primera instancia. Finalmente, cabe decir que el lema del Derecho Criminal *nullum crimen nulla poena sine lege* corresponde con exactitud, en su espíritu, al principio contenido en el artículo 11 del Código Fiscal: Las normas de Derecho Tributario que establezcan cargos a los particulares serán de aplicación restrictiva. Tratándose de materias análogas es lícito aplicar, respecto de infracciones a las leyes fiscales, la prevención de los artículos 56 y 57 del Código penal. Sentencia dictada en el juicio de nulidad número 333/50 promovido por Miguel Padilla Navarro.

2.4.2) Tesis que niegan la violación de la Carta Magna.

Opinión de Efraín Polo Bernal

Opinión de Miguel Ángel García

Opinión de Manuel Rivera Silva

Opinión de Efraín Polo Bernal

En su Tratado sobre Derecho Aduanero y específicamente al referirse a las normas que integran esta rama del Derecho, realiza un estudio sobre la infracción y el delito de contrabando, dentro del cual, y por las argumentaciones que se señalan a continuación, llega a la conclusión de que existe entre ambas figuras diferencias que no pueden clasificarse sólo de grado, sino que son de esencia, de substancia; además, que el principio contenido en el artículo 23 constitucional non bis in idem, no se ve incumplido por la legislación mexicana.

De acuerdo con lo que se ha escrito, Margarita Lomeli Cerezo es partidaria de la tesis que, sustentando que existe violación constitucional, externa su opinión en el sentido de que la única diferencia que existe entre la infracción y el delito se finca en la autoridad que impone la sanción. Ahora bien, Efraín Polo Bernal no comparte esta idea, pues, no obstante a severa que el distinción entre ambos ilícitos no debe hacerse con un criterio calificado de estricto o definitivo, porque Existen semejanzas y paralelismo entre ellos.⁸⁰

Sin embargo encuentra las siguiente diferencias:

A) Atendiendo al ordenamiento jurídico infringido: la infracción administrativa lesiona el ordenamiento jurídico administrativo; el delito fiscal daña normas del Derecho Penal Común, de contenido criminal, en sentido formal y material, llámese Código Penal o Código Fiscal.

B) En atención al interés concluido: en el caso de la infracción administrativa, principalmente se lesiona el interés del erario, cuyo cuidado se encomienda a un órgano de la Administración Pública. En cambio, los derechos subjetivos de la colectividad son el objeto que se vulnera en el caso de los delitos en materia fiscal. No obstante, el autor salva el hecho de que los intereses de la administración pueden

⁸⁰ Polo Bernal, Efraín. Tratado sobre Derecho Aduanero. Código Aduanero. Fondo Editorial COPARMEX. 1ª edición, México, 1978, pág. 101

verse afectados por el delito fiscal, pero su cuidado se deja en manos de las autoridades judiciales.

A este precepto, dice: se debe hacer hincapié en que al sustraerse a la observancia de las normas referentes a la administración, en cuanto organización propia del Estado, se estará ante un delito fiscal, en tanto que, al infringirse las reglas de esa organización, estaremos ante la presencia de una infracción de carácter administrativo.

C) En orden al sujeto: tanto las personas físicas como las morales pueden cometer la infracción de contrabando, lo que no sucede con el delito, cuya comisión sólo puede ser atribuida a personas físicas, toda vez que, según Efraín Polo Bernal, sólo de manera indirecta, a modo de consecuencia, puede responsabilizarse a los entes colectivos.

D) En cuanto a la culpabilidad: mientras que para que se de la infracción administrativa es suficiente que se manifieste el supuesto previsto en la norma, sin necesidad de que concurra el dolo y la culpa, como elementos de la culpabilidad, en el caso del delito fiscal es imprescindible que se ejecute con un elemento subjetivo de la culpabilidad, el dolo.

De lo anteriormente expuesto y dado que cada una de las diferencias anotadas caben de manera exacta en el problema que nos ocupa, el autor en comento aboga por esta segunda doctrina al estimar que “no es violado, a través de la concepción de la infracción administrativa y del delito fiscal de contrabando, el principio de que ninguna persona puede ser juzgada dos veces por la misma violación legal, contenido en el artículo 23 de la Constitución Federal”⁸¹

⁸¹ Polo Bernal, Efraín. Ob. Cit. Pág. 104

Opinión de Miguel Angel García Domínguez

El autor del libro Teoría de la Infracción Fiscal, Derecho Fiscal-Penal, considera que las sanciones fiscales pueden clasificarse en dos tipos básicos:

1.- Las sanciones que se imponen para que se remueva la violación, o sea, para colocar las cosas, tanto como sea posible, en el estado en que se encontrarían de no haberse cometido la infracción, las que a su vez pueden subdividirse en :

- A) Las que tienen un fin compensatorio y reparatorio
- B) Las que tienen un fin satisfaciente o de restitución

2.- Las sanciones que tienen finalidades intimidatorias, preventivas, represivas, aflictivas, expiatorias y ejemplarizantes, las que pueden ser también de dos clases:

- A) Penas económicas impuestas por la autoridad administrativa
- B) Penas privativas de libertad, aplicadas por la autoridad jurisdiccional.

A este precepto sostiene que “no hay diferencia de esencia sino de grado entre la pena económica que aplica la autoridad administrativa y la pena privativa de libertad que impone la autoridad jurisdiccional.”⁸²

Por esta afirmación puede pensarse que el Dr. García Domínguez es partidario de la tesis que afirma la violación a la Carta Magna, sin embargo, más adelante aclara la duda que surge al escribir que en el caso de los delitos fiscales, en cuanto nada mas admiten la forma intencional de consumación, deben tener los siguientes elementos:

⁸² García Domínguez, Miguel Angel. Teoría de la Infracción Fiscal. Derecho Fiscal-Penal. Primera edición, Cárdenas, editor y distribuidor, México. 1978, pag. 20, 38 y ss.

- A) Tener conocimiento de los daños que la realización de un acto pueda ocasionar.
- B) Que ese acto este previsto como delito.
- C) Que se realice el acto (voluntad) con la producción causal de los efectos previstos.

Sumando a lo anterior esta la indubitable aserción, por agregarse a lo que postulan Rivera Silva y Florian, de que la estimación sobre el aspecto penal no invade ni influye en la estimación jurídica que por otro lado las autoridades fiscales hagan por el aspecto administrativo.

Con lo que queda firme la posición de este autor como uno de los que sostienen que el precepto vigésimo tercero de la Carta Fundamental no es violado por la dualidad de contemplaciones que como infracción, por parte de la legislación administrativa, y como delito, por parte de la legislación penal, establece nuestro régimen jurídico con respecto al contrabando.

Opinión de Manuel Rivera Silva

En su libro *Los Delitos Fiscales Comentados*, Manuel Rivera Silva analiza los principios que el artículo 239 del entonces en vigor Código Fiscal de la Federación consagraba. Al llegar al tercero de ellos, lo relaciona con el 205 del mismo ordenamiento, en cuya parte conducente se leía: en las infracciones de las leyes y reglamentos fiscales, exclusivamente se tomará en cuenta el aspecto administrativo, con lo que, afirma Rivera Silva, se independiza lo administrativo de lo penal.

Para aclarar lo anterior, explica citando a Ortega y Gasset, que esta separación se ubica dentro de la doctrina que elaboró este último y que se conoce como *perspectivismo jurídico*, en virtud del cual, un solo acto puede ser contemplado en formas diferentes según sea el ángulo de observación, sin merma ni alteración de su idiosincrasia. De esta manera es posible la concomitancia y concurrencia de un aspecto que conculca

las normas necesarias para la buena vida social (aspecto penal) con otro que viola el cumplimiento de las obligaciones impositivas.

Considera por esto incontrovertible el hecho de que la estimación jurídica que hagan las autoridades fiscales del aspecto administrativo no se ve ni invadida ni influenciada por la que se realice en el aspecto penal, esto es, por la autoridad judicial.

Concluye afirmando que esta duplicidad de estimaciones no vulnera el principio contenido por el artículo 23 de la Constitución General de la República, que prohíbe ser juzgado dos veces por el mismo delito, mas no ser juzgado una vez por lo que de criminal tiene el acto y otra por la infracción administrativa que concurrentemente con el delito se puede presentar.

Por ultimo y en contra de lo que nuestro autor base, Serbando J. Garza señala, hace notar que el principio de la cosa juzgada no se viola tampoco, pues la irrevocabilidad de la sentencia penal impide otros procesos sobre la misma cosa, es decir, detiene por completo el nuevo ejercicio de la acción penal, pero, asegura, no contra la estimación fiscal que resuelva sobre la ilicitud administrativa, en la que no se ejercita la acción penal.⁸³

⁸³ Rivera Silva, Manuel. Los Delitos Fiscales Comentados. Ediciones Botas, México, 1949, pag. 28 y ss.

2.4.3) Opinión personal

La posible violación a nuestra Carta Fundamental, concretamente al artículo vigésimo tercero, por la doble regulación de un hecho ilícito de contrabando, es un tema que, como corroboran las opiniones de los autores citados, se presta a discusión y debe ser cuidadosamente tratado.

Precisamente por ese encuentro de puntos de vista que puede originar, es arriesgado vertir, sin el criterio jurídico al que por el momento sólo puede aspirar, una posición al respecto.

Sin embargo, y no obstante que el fin perseguido al ocuparse de este aspecto, no era otro que el de dar publicidad a alguno de los muchos y muy interesantes problemas que el análisis de esta multiplicidad de regulaciones puede presentar, es preciso llegar a una conclusión sobre el mismo.

Particularmente considero que quienes sostienen que no existe violación al artículo 23 constitucional (Efraín Polo Bernal, Miguel Ángel García Domínguez y Manuel Rivera Silva) tienen razón en afirmarlo.

En efecto, ha quedado asentado que el ilícito de contrabando debe ubicarse en su aspecto contravencional en el Derecho Penal Tributario, y en su aspecto delictual en el Derecho Penal Criminal, esto porque la infracción administrativa y el delito son diferentes.

La infracción tutela la actividad normal de los Órganos de la Administración y el delito protege los valores fundamentales de toda la sociedad; por lo tanto, el plano en que se da la infracción es distinto del orden que viola el delito, uno transgrede una norma administrativa y el otro una norma penal.

El artículo 23 es una garantía en materia penal, pero es indudable que un hecho ilícito puede violar al Derecho en dos planos distintos, como en el caso particular, en que se infringen normas

administrativas y normas penales, por lo que el principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito no resulta transgredido.

CAPITULO III

FORMALIDADES PARA PROCEDER PENALMENTE CONTRA EL AUTOR DEL DELITO

3.1) ALCANCE DE LA DECLARATORIA DE PERJUICIOS.

Para llegar a la conclusión a la que se pretende en este capítulo, es necesario primero dar una hojeada, por breve que sea, a lo que constituyen los requisitos de procedibilidad, cuales se conocen en la legislación mexicana, para después comentar la exigencia que señala el artículo 92 del Código Fiscal de la Federación.

Los llamados requisitos de procedibilidad, no son otra cosa que elementos que deben ser colmados necesariamente para que el procedimiento pueda tener vigencia.

Es decir, para que el Ministerio Público se avoque a la investigación de cierto hecho ilícito y en su caso ejercite la acción penal debe primero darse alguno de los conocidos requisitos de procedibilidad.

Para Manuel Rivera Silva la denuncia, la querrela, la excitativa y la autorización son instituciones “que motivan auténticos requisitos de procedibilidad.”⁸⁴

Esta posición se encuentra en contradicción con lo que opina Carlos Franco Sodi, para quien la denuncia no constituye un auténtico requisito de procedibilidad.

No obstante y contra lo que sostiene este autor, la denuncia debe estudiarse como un requisito pues, como se escribe adelante, sin ella la actividad investigadora del Ministerio Público no puede iniciarse.

⁸⁴ Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal, Edit. Porrúa S.A.; Sin numero de edición, México, 1944, pag. 100

Deben tomarse en cuenta entonces, y a estas instituciones es necesario referirse como auténticos requisitos de procedibilidad, la denuncia, la querrela, la excitativa y la autorización.

Comenzaré por analizar los dos últimos toda vez que son los que menos problemas ofrecen, por una parte, y por otra, los que tienen un campo de aplicación diferente al que se pretende llegar.

Con respecto a la excitativa tanto Franco Sodi como Rivera Silva coinciden en su concepto, si bien éste último la define concretamente como “ la solicitud que hace el representante de una nación extranjera, para que se persiga al que ha pronunciado injurias en contra de la nación que representa, o en contra de sus agentes diplomáticos”.⁸⁵

Lo único que puede decirse sobre ella es que, independientemente de que sus ámbitos de validez personal y espacial se separan del estudio que se propone, su utilización se ve restringida por la oportunidad política, considerando que puede ser objeto de diversas interpretaciones por parte de las naciones a las que se dirijan; es más, casi es posible afirmar que vive por razones políticas y sólo por razones políticas se usa.

En cuanto a la autorización, otro de los requisitos de procedibilidad que no ofrecen contradicciones para los autores que citamos como guía, se presenta en los casos de las personas que gozan de inmunidad pero que cometen un delito del orden común. Apunta Rivera Silva que “ Es el permiso concedido por una autoridad determinada en la ley, para que se pueda proceder contra a algún funcionario que goza de gñero y que ha cometido un delito del orden común”. Puede verse claramente en el procedimiento que señala nuestra Carta Magna con el objeto de desaforar a altos funcionarios públicos entre los que podemos contar no sólo diputados y senadores al Congreso de la Unión, sino Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Secretarios de Estado, Gobernadores de los Estados e incluso el Presidente de la

⁸⁵ Ob. Cit. Pág. 100

República quien, según el Título Cuarto de nuestra ley fundamental, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.

No obstante lo interesante que resulta estudiar este requisito de procedibilidad, hay que pasar a los dos que se señalan en el artículo 16 constitucional, por no cumplir la autorización con el objeto de estos comentarios.

3.2) LA QUERELLA

Es una manifestación hecha por el ofendido a la autoridad competente, dándole a conocer el delito de que fue víctima y su interés en que se persiga al delincuente.

Manuel Rivera Silva señala que la querella “ no es únicamente el acusar a una persona determinada, o sea, señalar el nombre de una persona que ha cometido un delito y pedir que se castigue, sino que, en cuanto medio para hacer del conocimiento de la autoridad la comisión de un delito, exige una exposición de los hechos que vienen a integrar al acto u omisión sancionado por la ley penal”.⁸⁶

Coincide con Franco Sodi en cuanto que entran en juego los intereses social y particular, siendo este último mas intenso que el daño que sufre el Estado con la comisión de estos ilícitos. Se estima que “en los delitos de querrella necesaria no sería eficaz actuar oficiosamente, porque con tal proceder se podrían ocasionar a un particular daños mucho mas fuertes que los que experimenta la sociedad con el mismo delito”.⁸⁷

Resalta entonces, como elemento importante de la querrella, que sea hecha por la parte ofendida y en su caso, por sus legítimos representantes.

⁸⁶ Ob. Cit., pag. 96

⁸⁷ Idem. Pág. 97

Como último elemento, debe existir la manifestación de voluntad de quien la formula, de que el autor del hecho que sanciona la ley penal sea castigado, es a lo que los autores llaman manifestación de la queja.

Ahora bien, como efecto lógico de la querrela debe darse la investigación del hecho y en su caso el ejercicio de la acción penal, que por su carácter público debe ser hecho por el Ministerio Público.

Por otra parte la ausencia de la querrela trae como consecuencia la imposibilidad de ejercitar la acción penal, es decir, la ausencia de esta condición de procedibilidad “paraliza la marcha del procedimiento en el caso de que se haya iniciado por error, con ausencia de la querrela o se de el perdón, precisamente porque éste, para continuar debe estar impedido por el ejercicio de la acción penal y no pudiendo llevarse a cabo este ejercicio sin querrela, se detiene el mismo y se detiene como natural resultado, el procedimiento judicial.”⁸⁸

Vale la pena apuntar, porque no deja de ser importante, que para Manuel Rivera Silva no debería existir delitos perseguibles por querrela necesaria pues el Derecho Penal debe tomar en cuenta sólo intereses sociales.

Debe dejarse por asentado pues, que la querrela constituye una manifestación de un hecho que se supone ilícito por parte de la víctima del mismo, expresando su voluntad de que el autor sea castigado; y que, su razón de ser, se debe a que se protegen intereses particulares por considerarse que en estos casos sufre más daño un individuo que la sociedad misma.

⁸⁸ Franco Sodi, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano, Tercera edición, Edit. Porrúa S.A.; México, 1946, pág. 27

3.3) LA DENUNCIA

Constituye también una manifestación de hechos que se supone son delictuosos, hecha ante el Ministerio Público con el fin de que esta tenga conocimiento de ello.

Señala Rivera Silva que tiene tres elementos:

- 1.- Relación de actos que se estiman delictuosos:
- 2.- Hecha ante el órgano investigador, y
- 3.- Hecha por cualquier persona.

Continua el autor multicitado con que no es necesario manifestar la queja, es decir, el deseo de que se persiga al autor de los actos que se manifiestan.

Por lo que toca a que sea hecha ante el órgano investigador, es porque el objeto de la denuncia es enterarlo del daño que sufrió la sociedad con motivo de la comisión del delito, y el, como Representante Social, debe llevar la relación de esos actos.

Por último, citando a Franco Sodi y en cuanto a que la denuncia sea hecha por cualquier persona, dice que esta en un error al considerar que sólo pueden hacerla los particulares, pues el artículo 2° de la Ley Orgánica del Ministerio Público del Distrito y Territorios Federales (que ya no esta en vigor pero se cita por referencia al concepto) manifiesta que las autoridades que tengan conocimiento de una infracción penal están obligadas a comunicarlo al Ministerio Público con cuantos datos obren en su poder, lo que obliga a darle al término "persona" su sentido mas amplio, para que en él quede involucrado cualquier carácter que la persona denunciante tenga.

Hoy vemos reflejado en el Código Federal de Procedimientos Penales, Título Segundo, Averiguación Previa, Capítulo I, iniciación del procedimiento, artículo 117, el concepto a que se refiere Rivera Silva, con la salvedad de que este artículo hace mención de personas en ejercicio de funciones públicas y no autoridades:

Artículo 117.- Toda persona que en ejercicio de funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, esta obligada a participarlo inmediatamente al Ministerio Público, transmitiéndole todos los datos que tuviere, poniendo a su disposición, desde luego, a los inculpados, si hubieren sido detenidos.

3.4) NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARATORIA DE PERJUICIO.

Tenemos entonces que, para que el Ministerio Público se ponga en acción es necesario primero que llegue a su conocimiento que se ha cometido un hecho que se supone ilícito, y que el particular tiene interés en que se castigue al autor, por lo que se querrela, para el caso de que sólo exista interés privado en que se sancione al delincuente, o se denuncia, cuando la Sociedad y el Estado están interesados en que este tipo de transgresiones no se repitan, sino que se erradiquen de su seno.

Estas dos instituciones, querrela (que equivale a la acusación) y denuncia (que sólo da conocimiento de los hechos delictivos), son los únicos medios conocidos para poner a la autoridad a investigar un hecho en cuanto a su forma, tiempo y ejecución, y en su caso y de ser considerado como delito, ejercitar por parte del Ministerio Público la acción penal.

No es posible imaginar modo distinto para iniciar el procedimiento penal, y si acaso existe en nuestra legislación una forma que sea diferente, debe considerarse anticonstitucional, porque claramente el precepto número 16 de nuestra Carta Fundamental expresa que:

“No podrá liberarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionando cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.”

Ahora bien, el artículo 92 del Código Fiscal de la Federación expresa a la letra:

“para proceder penalmente por los delitos fiscales previstos en este Capítulo, será necesario que previamente la Secretaría de Hacienda y Crédito público:

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

II.- Declare que el Fisco Federal ha sufrido o pudo sufrir perjuicio en los establecidos en los artículos 102 y 115. (contrabando)

III.- Formule la declaratoria correspondiente, en los casos de contrabando de mercancías por las que no deban pagarse impuestos y requieran permiso de autoridad competente, o de mercancías de tráfico prohibido.

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

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

En los delitos fiscales en que sea necesaria querrela o declaratoria de perjuicio y el daño o el perjuicio sea cuantificable, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público hará la cuantificación correspondiente en la propia querrela o declaratoria o la presentará durante la tramitación del proceso respectivo antes de que el ministerio

Público Federal formule conclusiones. La citada cuantificación solo surtirá efectos en el procedimiento penal.”

Analizando la naturaleza jurídica de que el Fisco sufrió o pudo sufrir perjuicio, de acuerdo con lo que se ha escrito en este capítulo, debe encuadrar en una de las siguientes hipótesis:

- 1.- Es una autorización,
- 2.- Es una excitativa,
- 3.- Es una denuncia,
- 4.- Es una querrela.

Si la citada declaratoria no entra como anillo al dedo en alguna de las figuras jurídicas señaladas, entonces sólo podría llegarse a la conclusión de que se separa de los lineamientos que establece claramente nuestra Constitución en su artículo 16, cuya parte conducente fue transcrita líneas arriba.

Ahora bien, no puede nuestro Cuerpo de Leyes, ni el Órgano encargado de expedirlas, haber pasado desapercibido tan importante artículo de nuestra Carta Magna, por lo que es casi inimaginable que el Congreso de la Unión haya pasado por alto las facultades del Órgano Revisor de la Constitución o Constituyente permanente, que es el único autorizado para reformar o adicionar a la Constitución, y haya expedido una norma que supere el alcance que precisa con mucha certeza el artículo que se comenta, por lo que no puede concluirse que nuestra Carta Fundamental haya sido violada.

Por lo que toca a la excitativa y según se ha apuntado, por tener su práctica en las relaciones entre Naciones y por la razón de injurias a una de ellas, no puede resolver el problema, no hay nada que lleve a pensar que la declaratoria de perjuicio pueda ser una excitativa.

Lo mismo puede decirse en cuanto a la autorización, pues aunque es hasta curioso que un contrabandista goce de fuero, lo cierto es que el caso puede darse, pero aún en éste, que es por demás excepcional, uno sería el procedimiento para desaforar al alto funcionario y otro el que

colma el requisito de procedibilidad que hace posible al Ministerio Público investigar el hecho de que se trata.

Por lo tanto, sólo queda una alternativa, la declaratoria de perjuicio que hace la autoridad fiscal con el objeto de que se ejercite la acción penal, debe ser o denuncia o querrela.

Si se acepta que es una denuncia, entonces existe la posibilidad de que cualquier ciudadano haga del conocimiento de la autoridad que se ha cometido un hecho ilícito de contrabando para que el Ministerio Público Federal investigue y en su caso ejercite la acción penal.

Pero en el caso particular, la declaratoria exige varios requisitos que la alejan, desafortunadamente, de las características propias de la denuncia. En efecto, según el propio Código Fiscal de la Federación, es necesario que la haga la autoridad hacendaría, restringiendo de esta manera la capacidad que cualquiera persona podría argumentar, lo que hace llegar a la conclusión de que la multicitada declaratoria que hace el Fisco es una querrela.

Esto se ve aceptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en su informe del año de 1982, segunda parte, correspondiente a la Primera Sala, dictó la tesis 16 que puede leerse a fojas 11 en los siguientes términos:

3.5) CONTRABANDO. AUTORIDAD COMPETENTE PARA QUERELLARSE.

El Procurador Fiscal de la Federación, es el facultado a nombre de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y la vía telegráfica es el medio idóneo, sin que para su validez sea necesaria la firma del funcionario que lo envía, toda vez que se trata de la simple comunicación de la querrela.

Amparo Directo 3952/81.- Roberto Perea Rodríguez.- 31 de marzo de 1981.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Fernando Castellanos Tena.- Secretaria: Elvia Díaz de León D'Hers.

Así pues, la naturaleza jurídica de la declaratoria de perjuicio del Fisco constituye una querrela, un obstáculo procesal que debe salvarse antes de ejercitar la acción penal en contra del autor de un delito que en esta época de crisis adquiere magnitudes insospechadas e importancia mayúscula, y que no debería existir, toda vez que el Contrabando, como se comprobará mas adelante, es una transgresión que no afecta sólo el interés que tiene el Estado en allegarse medios para cumplir con sus atribuciones, sino que afecta a la economía de la Nación, contraviniendo los postulados que señala nuestra Norma Máxima sobre los que debe vivir nuestra economía; la libre competencia que en estos casos no se da, ni la dirección del Estado que se aparece en la vida del mexicano a través de los impuestos, por sus motivos extrafiscales, que buscan el desarrollo de una rama de la industria del país hasta un grado que les permita competir internacionalmente regidos por la ley de oferta y la demanda.

Por ello, porque no sólo se afecta con el contrabando el arca del erario nacional, sino el plan de desarrollo económico que el país quiere implementar, es fácil advertir que somos todos los interesados en que el ilícito no exista y en que en caso de llegarse a dar, sea castigado con toda la fuerza de la ley; por lo que debemos tener un arma dentro del Derecho para poder hacerlo.

El ciudadano quiere ayudar a la autoridad a lograr la justicia, y sólo puede hacerlo a través de la denuncia de hechos que, como éste, afectan a la sociedad entera porque actúan como factor desencadenante de una serie de problemas que hacen caer en un círculo viciosos a cualquier sistema económico.

De ahí que, en opinión, debe quitarse a la autoridad fiscal ese monopolio para dar a conocer al Ministerio Público la comisión de un delito y dejarse a todo ciudadano el cuidado de su propia economía pues es él, en lo particular y en última instancia, el que mas la sufre y el que mas quiere protegerla.

3.6) LA FACULTAD DISCRECIONAL.

La vida en sociedad exige del ser humano el sacrificio de alguno de sus intereses precisamente en aras de la convivencia, porque sabe que su derecho termina donde empieza el de los demás; el hombre no puede ir en contra de esto, imponer siempre su voluntad, porque no sólo violaría valores que protege y tutela el Derecho, sino que rompería con las reglas que la sociedad impone, haciendo imposible la vida en comunidad. El hombre requiere pues, respetar las normas jurídicas y sociales que nacen de su características originaria de ser un ser político.

Para que el hombre pueda vivir en sociedad es necesario que se organice, de ahí la justificación de la existencia del Estado, como la organización mas completa que ha logrado la humanidad para vivir unida.

Acorde con estas ideas, el Estado, en la búsqueda de cumplir con las tareas que le encomienda la sociedad, se organiza jurídicamente en tres poderes: el Legislativo, el Judicial y el Ejecutivo, siguiendo la teoría de frenos y contrapesos de Montesquieu.

El primero, Poder Legislativo, circunscribe su fundación a la expedición, agotado el procedimiento respectivo, del orden jurídico que va a regir en la sociedad en un momento determinado.

El segundo, Poder Judicial, se encarga de ejercer la función jurisdiccional, es decir, la actividad de dictar el Derecho cuando se da un conflicto de intereses entre dos o varios sujetos.

El tercero, Poder Ejecutivo, tiene como misión aplicar las normas que expide el Poder Legislativo y es, por lo tanto, el que tiene mayor contacto con el pueblo.

Estos tres entes, que constituyen los Poderes de la Unión en el Estado Mexicano, están regidos por el principio de la legalidad, según el cual, todo acto que emitan debe estar basado en la ley.

Dentro de ellos, el que en este punto merece especial atención es el Poder Ejecutivo, por lo que estudiaremos un aspecto de su actividad.

Cierto es que tres poderes deben tener un funcionamiento legal, y cierto es también que el Poder Ejecutivo tiene como atribución específica la aplicación del Derecho, tarea que cumple a través de las dependencias que lo integran y que señala la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la ley señala a cada órgano el campo en que pueda actuar, determinando así su competencia.

Un órgano es competente para actuar cuando se dice en la ley expresamente, pero una cosa es que pueda intervenir en un caso concreto y otra el sentido en que puede hacerlo, lo que conduce a examinar las facultades en la actividad administrativa.

No puede afirmarse que exista una legislación que agote todos los casos que puedan darse en la práctica administrativa y, por lo mismo, que indique a la autoridad el sentido en que debe emitir su decisión.

Hay ocasiones en que la ley señala a la autoridad la forma y el sentido de su actividad cuando se da un supuesto de hecho, a lo que los autores han llamado facultad reglada, vinculada u obligatoria. Facultad, porque cumple con el principio de legalidad que rige la vida de las autoridades al fundarse en la ley, y vinculada u obligatoria, precisamente porque es imperativo para la autoridad dictar el acto en determinado sentido, independientemente de la apreciación personal del individuo que en ese momento ejerce funciones públicas.

No obstante, y como consecuencia de que no existe legislación que pueda prever todos los casos, para el momento en que se de un supuesto de hecho específico, la legislación deja al arbitrio de la autoridad la decisión a tomar, hablando entonces los doctrinarios de la facultad discrecional, cuyo estudio nos centra mas en lo que pretendemos con estos comentarios.

Para ello, es conveniente ver la forma en que don Gabino Fraga clasifica a los actos administrativos guiándose en cinco criterios:

- 1.- Su naturaleza misma.
- 2.- Voluntades que intervienen en su formación.
- 3.- Relación que guardan dichas voluntades con la ley.
- 4.- Radio de aplicación del acto.
- 5.- Contenido y efectos jurídicos.

Es el tercer criterio, el que analiza la relación que guardan las voluntades que crean un acto administrativo con la ley, el que da pie a este jurista para dividirlos en las dos categorías que se han mencionado líneas arriba: el acto obligatorio, reglado o vinculado, y el acto discrecional.

Dice con respecto a este último que tiene lugar “cuando la ley deja a la administración un poder libre de apreciación, para decidir si debe obrar o abstenerse o como debe obrar o en fin, que contenido va a dar a su actuación.”⁸⁹

Considera que es necesario analizar los términos que use la ley para saber si estamos frente a una facultad discrecional; así, si son permisivos y no imperativos, se esta frente al otorgamiento de un poder discrecional.⁹⁰

Afirma que no hay una separación tajante entre ambos tipos de actos, sino que “entre ellos existe una infinita variedad en la que concurren los caracteres de uno y de otro en grados muy diversos.”⁹¹

Para Andrés Serra Rojas, la facultad discrecional se basa:

“A) En las disposiciones legales que permiten al funcionario un elemento móvil en su actuación, para actuar de acuerdo con las circunstancias. La facultad discrecional debe estar consignada en forma

⁸⁹ Fraga, Gabino, Derecho Administrativo. Vigésima Edición, edit. Porrúa S.A., México, 1980, pag. 231

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Fraga, Gabino. Ob. Cit. Pág. 232.

expresa en la ley. En algunos casos se desprende de los mismos términos legales.

B) El funcionario debe ser competente para realizar acto administrativo.

C) la Ley debe autorizar al funcionario para actuar con cierta libertad o abstenerse si así lo estima conveniente. Estos actos no escapan a la crítica y al control de legalidad y pueden ser anulados jurisdiccionalmente.

D) Es el propio funcionario el que esta autorizado para fijar las diversas modalidades de su actuación.”⁹²

Ambos autores coinciden en señalar que discrecionalidad, pues el uso de esta facultad debe basarse en la ley que señala el marco dentro del que puede actuar el funcionario.

Concluiremos entonces por decir que la facultad discrecional es un poder que tienen los órganos de la Administración Pública, cuando la ley se los señala de manera expresa, en uso del cual pueden decidir el momento y sentido de la decisión a tomar, la que debe moverse siempre dentro de los límites que la misma ley establece.

No esta por demás en este punto del trabajo, transcribir una parte del artículo 92 del Código Fiscal de la Federación:

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

⁹² Serra Rojas, Andrés. Ob. Cit., Pág. 206.

conclusiones y surtirá efectos respecto de las personas a que la misma se refiera.”

No es necesario analizar si los términos que utiliza este artículo son imperativos o potestativos, no puede haber duda al respecto, estamos en presencia de una facultad discrecional que deja al arbitrio de la autoridad, en este caso la Secretaría de hacienda y Crédito Público, solicitar o no el sobreseimiento de la causa penal.

Ahora bien, independientemente de la bondad que tenga o no el uso de la facultad discrecional por la legislación, en términos generales, en la situación que se estudia puede dar origen, por lo menos, a dos problemas que son los que llaman mi atención:

- 1.- La igualdad ante la ley
- 2.- La actividad jurisdiccional como amenaza

La igualdad ante la ley

Uno de los pilares de la revolución francesa fue la lucha por la igualdad de todos los hombres, por ello su lema fue “Igualdad, fraternidad y libertad”. El pueblo estaba cansado de que existieran tribunales y leyes especiales para juzgar a la nobleza y, como causa justa, no tardó en darse el triunfo y ver la luz pública la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.”

Pues bien, aquella revolución provocó una reacción en cadena y nuestro país incluyó un catálogo de garantías individuales desde su Carta Fundamental de 1857, la que se repitió y mejoró en algunos casos, en la Constitución, hoy vigente, de 1917.

En ella, los artículos 1, 12, y 13 se refieren a las garantías de igualdad; trato igual a todos los que pisen el territorio nacional; no existencia de títulos de nobleza que impongan para sus poseedores un trato mejor; imposibilidad de ser juzgado por leyes privativas ni tribunales especiales.

Ciertamente no podemos quejarnos de que el régimen jurídico mexicano establezca jerarquías, pero el caso del artículo 92 del Código Fiscal de la Federación parece romper el principio de la igualdad.

En efecto, el precepto establece una facultad discrecional para la autoridad por lo que respecta a solicitar el sobreseimiento del juicio penal en el caso de que el interés del fisco esté garantizado, el problema es que aún cuando en apariencia limita la actividad de la Secretaría al señalar lo que puede y lo que no puede hacer para que ésta, al emitirle acto, cumpla debidamente con el principio de legalidad, es tan amplio el campo de la acción dentro del que legítimamente puede actuar, que puede decidir en sentido diferente y contradictorio dos casos que presenten las mismas circunstancias, dando además fácil acceso a la arbitrariedad del funcionario.

Baste un ejemplo para explicar debidamente lo que no puede expresarse en forma nítida: dos mexicanos realizan un viaje al extranjero y sin cubrir los impuestos correspondientes internan en el país mercancía que tienen proyectado vender dentro del territorio nacional; por alguna causa llega al conocimiento de la Secretaría de Hacienda el hecho y a través de la Procuraduría Fiscal se querella; el Ministerio Público investiga y ejercita acción penal en contra de cada persona por separado, pues así realizaron el viaje; el juez que conoce del asunto libra orden de aprehensión en su contra y ésta se ejecuta; los familiares de los presuntos responsables pagan al Fisco los impuestos omitidos con sus respectivos recargos y multas por las infracciones de contrabando; el procedimiento sigue su secuela hasta antes de que el Ministerio Público formule conclusiones.

Entonces, los abogados defensores solicitan pacíficamente y por escrito al Secretario de Hacienda y al Procurador Fiscal que pidan el multicitado sobreseimiento, pero puede darse el caso de que a uno de ellos le contesten que es regla de la Institución el no solicitar el sobreseimiento cuando el daño que pudo sufrir el Fisco supera determinada cantidad; y en cuanto al otro sujeto, en las mismas circunstancias que el primero, solicitar, tal vez por amistad o por alguna razón desconocida, el sobreseimiento de la causa incoada en su contra.

Las dos decisiones que se tomaron están fundadas en el artículo 92 del Código Fiscal, pero ¿no da lugar a quebrantar el principio de la igualdad?, porque aunque se afirma que ante la ley el caso pudo resolverse de la misma manera y fue el funcionario el que tomó la determinación, ya don Ponciano Arriaga, al discutir el proyecto del artículo 13 de la Constitución que nos rige, con gran acierto dijo que “la igualdad no debe existir sólo ante la ley, sino ante la sociedad, ante las autoridades y ante los funcionarios públicos.”

Creo, por todo esto, que debe desaparecer la facultad discrecional de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para solicitar el sobreseimiento de la causa penal, porque no sólo rompe con el principio de la igualdad de los hombres, piedra angular de nuestra historia y Derecho Constitucional, sino que además, puede afirmarse que esta moviéndose en un campo que no le corresponde, que deja la función del Ministerio Público a un lado y se olvida que es éste el Representante de la Sociedad, al no tener él, a quien debe corresponderle, la oportunidad de estudiar el expediente, analizarlo y solicitar en su caso sobreseimiento, o desistirse de la acción penal, o no formular conclusiones acusatorias.

3.7) LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL COMO AMENAZA.

Una de las más nobles tareas que puede tener el ser humano y concretamente aquel que se ha interesado por el bien común, la paz, la tranquilidad de la vida dentro de la sociedad, es la de dictar el Derecho, es la función jurisdiccional, que corresponde llevar a la práctica, de acuerdo con nuestro sistema de división de poderes, al Poder Judicial Federal.

Es, sin lugar a dudas, la función que da confianza a la sociedad para que ésta pueda ir alcanzando mejores estadios de desarrollo, porque lo mismo le resuelve un problema dentro de una vecindad, que le protege de la seguridad de los actos jurídicos que realice, que le cubre contra las arbitrariedades de que puede ser objeto por parte del Poder Público.

Pero los mejores calificativos que pudieran expresar respecto de tal función serían insuficientes para cambiar, siquiera atenuar, la forma en que algunas personas piensan sobre la justicia en nuestro país y sobre la sociedad misma; a ellos no les interesan las instituciones del Estado ni los problemas que afronte su sociedad, tratan de sacar el mayor de los beneficios para su persona y no tienen espíritu de solidaridad para afrontar y vencer los obstáculos que se presenten.

Pongamos el caso de una persona así que comete el ilícito de contrabando y se interna al país con su mercancía y la firme intención de venderla. Ha sido detenido en varias ocasiones pero vuelve, siempre que le es posible, a efectuar la misma operación.

Para un sujeto como el descrito la sanción penal es sólo una posibilidad de que puede evitarse, por ello reincide específicamente; cuando por alguna circunstancia es descubierto sabe que basta con pagar los impuestos omitidos para que se olvide del problema penal sin ninguna consecuencia personal.

Esto puede darse, y profundizando un poco en el problema, debe concluirse que el Poder Judicial, la actividad jurisdiccional, su estructura como el Órgano que cuida de dictar el Derecho, su investidura misma se ve desmoronada con la forma en que se regula en el multicitado artículo 92 del Código Fiscal, la facultad discrecional de pedir el sobreseimiento.

Mientras el ciudadano sepa que cubriendo lo debido se termina toda acción en su contra, la fuerza de norma penal, que debe estar siempre, por su carácter público, sobre el interés particular, deja de existir y resulta que la función jurisdiccional penal se considera como una amenaza para el delincuente, que el mismo puede borrar cuando se presente con el simple hecho de pagar el daño al Fisco, pasando por alto la ejemplaridad característica de la norma penal.

Además, tal parece que el juzgador se convierte en cobrador de Fisco; cuando se paga o garantiza el interés hacendario se termina el ejercicio de la acción penal; ¿ Es que al cometer un delito de robo, por

citar alguno, lo único que importa es que se devuelva o pague lo robado?, ¿ es la reparación del daño la única sanción penal que existe?, ¿¿ Dónde queda la sanción penal privativa de la libertad por el hecho ilícito?¿.

Después de lo anterior y dado que el artículo 92 del Código Fiscal de la Federación rompe con el principio de la igualdad y deja la actividad jurisdiccional penal como simple amenaza o cobradora ante la comisión de un hecho delictuoso e contrabando, dicho precepto debe ser reformado y quitarse a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la facultad discrecional de solicitar el sobreseimiento del juicio penal.

Por el contrario, para efectos de la fijación de la pena, por ser indispensable conocer el monto del daño causado o que pudo causarse al Fisco, y por el estrecho contacto que tiene con este aspecto, nadie mejor que la propia Secretaría de Hacienda y Crédito Público para presentar la cuantificación del perjuicio, en la que, después de estudiar cada caso particular, deberá opinarse sobre el daño causado a la Economía Nacional por el monto y uso de la mercancías introducidas ilegalmente al país, pues como tratará de explicarse (y convencer) en el último capítulo de este trabajo, el delito de contrabando no debe contemplarse como una transgresión que afecte sólo las arcas del Estado, sino que daña a la sociedad misma en uno de los mas importantes elementos de estabilidad social, el económico, pues trastoca el modelo de desarrollo económico que se ha elegido para el país.

3.8) EL DELITO

Entrando en el tema del delito, este a lo largo de la historia ha sido entendido como una valoración jurídica objetiva y subjetiva, encontrando sus fundamentos en las relaciones surgidas entre el hecho contrario al orden ético social, en especial a la estimación legislativa.

Es casi imposible dar una definición universal, ya que este, se encuentra relacionado con la manera de ser y de comportarse de cada pueblo, de acuerdo a las necesidades de la época, ya que si miramos hacia el pasado lo que anteriormente podía ser costumbre, con el transcurso del tiempo pudo haberse convertido en delito, son situaciones cambiantes a través del tiempo, como ejemplo de lo anterior, baste recordar la aplicación de la Ley del Talión, donde el derecho preponderantemente era el de Ojo por Ojo y Diente por Diente. Entendiéndose en la actualidad por un no hagas a otros lo que no quieras para ti.

Con el paso de los años, los hechos dañosos fueron castigados y es así como se da la aparición de los ordenamientos legales, regulando éstos la vida de la colectividad, se limitó al hombre aplicándole una determinada sanción, como consecuencia de una conducta que ataca los intereses de la colectividad.

Filosóficamente el delito es una violación al deber necesario para el mantenimiento del orden social, garantizado por una sanción penal.

La palabra delito deriva del latín “Delinquere” cuyo significado es apartarse del buen camino.

El diccionario de la lengua española, lo define como “culpa, crimen, quebrantamiento de la ley” “acción u omisión voluntaria castigada por la ley, con pena grave.”

El maestro Francesco Carrara, en su obra programa del curso de derecho criminal, lo define como “la infracción de la ley del Estado,

promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, normalmente imputable y políticamente dañoso”⁹³

El delito es un ente jurídico, ya que lo esencial es la violación del derecho, el llama delito a la infracción de la ley del Estado, es necesaria su promulgación para la protección de los demás ciudadanos, son leyes de seguridad y convivencia social.

Rafael Garofalo lo define como “la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad”.⁹⁴

Cuello Calon lo define como “acción humana, antijurídica, típica, culpable y punible”.⁹⁵

Jiménez de Asúa nos dice que el “delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”⁹⁶

En estas definiciones se encuentran los siguientes elementos: acción, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad y condiciones objetivas de punibilidad. (elementos del delito)

Mezger lo define como “el delito es una acción punible”, un conjunto de presupuestos de la pena, termina como “Es la acción típicamente antijurídica y culpable”⁹⁷

Se puede decir que el delito es una acción punible, un conjunto de presupuestos de la pena.

⁹³ Carranca francesco, Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte General, Volumen 2, Edit. Themis, Bogota 1956, Pag. 60

⁹⁴ Garofalo rafael, citado por el lic. Fernando Castellanos, Lineamientos del Derecho Penal, pag. 118

⁹⁵ Cuello Calon Eugenio, Derecho Penal, octava edición edit. Nacional, México 1975, pag. 236

⁹⁶ Jiménez de Asúa Luis, La Ley y el Delito, edit. Sudamérica Buenos Aires , pag. 256

⁹⁷ Mezger Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Madrid 1955, pag. 256

Enfocando estas definiciones a la rama fiscal, se puede decir que el delito fiscal se entiende como una conducta ilícita, tipificada en la Ley Fiscal, acreedora a una sanción de carácter penal.

El delito fiscal no solo consiste en dejar de pagar una contribución, es un incumplimiento de la obligación fiscal, son los delitos que dañan el tesoro publico.

Los delitos fiscales solo pueden ser de comisión intencional, teniendo dos elementos, el externo u objetivo que es el mismo acto en si, y el interno que son las circunstancias de carácter psicológico y moral.

Atendiendo a su elemento interno se clasifican en doloso, culposo y preterintencional.

En los delitos dolosos o intencional el individuo, tiene inteligencia sobre las consecuencias, realiza el acto deseando producir las consecuencias previstas o aceptándolas. Como elementos encontramos a la inteligencia, el acto que constituye el tipo delictivo y la acción.

El culposo, es aquel que por medio de una actividad licita debido a la imprevisión, impericia, negligencia, falta d reflexión o de cuidado, se realizaran daños iguales a los de delito intencional.

Los delitos preterintencionales son aquellos que el resultado es mas grave del que es querido.

Respecto de los presupuestos del delito, se puede decir que son antecedentes necesarios para que el delito se pueda dar, es decir para la existencia del cuerpo del delito. Son varios los autores que hacen alusión a este tema conceptuándolos de diferentes maneras.

El maestro Carlos Ruiz Berzunza, hace una recopilación de las definiciones de los variados autores, dentro de los cuales encontramos a Maggiori quien nos dice que “La noción del presupuesto no esta aun bien definida, en la teoría general del derecho, tal vez por ser una apresurada transposición de un dogma del derecho privado al, campo del derecho pena, no pudiéndose dar sentido penal a este concepto, los que

quieren introducir la noción del presupuesto en la doctrina del delito llaman, así a toda circunstancia antecedente necesario del delito”.⁹⁸

Este autor acaba por definirlos como “son los antecedentes lógico jurídicos requeridos para que el hecho sea imputable por el título delictuoso que se considera, faltando estos antecedentes, supone la traslación del hecho a un título jurídico distinto”⁹⁹

Manzini, a quien se le considera como creador de la denominación “presupuestos del delito”, los define como “aquellos elementos jurídicos anteriores a la ejecución del hecho, positivos o negativos a la existencia o inexistencia de los cuales esta condicionada la existencia del título delictivo”¹⁰⁰

De lo anterior, se puede deducir que los presupuestos de la conducta o del hecho son:

- A) Un antecedente jurídico o material.
- B) Previo a la realización de la conducta o del hecho.
- C) Que sea necesario para la existencia de la conducta o del hecho descritos por el tipo.

3.9) ELEMENTOS DEL DELITO

Se les ha denominado de varias formas, como elementos constitutivos, presupuestos de punibilidad, fuerza del delito, pero lo más común ha sido llamarlos “elementos”.

Se les define como “la condición necesaria para la existencia de un fenómeno y es por eso siempre un hecho que lo precede” según Antolisei¹⁰¹

⁹⁸ Maggiori citado por el lic. Ruiz Bezunza Carlos, en *Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad de los Trabajadores en el Despido*, Edit. Trillas, México 1985, pag. 1

⁹⁹ Ruiz Bezunza Carlos, *Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad de los Trabajadores en el Despido*, Edit. Trillas, México 1985, pag. 2

¹⁰⁰ Idem. Pag. 2

¹⁰¹ Antlolisei Francesco, *Estudio Analítico de Delito*, edit., Atea, México 1954, pag. 86

Como nos menciona el lic. Carlos Ruiz Berzunza, citando a Battagline, los elementos son definidos como “un componente esencial que entra en la estructura de un objeto y se obtiene por la descomposición del mismo”¹⁰²

¹⁰² Ruiz Berzunza Carlos, citando a Battagline , Op. Cit. Pag. 14

CAPITULO IV

EL CONTRABANDO: DELITO CONTRA LA ECONOMIA NACIONAL.

4.1) TRANSTORNO DEL SISTEMA ECONÓMICO

De acuerdo con lo que se ha expuesto en los capítulos anteriores, el contrabando puede ser considerado bajo dos aspectos, el contravencional y el delictuoso, simultáneamente y sin violar el artículo 23 constitucional.

Hemos centrado el estudio al punto de vista delictivo y, específicamente a los requisitos para proceder penalmente contra el autor del delito y la facultad discrecional de la Secretaría de Hacienda para pedir el sobreseimiento de la causa penal; y las conclusiones y propuestas expresadas se basan en que el ilícito en comento no sólo daña las arcas del Estado sino diferentes aspectos de la vida nacional, dentro de los que destaca la economía; por ello, para cerrar el estudio que pretendemos, toca ahora demostrar que tal delito debe incluirse en el Código Penal como uno que ataca a la Economía Nacional.

El régimen jurídico mexicano debe ser congruente con los postulados constitucionales y hacer todos una unidad, de suerte que no exista norma alguna que la rompa.

Bajo este principio debemos ver si la forma en que esta actualmente regulado este ilícito choca con lo que establece nuestra Carta Magna, concretamente el artículo 28, y por lo tanto debe modificarse incluyéndose en el Código Penal, o por el contrario, sigue la línea que marcó el Constituyente y debe, consecuentemente, permanecer como esta.

El artículo 28 constitucional dice:

“ En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopolicas, los estancos y las exenciones de

impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de los precios. La Ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.

El estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objeto prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento.

No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así con la intermediación y los servicios financieros contando con las atribuciones de autoridades necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia. La conducción del banco estará a cargo de personas cuya designación será hecha por el Presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso; desempeñarán su cargo por períodos cuya duración y escalonamiento provean al ejercicio autónomo de sus funciones; sólo podrán ser removidas por causa grave y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión con la excepción de aquellos en que actúen en representación del banco y de los no remunerados en asociaciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia. Las personas encargadas de la conducción del banco central, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto en el artículo 110 de esta Constitución.

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal

fuelle de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los Estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas, respectivas en cada caso. Las mismas legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante Ley.

Se podrán otorgar subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la Nación. El Estado vigilara su aplicación y evaluará los resultados de esta.”

Ya en su antecedente de la Constitución de 1857, en la sesión del 14 de agosto de 1856, el señor Mata lo calificó como “el gran principio económico que ha de salvar a este país y lo ha de poner en el camino de su prosperidad.”¹⁰³

¹⁰³ Derecho del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones. Antecedentes y evolución de los artículos 28 al 53 constitucionales. XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, México. 1967, Tomo V, pág. 16

En efecto, desde cualquier punto de vista del que se quiera analizar este precepto, y esto en la actualidad, no puede negarse que marca principios fundamentales en los que debe basarse en el edificio de la economía nacional, no entendiendo con esto lo que se relacione al Estado únicamente, sino al espíritu que debe guiar y motivar las relaciones económicas en el seno de la sociedad.

Sin embargo, no obstante lo interesante que puede resultar el análisis de las figuras que contempla esta norma, según el objeto de esta investigación, el principio que específicamente no llama la atención es el que se relaciona con la libre competencia.

Los Diputados que explican el contenido de este artículo indican que el Estado se muestra partidario de la libre concurrencia en la medida que aquella beneficia a los consumidores, cuyos intereses son en última instancia, los que trata de proteger la norma constitucional.

La libre competencia consiste en llevar al mercado bienes o servicios para que fijen su valor de acuerdo con la Ley de la oferta (cantidad de bienes o servicios que están dispuestos los productores a llevar al mercado en un lugar y a un tiempo y precio determinados) y la demanda (cantidad de bienes o servicios que los consumidores están dispuestos a adquirir en un lugar y a un tiempo y precio determinado).

Se supone que cada productor tratará de ofrecer los productos de mejor calidad y al mejor precio para que sea a él al que le compre, y cada consumidor tratará de conseguir los mejores bienes o servicios al menor costo, lo que provoca la circulación de la riqueza y el desarrollo del país.

Sin embargo, las ramas de la industria cuyo desarrollo es indispensable para alcanzar mejores niveles de vida en la Nación, no crecen equilibradamente, impidiendo con ello que el flujo de la riqueza sea uniforme, por lo que el Estado ha tenido que intervenir en la vida económica a través de todos los elementos con los que cuenta para lograr controlar el desenvolvimiento de los factores de la producción.

Así, dentro de las funciones que desempeña el Estado para fomentar y dirigir estos factores destacan:

Primero.- El factor tierra se entiende, dentro de la terminología económica, como el conjunto de recursos naturales, renovables o no, indispensables para la producción.

En México, las bases de la función gubernamental relacionada con la tierra, en su sentido económico, se han establecido en el artículo 27 constitucional, tanto en su materia propiamente agraria como en la definición inequívoca del dominio de la Nación sobre el subsuelo.

Segundo.- El factor trabajo en sentido amplio no es mas que la población económicamente activa de un país y es quizá el que mayor incidencia tiene en el progreso, por lo que una sana política demográfica es esencial para la promoción del desarrollo económico.

Bien conocido es que el Artículo 123 constitucional regula las condiciones en que existe, o debe existir, este importante factor de la producción.

Tercero.- Es en el último factor, el capital, los recursos financieros para poner en movimiento a los otros dos, en el que el Estado tiene mayor injerencia.

Todos los medios concebibles de acción del Estado deben tener como fin el aumento del capital para lograr el desarrollo sostenido de una Nación, que se refleja en el nivel de vida de cada ciudadano.

El Estado tiene que fomentar la capitalización privada y no invertir directamente en la producción sino de aquellos bienes o servicios que, no siendo lucrativos para los particulares, sean necesariamente útiles para la sociedad y la expansión económica.

Pues bien, el fomento de dicha capitalización lo logra el Estado a través de toda su política económica:

El manejo de la moneda; una política de expansión monetaria controlada, sin duda alguna ayuda a la circulación de la riqueza y acumulación del capital para la producción.

La política de precios; los llamados precios de garantía que fija el Estado son un instrumento que no debe criticarse argumentando que crean una economía ficción, pues su objeto es otro, equilibrar el crecimiento del nivel de vida de todos los habitantes de la República Mexicana asegurando por una parte a los productores un ingreso mínimo por su mercancía, lo que estimula el aumento de la producción y con ello la no importación y la no fuga de capitales, y por otro, distribuyendo esos productos entre la población más necesitada, el Estado cumple con el consumidor que puede adquirir a precios módicos, mercancías que de otra forma quizá nunca podrían conocer, provocando un desarrollo económico generalizado.

La política fiscal, consecuentemente es, sin lugar a dudas, una de las mejores armas con que cuenta la autoridad para cumplir cabalmente con su función de gestión económica en la vida del país.

De importancia vital son los impuestos, cuya actividad de redistribución de la riqueza llega al extremo de transformar la organización económica de la sociedad.

Pues bien, es indispensable que todos paguemos impuestos para que ese ideal de redistribución deje de serlo y se convierta en verdad, y dentro de todos, si acaso pudiera jerarquizarse a la sociedad para saber quien debe pagar con mayor continuidad las contribuciones, es fácil decidir que los productores y en su caso intermediarios, tienen el primer lugar.

El hecho de que todas las personas que lleven al mercado bienes y servicios cumplan sus obligaciones fiscales les permite actuar en igualdad de circunstancias frente a los consumidores, y al Estado, lograr

que la economía nacional pueda desarrollarse armónica y equilibradamente.

Por ello, el constituyente estableció la prohibición de la exención de los impuestos, porque permite al beneficiado ofrecer sus productos a menor precio y, “cualquier ventaja exclusiva a favor de uno o varios productores, es contraria a la libre competencia.”¹⁰⁴

Ciertamente, quien esta al día en sus contribuciones tiene un costo de producción mas alto que quien no tiene ese gasto, y pierde a la clientela ofreciendo los productos mas caros que quien esta exento de impuestos, el que tiene la facilidad de acaparar la demanda y obstaculizar la circulación de la riqueza, deteniendo con ello el desarrollo económico que se busca.

Ahora bien, el delito de contrabando, caracterizado por introducir al país mercancías o productos cuya importación este prohibida o sin el pago de los impuestos que se causen, independientemente de que afecta al patrimonio del Fisco, tiene un efecto económico en el país, que es el mismo que sirvió al Constituyente para prohibir la exención de impuestos: la oferta en el mercado de mercancías cuyo costo total es desigual, no obstante ser de la misma calidad.

La única diferencia que se encuentra es que la exención de impuestos proviene de un acto del Estado que coloca en circunstancias desiguales a un sujeto con respecto a otros, y en el contrabando, es el propio sujeto, el que con un hecho ilícito, se ubica en esta situación, pero las consecuencias que se producen son exactamente las mismas.

Ángel González de la Vega escribió un artículo en la revista “Criminalia” cuyo título es “Campaña contra el contrabando y aplicación estricta de la Ley a los que dolosamente burlen las leyes fiscales”, en el que señala que con la referida campaña, “amen de que se intenta resolver problemas de carácter económico, se busca proteger al comerciante

¹⁰⁴ Idem., pág. 10

ajustado a los preceptos legales, de la desleal competencia que puede llevar a cabo el sujeto que, por no pagar los impuestos aduanales, puede ofrecer sus mercancías a precios bastante bajos”.¹⁰⁵

Este artículo fue escrito en el año de 1949 y se anotan ya los daños de que es objeto la economía nacional con la comisión del delito de contrabando, economía que debe moverse bajo el principio de la libertad de competencia, con la dirección del Estado para distribuir la riqueza y fijar las metas que debe alcanzar el desarrollo nacional.

Nuestro régimen jurídico así lo indica y basta leer el artículo 64 de la Ley Aduanera para conocer que el Estado, congruente con el Constituyente, quiere que la economía nacional se rija por este principio.

“La base gravable del impuesto general de importación, es el valor en aduana de las mercancías, salvo los casos en que la ley de la materia establezca otra base gravable.

El valor en aduana de las mercancías será el valor de transacción de la misma, salvo lo dispuesto en el artículo 71 de esta ley.

Se entiende por valor de transacción de las mercancías a importar, el precio pagado por las mismas, siempre que concurren todas las circunstancias a que se refiere el artículo 67 de esta ley, y que éstas se vendan para ser exportadas a territorio nacional por compra efectuada por el importador precio que se ajustará, en su caso, en los términos de lo dispuesto en el artículo de esta ley.

Se entiende por precio pagado el pago total que por las mercancías importadas haya efectuado o vaya a efectuar el importador de manera directa o indirecta al vendedor o en beneficio de éste.”

¹⁰⁵ Gonzalo de la Vega, Angel. Campaña contra el Contrabando y aplicación estricta de la ley a los que dolosamente burlan las leyes fiscales. Revista Criminalia, Edición Botas, México, 1949, Tomo XV, pág. 443

De la lectura de este artículo se desprende que, congruente con el espíritu que tuvo el legislador de 1917, establece que el valor normal, además de ser la base gravable del impuesto general de importación, es el que una mercancía tiene en condiciones de libre competencia, la que quiere conservarse en toda la República Mexicana, a favor de todos los habitantes de la misma, sean mexicanos o extranjeros, según lo dispone la Constitución en su artículo 1º, pues no puede olvidarse que el numeral 28 del mismo ordenamiento constituye una garantía, y son éstas a las que se refiere el primer precepto de nuestra Carta Magna.

Por otra parte y en relación con los efectos impositivos, escribe Alfonso Cortina Gutiérrez que las relaciones entre las finanzas y los fines del Estado, “han determinado una escisión profunda en el criterio de los tratadistas sobre todo sistema fiscal. Por un lado, se ha sostenido que los impuestos deben ser tan solo recursos del Estado para cubrir las necesidades presupuestales; por otra parte, se ha afirmado que los tributos a más de esa finalidad propia y exclusivamente financiera tienen otra que desborda el campo natural de la ciencia de las finanzas, atribuyéndose por este segundo grupo de tratadistas, finalidades extrafiscales a los impuestos”¹⁰⁶

En mi opinión este segundo grupo el que tiene razón y por ello es necesario que el Estado conozca cual es el efecto económico que tienen los impuestos.

En México, la legislación tributaria enseña que en cuanto a la finalidad de las contribuciones pueden dividirse en tres grandes grupos:

El primero se forma por aquellos impuestos a los que no puede reconocérseles otra razón de existencia que no se tan sólo producir ingresos para que el Estado pueda solventar sus gastos.

¹⁰⁶ Cortina Gutiérrez, Alfonso. Ob. Cit. Pág. 93

El segundo agrupa a aquellas contribuciones que además de ayudar a aumentar el erario nacional, tienen repercusiones dentro de la economía nacional.

El tercer grupo se integra por aquellos tributos que fueron creados por el legislador con el fin de influir directamente en el desarrollo económico del país, con un objetivo pues, netamente extrafiscal.

En este último grupo el que sirve de fundamento para afirmar que el delito de contrabando afecta el plan de desarrollo económico que el Estado elige para el país y por lo tanto influye directamente sobre la economía nacional.

En efecto, en el tercer grupo encontramos algunos impuestos arancelarios como el del algodón, no afirmamos que todos porque los impuestos a la importación pueden tener cualquiera de las tres finalidades; dentro del primero se señalan los impuestos a la importación de automóviles; y, dentro del segundo, el impuesto a la importación de la copra, que además de influir considerablemente en la recaudación, intenta evitar que el mercado nacional se invada de copra extranjera.

Pero volviendo al algodón, a su impuesto a la importación, señala Alfonso Cortina Gutiérrez que “tiene una alta cuota, abiertamente prohibitiva, que cierra las fronteras del país al algodón extranjero, para que no entre a la República Mexicana; esa cuota progresiva no se estableció con un criterio fiscalista, supuesto que ningún rendimiento es posible esperar, pero tiene en cambio un efecto extrafiscal: impedir que el algodón extranjero entre al país. El legislador quiere que no se importe algodón de origen extranjero, salvo pequeñas cantidades de algodón egipcio, que no se produce en el país, en virtud de que la producción nacional es suficiente para las necesidades industriales internas”¹⁰⁷

El uso de los impuestos con fines extrafiscales, si bien determina una política económica proteccionista, lo hace con el objeto de

¹⁰⁷ Cortina Gutierrez, Alfonso. Ob. Cit. Pág. 100

desarrollar alguna rama de industria del país, lo que incide directamente en su desarrollo económico.

Es el Estado el que elige la rama de la industria por desarrollar y la protege de la competencia internacional a base de aumentar los impuestos a la importación en esa rama. Al hacerlo, las industrias nacionales deben esforzarse por ofrecer los mejores productos, productos que en ese momento no pueden comprarse a los extranjeros en calidad ni en precio, pues la tecnología nacional no alcanza un grado muy elevado de desarrollo. Pero con la seguridad de que esos productos serán comprados por ser los únicos en el mercado, los empresarios invierten en esta rama industrial y comienza el desarrollo tecnológico y económico.

En efecto, el mercado se encargará de crear un flujo constante del capital invertido y lo devolverá al productor con una ganancia razonable, lo que le permitirá a este último mejorar el producto que ofrece hasta el punto en que tenga las características que lo hagan internacionalmente competitivo.

En este momento, el Estado debe retirar el arancel proteccionista y abrir las fronteras para enfrentar sus productos a los extranjeros y con esto, evitar que los productores mexicanos dejen de buscar mejoras y se mantengan estáticos ante el peligro de perder el mercado si sus productos bajan de calidad, lo que en última instancia será en beneficio del consumidor que busca la mejor calidad al menor costo.

Es pues innegable la reprecisión económica que tiene el impuesto a la importación, y por ello, al cometerse el ilícito de contrabando, no se está afectando tan sólo al interés del fisco, se causan graves problemas al sistema económico que busca el desarrollo de México, rompiendo el desenvolvimiento normal de la política estatal que intenta que crezca la Economía Nacional.

4.2) INCLUSIÓN DEL DELITO DE CONTRABANDO EN EL CODIGO PENAL

Dado que el contrabando daña principalmente a la economía nacional, su regulación no debe dejarse dentro del Código Fiscal de la Federación, pues existe dentro del Penal, un capítulo que contempla las conductas que transgreden el orden económico.

El Título Decimocuarto, Delitos contra la Economía Pública, capítulo I , Delitos contra el Consumo y la Riqueza Nacionales, del citado Código Penal, señala:

Artículo 253.- Son actos u omisiones que afectan gravemente al consumo nacional y se sancionaran con prisión de tres a diez años y con doscientos a mil días multa, los siguientes:

I.- Los relacionados con artículos de consumo necesario o generalizado o con las meterías primas necesarias para elaborarlos, así como con las materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional, que consistan en:

A).- El acaparamiento, ocultación o injustificada negativa para su venta, con el objeto de obtener una alza en los precios o afectar el abasto a los consumidores.

B).- Todo acto o procedimiento que evite o dificulte, o se proponga evitar o dificultar la libre concurrencia en la producción o en el comercio.

C).- La limitación de la producción o el manejo que se haga de la misma, con el propósito de mantener las mercancías en injusto precio.

D).- Todo acuerdo o combinación, de cualquier manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes o transportistas para

evitar la competencia entre si y traiga como consecuencia que los consumidores o usuarios paguen precios exagerados.

E).- La suspensión de la producción, procesamiento, distribución, oferta o venta de mercancías o de la prestación de servicios, que efectúen los industriales, comerciantes, productores, empresarios o prestadores de servicios, con el objeto de obtener un alza en los precios o se afecte el abasto de los consumidores.

Si se supone la conducta ilícita dentro de 2 días hábiles siguientes al momento en que la autoridad administrativa competente lo requiera, la sanción aplicable será de 6 meses a tres años de prisión o de cien a quinientos días multa;

F).- la exportación, sin permiso de la autoridad competente cuando este sea necesario de acuerdo con las disposiciones legales aplicables.

G).- La venta con inmoderado lucro, por los productores, distribuidores o comerciantes en general. En los casos de que el lucro indebido sea inferior al equivalente a 60 días del salario mínimo general vigente en la región y en el momento en que se consuma el delito, se sancionará con prisión de dos a seis años y de sesenta a trescientos días multa;

H).- Distraer, para usos distintos, mercancías que hayan sido surtidas para un fin determinado, por una entidad pública o por sus distribuidores, cuando el precio a que se hubiese entregado la mercancía sea inferior al que tenga si se destina a otros usos.

I).- Impedir o tratar de impedir la generación, conducción transformación, distribución o venta de energía eléctrica de servicio público.

J).- Interrumpir o interferir intencionalmente la producción, o el servicio de almacenamiento o distribución de gas natural, artificial o licuado de petróleo.

II.- Envasar o empacar las mercancías destinadas para la venta, en cantidad inferior a la indicada como contenido neto y fuera de la respectiva tolerancia o sin indicar en los envases o empaques el precio máximo oficial de venta al público, cuando se tenga la obligación de hacerlo.

III.- Entregar dolosa o repetidamente, cuando la medición se haga en el momento de la transacción, mercancías en cantidades menores a las convenidas.

IV.- Alterar o reducir por cualquier medio las propiedades que las mercancías o productos debieren tener.

V.- Revender a un organismo público, a precios mínimos de garantía o a los autorizados por la Secretaría de Comercio, productos agropecuarios, marinos, fluviales y lacustres adquiridos a un precio menor. Se aplicara la misma sanción al empleado o funcionario del organismo público que los compre a sabiendas de esa situación o propicie que el productor se vea obligado a vender a precios mas bajos a terceras personas.

En cualquiera de los casos señalados en las fracciones anteriores, el juez podrá ordenar, además, la suspensión hasta por un año o la disolución de la empresa de la que el delincuente sea miembro o representante, si concurren las circunstancias mencionadas en el artículo 11 de este código.

En los casos de los incisos A), F) y H), de la fracción I y de la IV de este artículo, la autoridad que tenga conocimiento de los hechos procederá de inmediato a depositar los artículos de consumo necesario o generalizado, las materias primas para elaborarlos o las materias primas esenciales para la actividad industrial nacional. El depósito se efectuara en un almacén general de deposito que sea organización nacional auxiliar de crédito y los bienes serán genéricamente designados, en los términos del artículo 281 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; cuando se trate de bienes cuya especial naturaleza no permita el deposito

genérico, se constituirá el específico, señalando asimismo, el plazo o condiciones en que habrá de procederse a su venta o destrucción conforme a lo que establece el artículo 282 de la misma Ley. El certificado de depósito que se expida tendrá el carácter de no negociable y será remitido al Ministerio Público o, en su caso, al Juez que conozca del proceso, para los efectos que procedan.

Lo dispuesto en este artículo se aplicara sin perjuicio de las medida y sanciones administrativas que establezcan las leyes correspondientes.

Este tipo de delitos tiene como objeto jurídico tutelado tanto a la economía como a la riqueza nacionales, pues menciona el doctrinario Raúl Carranca que “siendo una de las condicionantes del bienestar del pueblo constituye también objeto jurídico de dichos delitos.”¹⁰⁸

Señala Raúl Carranca y Trujillo que el “núcleo del tipo consiste en causar trastornos perjudiciales en el mercado nacional de mercancías, monedas, títulos o efectos de comercio”¹⁰⁹, y que trastornos más perjudiciales que los que provoca el contrabando.

Por lo que se ha expuesto, el contrabando tiene características que nos llevan a pensar que su regulación no debe estar en otro lado que no sea este Ordenamiento, precisamente en este capítulo, y es esto lo que se propone como punto final, que el ilícito de contrabando se incluya en el Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, lo que puede hacerse, y a en un artículo separado o bien, aumentando al inicio F) de la fracción I, del artículo 253, la importación, para quedar como sigue:

F).- La exportación o importación, sin permiso de la autoridad competente cuando éste sea necesario y/o sin el pago de los impuestos que se causen de acuerdo con las disposiciones legales aplicables.

¹⁰⁸ Carranca y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado. Antigua Librería Robredo. 2ª. Edición. México, 1966, pág. 602.

¹⁰⁹ Idem. Pág. 608

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Como resultado del desarrollo social, económico, político y cultural, el Estado ha visto paulatinamente incrementadas sus atribuciones y, consecuentemente, sus necesidades económicas para llevarlas a la práctica, de ahí que su actividad de captación, manejo y erogación de recursos monetarios aumenten en la misma proporción.

SEGUNDA.- Acorde con su importancia se establece un sistema jurídico que regule la actividad financiera y de dirección económica del Estado así como las normas que imponen sanciones para el caso de transgresión.

TERCERA.- Entre esas normas se encuentran las relativas al contrabando, y surge el cuestionamiento de los autores sobre la ubicación dentro de la ciencia jurídica, de este ilícito, el que, en mi opinión, debe estudiarse en su aspecto contravencional por el Derecho Penal Administrativo o más concretamente por el Derecho Penal Fiscal, y en su aspecto delictual por el Derecho Penal Común.

CUARTA.- Coexisten en México las jurisdicciones penal y administrativa en relación al contrabando, toda vez que se encuentra regulado como infracción y como delito por la ley Aduanera y el Código Fiscal de Federación, respectivamente.

QUINTA.- Dada esta dualidad de contemplaciones, se origina la interrogante de la posible violación al artículo 23 de nuestra Carta Magna; al respecto, hay que decir que un hecho puede violar el orden jurídico en dos planos simultáneamente, como en este caso, en el que se quebranta una norma administrativa, que da origen a la infracción, que tutela la actividad normal de los órganos de la administración, y una norma penal, que da origen al delito, que protege los valores fundamentales de la sociedad, de manera que el principio de non bis in idem no se ve incumplido.

SEXTA.- Para proceder penalmente contra el autor del delito de contrabando se requiere que previamente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público declare que el fisco sufrió o pudo sufrir perjuicios, declaratoria cuya naturaleza jurídica es la de una querrela, lo que no debe ser así pues al afectar el contrabando la economía nacional, es decir, a la sociedad entera directamente, es ésta, a través de la denuncia, la que debe poner en movimiento al órgano investigador ante la comisión del ilícito. Es decir, hay que quitar a la autoridad administrativa ese monopolio y dejar a todo ciudadano el cuidado de su economía, pues es el que en última instancia lo resiente.

SÉPTIMA.- De la misma manera, debe quitarse a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la facultad discrecional para solicitar el sobreseimiento de la causa penal al estar satisfecho o garantizado el interés del fisco, pues rompe con el principio de igualdad ante la Ley, al dejar un campo tan amplio dentro del que legítimamente puede actuar el funcionario que tiene la posibilidad de decidir en sentido opuesto y contradictorio en dos casos que presenten las mismas circunstancias.

OCTAVA.- Además, tal parece que el juzgador se convierte en cobrador del fisco, toda vez que, al quedar garantizado o pagado su interés, se termina el ejercicio de la acción penal.

NOVENA.- El contrabando no sólo afecta a las arcas del Estado, sino fundamentalmente la Economía Nacional, al no permitir el crecimiento de la planta productiva del país, y provocar una competencia desleal del contrabandista con respecto a los productores o intermediarios que pagan oportunamente sus contribuciones.

DECIMA.- Por lo tanto, el delito de contrabando debe desaparecer del Código Fiscal de la Federación e incluirse dentro del Código penal, en el título decimocuarto, de los delitos contra la Economía

Pública, proponiéndose concretamente el capítulo I, Delitos contra el Consumo y Riqueza Nacionales, artículo 253.

BIBLIOGRAFIA

Antoliser Francesco. Estudio Analítico de Delito Editorial Atea México 1954.

Castellanos Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa S.A. Vigésima Edición

Carranca y Trujillo Raul. Derecho penal Mexicano Editorial Porrúa S.A. Decimacuarta Edición

Código Penal Anotado Antigua Librería Robledo Segunda Edición, México, 1966

Carranca Francesco. Programa del Curso de Derecho Criminal Parte General Editorial Themis Bogota 1956

Cortina Gutiérrez Alfonso. Ciencia Financiera y Derecho Tributario Primera Edición Tribunal Fiscal de la Federación Colección de estudios Jurídicos México, 1981

Cuello Colon Eugenio. Derecho Penal Editorial Nacional, Octava Edición México, 1975

De la Garza Sergio Francisco. Derecho Financiero Mexicano Editorial Porrúa S.A. Décima Edición México 1981.

Fraga Gabino. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa S.A. Vigésima Edición. México 1980.

Franco Sodi Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa S.A. Tercera Edición. México 1946.

García Domínguez Miguel Ángel. Teoría de la Infracción Fiscal Derecho Fiscal Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor Primera Edición, México 1978.

García Ramírez Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa S.A. Primera Edición.

Garrofolo Rafael Citado por el Lic. Fernando Castellanos. Lineamientos del Derecho Penal.

Gonzalo de la Vega Ángel. Campana contra el Contrabando y Aplicación Estricta de la Ley a los que Dolosamente Burlen las leyes Fiscales. Revista Criminal Edición Botas. México 1949.

J. Garza Servando. Las Garantías Constitucionales en el Derecho Tributario Mexicano Editorial TGSA. Sin Numero de Edición. México 1940. México 1940.

Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito. Editorial Sudamericana Buenos Aires.

Lómeli Cerezo Margarita. Derecho Fiscal Represivo Primera Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1979.

Maggiore Giuseppe Citado por el Lic. Ruiz Bezunza. En Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad de los Trabajadores En el Despido. Editorial Trillas. México 1985.

Margain Monautou Emilio. La Constitución y Algunos Aspectos Del Derecho Tributario Mexicano. Editado por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Sin Número de Edición. México 1967.

Mezger Edmundo. Tratado de Derecho Penal Madrid. 1955.

Padilla José R. Sinopsis de Amparo. Cárdenas Editor. Segunda Edición. México 1978.

Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano Editorial Porrúa S.A. Tercera edición.

Polo Bernal Efraín. Tratado Sobre Derecho Aduanero. Código Aduanero. Fondo Editorial Coparmex. Primera Edición. México 1978.

Porte Petit Celestino. Apuntamientos de la Parte General Del Derecho Penal. Editorial Porrúa S.A. Quinta Edición.

Puig Peña Federico. Derecho Penal Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado. Sexta Edición.

Ribera Silva Manuel. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa S.A. Sin Numero de Edición México 1944.

Los Delitos Fiscales Comentados. Ediciones Botas. México 1949.

Ruiz Bezunza Carlos. Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad de los Trabajadores En el Despido. Editorial Trillas. México 1985.

Serra Rojas Andrés. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa.S.A. Cuarta Edición. México 1968.

Usúa Macias Efraín. El Derecho Penal Administrativo. Revista Criminalia. México. Enero 1951.

Revista Criminalia. México 1949. Tomo XV.

XLVI Legislatura de la Cámara De Diputados
Derecho del Pueblo Mexicano México a través de sus Constituciones. Antecedentes y Evolución de los Artículos 16 al 27 y 28 al 53. Constitucionales. Tomos IV y V . .México 1967.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917.

Código Fiscal de la Federación . 1999.

Ley Aduanera 2003