

VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA EN EL AMPARO EN REVISIÓN 1141/2016.

En sesión de diecisiete de mayo de dos mil diecisiete, la mayoría de los integrantes de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvieron el amparo en revisión 1141/2016, en el que se confirmó la negativa del amparo en contra del artículo 103, fracción II, del Código Fiscal de la Federación, que prevé el delito de contrabando presunto.¹

En la ejecutoria se sostiene que la lógica del delito descansa en la premisa de que la introducción al país de vehículos extranjeros sólo podrá ser sancionada en los casos en que el portador, propietario o poseedor del bien mueble no logre justificar que se han obtenido los permisos de las autoridades competentes y que se ha realizado el pago de los impuestos correspondientes para su introducción al país, pues es entonces cuando se afecta el bien jurídico tutelado por la norma, que es el de la protección del fisco federal.

El artículo 92, fracción II, del Código Fiscal de la Federación, impone como obligación para proceder penalmente por el delito de contrabando que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público declare que el fisco federal ha sufrido o pudo sufrir perjuicio y, para el caso de contrabando presunto, basta la denuncia de hechos ante el Ministerio Público. Incluso, el proceso por el delito de contrabando se sobreseerá a petición discrecional 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 garanticen los créditos fiscales a satisfacción de la Secretaría y

¹ “**Artículo 103.-** Se presume cometido el delito de contrabando cuando:

[...]

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 las poblaciones fronterizas, sin la documentación a que se refiere la fracción anterior.

[...]”

siempre que ello acontezca antes que el Ministerio Público Federal formule conclusiones.

Sentado lo anterior, el numeral cuya inconstitucionalidad reclama el quejoso no es en sí mismo violatorio del principio de mínima intervención, porque establece una presunción *iuris tantum* del delito de contrabando que, justo por esa naturaleza, permite a la persona aportar elementos de prueba para rebatir la acusación, y en el caso de demostrarse configurado el contrabando, el código prevé alternativas a la privación de la libertad como medida más grave (libertad provisional bajo caución).

Por otra parte, el quejoso manifestó, implícitamente, que existe un planteamiento de desigualdad, porque el contrabando presunto es menos lesivo que el contrabando y, a pesar de ello, en el primero no se formulará la declaratoria de perjuicio si el monto de la omisión no excede de \$138,390.00 M.N. (ciento treinta y ocho mil trescientos noventa pesos, 00/100 Moneda Nacional), o el diez por ciento de los impuestos causados, el que resultare mayor, previsión no comprendida para el contrabando presunto.

Sin embargo, el quejoso apreció de forma incorrecta el sistema, en virtud de que la autorización a la Secretaría de Estado competente para no formular declaratoria de perjuicio no implica una prerrogativa en favor del gobernado, sino en favor del fisco; además, artículo 92 del Código Fiscal le permite proceder a través de la “denuncia de los hechos” ante el Ministerio Público.

MOTIVOS DEL DISENSO

Comparto la conclusión que alcanza la ejecutoria en el sentido de que el artículo 103, fracción II, del Código Fiscal de la Federación, es constitucional por no violar el principio de mínima intervención del Estado en materia penal. Sin embargo, me aparto de las consideraciones de la sentencia pues, en mi opinión, no contestan de manera puntual las interrogantes que plantea el recurrente.

En efecto, la ejecutoria, al igual que los precedentes que se invocan en ella (los amparos en revisión 1380/2015 y 204/2016, resueltos en sesión de veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis, por mayoría de cuatro votos), se limitan a referir la naturaleza jurídica del delito, las razones por las cuales el tipo penal no viola el principio de presunción de inocencia, así como la actuación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público frente a su comisión. Tales argumentos no responden frontalmente la problemática planteada que se refiere a la transgresión al principio de subsidiariedad.

Para responder a los agravios, estimo que, en primer lugar, era necesario precisar que la Primera Sala ha destacado que la severidad del control judicial sobre las políticas legislativas se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma.

Respecto de la normatividad con efectos económicos o tributarios, por regla general, la intensidad de análisis constitucional debe ser poco estricta, pues la propia Constitución establece una amplia capacidad de intervención y regulación del Estado en la materia. De manera particular, el artículo 31, fracción IV, de la Constitución General, prevé

el deber que tienen los ciudadanos mexicanos de contribuir al gasto público.²

En este punto, un control muy estricto llevaría al Juez constitucional a sustituirse la competencia legislativa del Congreso, pues no es función del Poder Judicial Federal, sino de los órganos políticos, entrar a analizar si las clasificaciones económicas o las estrategias de financiamiento son las mejores o resultan necesarias. Dichas consideraciones fueron sustentadas por la Primera Sala en la jurisprudencia 1a./J 84/2006, de rubro **“ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS Y DE DIVISIÓN DE PODERES”**³.

² **Artículo 31.-** Son obligaciones de los mexicanos: (...)

IV.- Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.”

³ Época: Novena Época. Registro: 173957. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIV, Noviembre de 2006. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a./J. 84/2006. Página: 29. Cuyo texto es el siguiente: Acorde con las consideraciones sustentadas por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a. CXXXIII/2004, de rubro: "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESCRITO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).", siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. De igual manera, en aquellos asuntos en que el texto constitucional limita la discrecionalidad del Congreso o del Ejecutivo, la intervención y control del tribunal constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por ella. Para este Alto Tribunal es claro que la fuerza normativa del principio democrático y del principio de separación de poderes tiene como consecuencia obvia que los otros órganos del Estado -y entre ellos, el juzgador constitucional- deben respetar la libertad de configuración con que cuentan el Congreso y el Ejecutivo, en el marco de sus atribuciones. Conforme a lo anterior, la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma. De esta manera, resulta evidente que la Constitución Federal exige una modulación del juicio de igualdad, sin que eso implique ninguna renuncia de la Corte al estricto ejercicio de sus competencias de control. Por el contrario, en el caso de normatividad con efectos económicos o tributarios, por regla general, la intensidad del análisis constitucional debe ser poco estricta, con el fin de no vulnerar la libertad política del legislador, en campos como el económico, en donde la propia Constitución establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada del Estado, considerando que, cuando el texto constitucional establece un margen de discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que las posibilidades de injerencia del Juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada. En tales esferas, un control muy estricto llevaría al Juez constitucional a sustituir la competencia legislativa del Congreso -o la extraordinaria que puede corresponder al Ejecutivo-, pues no es función del Poder Judicial Federal, sino de los órganos políticos, entrar a analizar si esas clasificaciones económicas son las mejores o si éstas resultan necesarias.

En el caso concreto, el artículo 103, fracción II, del Código Fiscal de la Federación, no sólo tiene una connotación tributaria, sino también penal, en la que se encuentra en juego un bien jurídico tutelado de alta estima, como es la libertad, por lo que será menester acudir a la doctrina constitucional relativa al principio de *ultima ratio* o subsidiariedad o mínima intervención en materia penal.

Lo anterior nos lleva a sostener que también era necesario que la ejecutoria se ocupara en fundamentar a nivel constitucional el citado derecho, lo cual, no llevó a cabo. Al respecto, debe decirse que el citado principio no se contiene de manera expresa y autónoma en un precepto constitucional, pero se puede inferir de diversos principios que rigen a la materia penal.

Por un lado, el principio de legalidad previsto en el artículo 14 constitucional⁴ no puede verse como un mero “principio de intervención legalizada”, en el que la reserva de ley y taxatividad puedan servir para justificar un catálogo de delitos y penas emanado de un órgano legislativo democráticamente constituido en origen, pero en el que la mayoría pudiera hacer un uso abusivo del instrumento penal. Por tanto, dentro de un Estado democrático de Derecho, el ejercicio del *ius puniendi* estatal sólo está justificado cuando sea absolutamente necesario para preservar aquellos intereses sociales cuya tutela eficiente no se logra con otras medidas, como por ejemplo, de corte civil o administrativo, lo que inclina al legislador a la prever penas públicas.

Por otro lado, el artículo 73, fracción XXI, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, confiere al Congreso de la

⁴ **Artículo 14.** [...] En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Unión la facultad para expedir la legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación, así como las penas y sanciones que por ellos deban imponerse.⁵ Sin embargo, como toda atribución, su ejercicio no se concibe como arbitrario, sino que debe ejercerse de manera racional y proporcional, sin incurrir en excesos. En efecto, al momento de emitir un tipo penal, el legislador debe dilucidar cuáles son las conductas que deben ser sancionadas con penas, por constituir una grave infracción a los intereses de la sociedad que ameritan ser prevenidos o sancionados con la máxima represión que reconoce el Estado.

De este modo, cuando se demuestra que el legislador no actuó dentro de dichos parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, puede hablarse de una transgresión al principio constitucional de subsidiariedad del derecho penal.

Es menester considerar que el Poder Revisor de la Constitución General ya se ha ocupado de manera expresa en considerar que las penas deben guardar una relación cuantitativa y cualitativa equivalente a la infracción cometida y que se debe evitar el exceso en su determinación. De este modo, un principio de proporcionalidad en materia penal no es ajeno a la Constitución General, pues en su artículo 22 se dispone que toda pena debe ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado⁶.

⁵ **Artículo 73.** El Congreso tiene facultad: [...]

XXI. Para expedir: [...]

b) La legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada;

[...]"

⁶ **Artículo 22.** Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

[...]"

Por tanto, hace sentido dentro del sistema constitucional penal mexicano que el juzgador también controle la razonabilidad de ejercicio de la facultad legislativa, revaluando la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir al emitir el tipo penal y así, determine si se actualiza un sacrificio excesivo e innecesario de aquellos bienes que son afectados con la imposición de una pena pública.

En este sentido, resulta útil considerar que el Tribunal Constitucional Español ha reconocido que en materia penal, el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos puede producirse, bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal, o bien, por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito⁷.

En efecto, el ejercicio de valoración del Tribunal Español antes descrito entraña un delicado control constitucional que se ciñe a comprobar, por un lado, si los bienes que se tutelan con el tipo penal son lo suficientemente relevantes y si el derecho penal es el medio adecuado para protegerlos, pues si ello no es así, entonces se ha producido un sacrificio innecesario de derechos.

Asimismo, dicho Tribunal ha establecido que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que se proponen como alternativa de punición, resulta evidente que existen otros instrumentos menos restrictivos para la consecución, igualmente eficaz, de las finalidades deseadas por el legislador, entonces podría declararse la inconstitucionalidad de la norma penal⁸.

⁷ Sentencia 136/1999, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional Español el 20 de julio de 1999. Consultable en:

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=20504>

⁸ Sentencia 55/1996, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional Español el 28 de marzo de 1996. Consultable en:

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=19733>

En tales condiciones, la aplicación del principio de *ultima ratio* o subsidiariedad del derecho penal se limita a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte a la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho.

Por tanto, a fin de poder dilucidar si el delito de contrabando presunto, por las razones esgrimidas por el recurrente, contraviene al referido principio de mínima intervención o *última ratio*, no basta con una mera deferencia con el legislador para consentir en la constitucionalidad de la norma, sino que es necesario atender al bien jurídico protegido por la norma impugnada, aunque ese control, especialmente tratándose del derecho tributario, sea poco estricto.

Respecto del bien jurídico protegido por la norma tildada de inconstitucional, debe precisarse que el incumplimiento de disposiciones de naturaleza fiscal, tanto por el contribuyente como por cualquier persona a quien la ley le imponga obligaciones de carácter fiscal, trae aparejada la aplicación de sanciones de diverso tipo⁹.

Las infracciones tributarias son normalmente ilícitos de naturaleza administrativa, que tienen como base una norma tributaria cuyo mandato incumple el sujeto de una forma directa o abierta. Sin embargo, también hay ilícitos penales materialmente fiscales, que son delitos especiales, al estar contemplados en un ordenamiento distinto del Código Penal, como lo es el Código Fiscal de la Federación, pero que finalmente se desarrollan en el ámbito del derecho penal. Lo

⁹ Sentencia 136/1999, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional Español el 20 de julio de 1999. Consultable en:
<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=20504>

anterior quiere decir que una misma conducta puede generar ambos tipos de sanciones, administrativas y penales¹⁰.

En ese orden de ideas, en términos amplios, se puede definir al delito fiscal como **todo ilícito que atente contra la hacienda pública federal**, estatal o municipal¹¹ y, por tanto, la persecución de los delitos fiscales **tiene por objeto la protección de la referida hacienda pública**, es decir, el conjunto de haberes, bienes y rentas pertenecientes al Estado.

Lo anterior es de vital importancia, toda vez que a través de dichos recursos económicos el Estado es capaz de cumplir con las funciones que los gobernados esperan de él.

En efecto, a través de los referidos recursos económicos, el Estado es capaz de tomar un conjunto de decisiones, a través de las cuales se cumple objetivos socialmente deseables, como el establecimiento de instituciones, la implementación de políticas públicas, entre otros.

Ahora bien, el artículo 103, fracción II, del referido Código Tributario, tiene por objeto asegurar que los vehículos extranjeros se sometan a los trámites previstos en la Ley Aduanera para su introducción al territorio.

En ese sentido, cabe destacar que la internación ilegal de vehículos automotores a nuestro país es un problema de gran magnitud; el cual, además de la afectación directa que genera a la Hacienda Pública, genera una distorsión en el mercado de automotores, al propiciar una competencia desleal –es decir, una práctica económica que no

¹⁰ Sonia Venegas Álvarez. *Derecho Fiscal*. Oxford, 1ª Edición. México, 2010, página 233.

¹¹ Mario Alberto Torres López, *Teoría y práctica de los delitos fiscales*. Porrúa, 2ª. Edición. México, 2001, página 38.

respetar las reglas del mercado fijadas por las leyes—, y limita el desarrollo de dicho sector.

Conforme a los datos de diversas organizaciones no gubernamentales como la Asociación Mexicana de la Industria Automotriz, la Asociación Mexicana de Distribuidores de Autos y la Asociación Mexicana de Instituciones de Seguros, la cantidad de automóviles introducidos ilegalmente a territorio mexicano ha crecido exponencialmente. Es importante considerar que el Código Fiscal de la Federación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y uno y que para el año mil novecientos noventa y dos se estimaba una circulación de seiscientos mil o setecientos mil automóviles de las referidas características, pero para el año dos mil uno se calculaba una circulación de entre un millón quinientos mil y dos millones quinientos mil automóviles ilegales en nuestro país¹².

En ese mismo tenor, conforme a los datos expuestos por el Presidente de Asuntos Fronterizos de la Confederación de Cámaras Nacionales de Comercio Servicios y Turismo, la importación **legal** de automóviles usados al país ha decrecido, mientras que al país continúan ingresando alrededor de dos millones de automóviles de manera ilegal¹³.

En tales condiciones, es dable concluir que el bien jurídicamente protegido por el artículo 103, fracción II, del Código Fiscal de la Federación, resulta de una importancia trascendental, toda vez que la introducción ilegal de vehículos automotores al territorio nacional genera consecuencias indeseables de grandes proporciones, tanto en

¹² *Los vehículos de procedencia extranjera ilegales en México*. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. Cámara de Diputados LIX Legislatura. Mayo de 2004, páginas 1 a 3.

¹³ Ivette Saldaña, “*Internan al país dos millones de autos chocolate*”, artículo publicado en el periódico “El Universal”, el 27 de junio de 2016.

la captación de recursos económicos por parte del Estado como en el sector privado, al distorsionar el mercado de vehículos automotores, sin que en el caso a estudio sea relevante el monto de la contribución evadida.

En consecuencia, queda demostrada la necesidad de aplicar la máxima represión que conoce el Estado para disuadir o sancionar al gobernado que incurra en la citada práctica, como lo es el derecho penal. En consecuencia, el artículo 103, fracción II, del Código Fiscal de la Federación, no viola el principio de *ultima ratio* o subsidiariedad del derecho penal, motivo por el cual el suscrito llega a la misma conclusión que la mayoría de los integrantes de la Primera Sala, pero por razones diversas.

Las consideraciones antes expuestas son las que integran mi voto concurrente y me permiten compartir solamente el sentido de la ejecutoria.

MINISTRO

ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA.