

VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA EN EL AMPARO EN REVISIÓN 320/2013.

En sesión de fecha veintiuno de agosto de dos mil trece, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el amparo en revisión 320/2013, en el sentido de negar el amparo en contra del artículo 104, fracción I, del Código Fiscal de la Federación,¹ en virtud de que dicho precepto no viola el principio de exacta aplicación de la ley en materia penal, previsto en el artículo 14 constitucional.

Con el objeto de analizar la litis constitucional, en el párrafo cincuenta y cinco de la ejecutoria se formula la afirmación de que el tipo penal del delito de contrabando presunto, por el cual se dictó el auto de formal prisión, está integrado por la descripción complementaria de los artículos 102² y 104, fracción I, del Código Fiscal de la Federación.

¹ “**Artículo 104.-** El delito de contrabando se sancionará con pena de prisión:

I. De tres meses a cinco años, **si el monto de las contribuciones o de las cuotas compensatorias omitidas, es de hasta \$876,220.00 respectivamente o, en su caso, la suma de ambas es de hasta \$1,314,320.00.**

II. De tres a nueve años, si el monto de las contribuciones o de las cuotas compensatorias omitidas, excede de \$876,220.00, respectivamente o, en su caso, la suma de ambas excede de \$1,314,320.00.

III. De tres a nueve años, cuando se trate de mercancías cuyo tráfico haya sido prohibido por el Ejecutivo Federal en uso de las facultades señaladas en el segundo párrafo del artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En los demás casos de mercancías de tráfico prohibido, la sanción será de tres a nueve años de prisión.

IV. De tres a seis años, cuando no sea posible determinar el monto de las contribuciones o cuotas compensatorias omitidas con motivo del contrabando o se trate de mercancías que requiriendo de permiso de autoridad competente no cuenten con él o cuando se trate de los supuestos previstos en los artículos 103, fracciones IX, XIV, XIX y XX y 105, fracciones V, XII, XIII, XV, XVI y XVII de este Código.

Para determinar el valor de las mercancías y el monto de las contribuciones o cuotas compensatorias omitidas, sólo se tomarán en cuenta los daños ocasionados antes del contrabando.”

² “**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.”

La afirmación anterior se formuló con el objeto de dejar sentado que el monto del perjuicio fiscal causado es relevante para la tipificación de la conducta prohibida y que no se trata propiamente de un parámetro para la aplicación de las penas, pues si esto último fuera así, entonces los agravios serían inoperantes al no poderse combatir el parámetro de punibilidad con el dictado del auto de formal prisión.

- **Motivos del disenso**

Si bien coincido con el sentido del proyecto, consistente en negar el amparo solicitado, no comparto el argumento de que la acción típica del delito en análisis está integrada por los artículos 102 y 104, fracción I, del Código Fiscal de la Federación.

En primer lugar, la ejecutoria sostiene en su párrafo uno que el problema jurídico a resolver consiste **en verificar la constitucionalidad del artículo 104, fracción I, del Código Fiscal de la Federación**, en el que se establecen las penas con las que se sancionará el delito de **contrabando presunto previsto en el artículo 103 del mismo ordenamiento fiscal**.³ La problemática jurídica se corrobora de la lectura de los antecedentes que se reseñan en los párrafos dos al cuatro de la misma ejecutoria. Sin embargo, cuando se formula el pronunciamiento de fondo, en el párrafo cincuenta y cinco,

³ **Artículo 103.** Se presume cometido el delito de contrabando cuando:

I. Se descubran mercancías extranjeras sin la documentación aduanera que acredite que las mercancías se sometieron a los trámites previstos en la Ley Aduanera para su introducción al territorio nacional o para su internación de la franja o región fronteriza al resto del 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 las poblaciones fronterizas, sin la documentación a que se refiere la fracción anterior.

(...)"

se afirma que: *“...el tipo penal en este caso está integrado por la descripción complementaria de los artículos 102 y 104, fracción I, ambos del Código Fiscal de la Federación⁴”*. Esta afirmación que es imprecisa, pues el artículo 102 del citado ordenamiento legal se refiere a la figura típica del delito de contrabando, siendo que el contrabando presunto, por el cual fue procesado el recurrente, está previsto en el artículo 103 del mismo cuerpo de leyes.

Formulada la precisión anterior, debe decirse que no se comparte el criterio general que sostiene la ejecutoria, en el sentido de que el tipo penal del delito fiscal de contrabando –ya sea básico o presunto- está integrado por la conducta y el parámetro de punibilidad. En efecto, considero que por “conducta prohibida” debe entenderse la acción (u omisión) relevante para el derecho penal. Así, en el caso del delito de contrabando presunto, la conducta prohibida está completamente acotada en el artículo 103 del mismo ordenamiento legal, y en la hipótesis por la que ha sido procesado el recurrente, consiste únicamente en encontrarse en posesión de un vehículo extranjero 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 aduanera que acredite que el vehículo se sometió a los trámites previstos en la Ley Aduanera para su introducción al territorio nacional, o para su internación de la franja o región fronteriza al resto del país.

⁴ “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. (...)”

En este sentido, la integración de la conducta prohibida no requiere de la determinación monetaria de lo no enterado al fisco federal por concepto de la referida omisión aduanal ya que, como la propia ejecutoria lo reconoce al estudiar el problema de fondo, el delito se actualiza, incluso, con la mera evasión de “la cantidad mínima cuantificable”.

Por ello, es más razonable pensar que la redacción del precepto legal impugnado (artículo 104, fracción I) se refiere única y exclusivamente a la sanción que merece el delito de contrabando –ya sea simple o presunto-, la cual consiste en pena de prisión que oscila entre los tres meses y cinco años, en la inteligencia de que este parámetro de punibilidad está sujeto a una condición, la cual fue materia de análisis en el presente juicio de amparo: que el monto de las contribuciones o de las cuotas compensatorias omitidas sea de hasta \$876,220.00 respectivamente, en su caso, la suma de ambas sea de hasta \$1,314,320.00.

Esto quiere decir que el legislador tomó en cuenta, para efectos de determinar el *quantum* de la pena, el monto de la evasión fiscal, con el único propósito de que la sanción sea racional o proporcional al perjuicio causado a la Hacienda Pública.

De acogerse la línea de pensamiento de la ejecutoria, la consecuencia sería que se integrara un tipo penal diverso, dependiendo del monto de la evasión fiscal que tomó en cuenta el legislador para determinar el parámetro de punibilidad. Esta manera de pensar conllevaría a afirmar que el delito de contrabando presunto está constituido, por lo menos, por tres tipos penales de diferente

contenido, esto es, por los que se integren con las fracciones I, II y III del artículo 104 del Código Fiscal de la Federación.

A mayor abundamiento, el propio legislador reconoce en la fracción IV del artículo 104 en estudio, que habrá casos en los que no sea posible determinar el monto de las contribuciones o cuotas compensatorias omitidas con motivo de la evasión fiscal, por lo que en ese caso, el tipo penal carecerá de uno de los elementos esenciales que la ejecutoria considera como parte de la conducta delictiva, esto es, el monto de lo no enterado al fisco federal y, por lo tanto, tendríamos que estar hablando de una conducta típica distinta.

Me parece muy delicado el criterio sostenido por la Sala, ya que, entonces, el tipo penal del delito de contrabando pierde toda unidad en su definición o concepto, porque estos dependerán de la cantidad no enterada al fisco federal, si es que la misma se puede determinar.

Ahora bien, lo anterior no implica que el recurso de revisión en estudio sea improcedente. Por el contrario, el monto de las contribuciones o cuotas omitidas sí es relevante para esta etapa procesal, de tal forma que sí se puede afirmar que el contenido de ese precepto normativo le causa un agravio al recurrente. En efecto, el artículo 104, fracción I, del Código Fiscal de la Federación fue aplicado en el auto de formal prisión, pues el juez del proceso hizo referencia no sólo a la conducta prohibida, sino también a la sanción que conforme a la ley le corresponde.⁵ Este precepto es relevante no sólo

⁵ Así lo informa la ejecutoria en sus párrafos tres y cuatro.

para determinar que se está en presencia de una conducta punible, sino porque también es el fundamento legal del perjuicio económico que el inculpado le causó a la hacienda pública.

Y más aún, una vez definido el monto de lo no enterado al fisco federal, ello será relevante para determinar si el quejoso tiene derecho a la libertad provisional bajo caución, en términos del artículo 194 del Código Penal Federal,⁶ pues este último precepto hace depender ese beneficio de que la sanción aplicable sea única y exclusivamente la prevista en la fracción I del artículo 104 del Código Fiscal de la Federación y, por otro lado, el *quantum* de la pena es determinante para decidir sobre la apertura del procedimiento sumario u ordinario, en términos del artículo 152 del Código Federal de Procedimientos Penales.⁷

⁶ **ARTÍCULO 194.-** Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes: (...)

VI. Del Código Fiscal de la Federación, los delitos siguientes:

1) Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 fracciones I a la IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III, segundo párrafo del artículo 104, y (...)

⁷ **ARTÍCULO 152.-** El proceso se tramitará en forma sumaria en los siguientes casos:

a) En los casos de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión, sea o no alternativa, o la aplicable no sea privativa de libertad, al dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, de oficio resolverá la apertura del procedimiento sumario, en el cual se procurará cerrar la instrucción dentro de quince días. Una vez que el tribunal la declare cerrada, citará a la audiencia a que se refiere el artículo 307;

b) Cuando la pena exceda de dos años de prisión sea o no alternativa, al dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, el juez de oficio resolverá la apertura del procedimiento sumario en el cual se procurará cerrar la instrucción dentro del plazo de treinta días, cuando se esté en cualquiera de los siguientes casos:

I.- Que se trate de delito flagrante;

II.- Que exista confesión rendida precisamente ante la autoridad judicial o ratificación ante ésta de la rendida ante el Ministerio Público; o

III.- Que no exceda de cinco años el término medio aritmético de la pena de prisión aplicable, o que excediendo sea alternativa.

(...)

**AMPARO EN REVISIÓN 320/2013
VOTO CONCURRENTES**

Por lo anterior, estimo que aun considerando que la porción normativa en análisis sea parte del parámetro de punibilidad del delito, esta Primera Sala estaba autorizada para analizar el planteamiento de fondo.

Una razón adicional para sostener la procedencia del recurso de revisión, es que en aras de respetar los derechos fundamentales de seguridad jurídica, debido proceso y libertad personal, es estéril el desarrollo de un proceso penal si cabe la posibilidad de que, al acudir al amparo directo en contra de la sentencia definitiva, se aprecie que el parámetro económico que se toma en cuenta para definir el rango de punibilidad resulta inconstitucional. ¿Qué sentido tiene invertir recursos estatales y ejecutar actos de molestia sobre la persona del procesado con la instrucción de un juicio, si los parámetros para determinar la sanción resultan inconstitucionales?

De hecho, esta visión sería más acorde con el artículo 7, puntos 1 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José),⁸ que establece que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales y que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

Son los motivos anteriores los que me persuadieron a votar en favor de la ejecutoria de mérito, pero no con todas sus consideraciones, tal como lo expreso en el presente voto concurrente.

⁸ **Artículo 7.** Derecho a la Libertad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. (...)
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios."

**AMPARO EN REVISIÓN 320/2013
VOTO CONCURRENTES**

MINISTRO

ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA.

SECRETARIO DE ACUERDOS

LIC. HERIBERTO PÉREZ REYES.

CCR