

relación con la fracción V del artículo 114 de la Ley de Amparo—, puede optar por la reconsideración administrativa y los subsecuentes procedimientos, en cuanto respecta a la naturaleza de la mercancía, el encuadramiento de ella en determinada categoría de las tarifas, o cualquier vicio del procedimiento administrativo; o atacar la Ley de inconstitucional. (No tiene que agotar los medios ordinarios aunque precluye en su contra lo que pudo hacer valer a través del procedimiento administrativo, lo que constituye indudablemente una indebida desventaja procesal, porque resuelto el amparo en cuanto a la inconstitucionalidad, si lo pierde no puede acudir a las impugnaciones administrativas, y si hace valer éstas, no puede cuestionar la inconstitucionalidad dentro de la reconsideración fiscal y los trámites posteriores.

La extensión del hoy Artículo 248 del Código Fiscal de la Federación, es la de que la autoridad judicial carece de potestad en el proceso penal para dilucidar la naturaleza de la mercancía, la subsunción en la tarifa, la cantidad de la mercancía y los vicios de procedimiento, y que debe atenerse a la resolución administrativa provisional y a la definitiva —artículo 614 del Código Aduanero— en su caso. Tan es así, que la declaración de la Dirección General de Aduanas, en que por ejemplo se modifique la clasificación arancelaria, declarando que la mercadería es nacional y no extranjera en un supuesto contrabando a la importación, o que las tasas son menores que las señaladas por la Aduana, o que el contrabando no se ha cometido, o que consumado éste lo fue “por desconocido”, influye de manera decisiva sobre el proceso penal, de suerte que aun justificada la responsabilidad plena de un acusado condenado por sentencia de primera instancia o de segunda, se debe uniformar a la resolución administrativa la decisión judicial, y decretar en libertad absoluta al acusado.

Como el delito de la fracción I del artículo 242 del Código Fiscal de la Federación es un delito de daño, este elemento esencial solo se comprueba a través de la decla-

ración administrativa de que se ha consumado el contrabando, quienes son los presuntos responsables y el monto de la clasificación arancelaria.

Al tenor de los artículos 212, 554 y 576 del Código Aduanero, es competencia exclusiva de las autoridades aduanales el “reconocimiento de las mercancías para establecer su correcta clasificación arancelaria”; “resolver si las mercancías causan impuestos y efectuar su cobro; DECLARAR QUE SE HA COMETIDO UNA INFRACCION A LAS LEYES DE ORDEN FISCAL, imponer las multas respectivas... Por lo tanto, los Jueces y Tribunales que conozcan de procesos por infracciones a este Código, respetarán escrupulosamente las declaraciones administrativas respecto de impuestos y multas, considerando que son, en sí mismas, independientes de la sentencia que recaiga en el proceso...”, y que el contrabando dará lugar al cobro de los impuestos, a la aplicación de las multas, así como a consignación a la autoridad judicial para los efectos de las penas corporales que correspondan. No habrá lugar a dicha consignación: cuando en cada caso de contrabando los impuestos de importación o exportación no excedan de \$500.00 pesos, siempre que el presunto responsable pague o deposite el importe total de la liquidación del expediente, tan pronto como se le notifique el fallo que dicte la Aduana Instructora, “ASI COMO CUANDO EL FALLO SE DICTE CONTRA DESCONOCIDO”.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretando preceptos legales idénticos de la Ley Aduanal anterior estableció respecto del punto que ahora nos interesa en las respetables y certeras sentencias del Tomo LV pág. ... 3138, quejoso M. B. J. unanimidad de 4 votos y Tomo LXII pág. 1247 quejoso A. A. M., unanimidad de 4 votos, que, el procedimiento administrativo que declara la existencia del contrabando, el daño causado al fisco a través de la clasificación arancelaria, es la base del procedimiento penal y que sin dicha secuela administrativa “se carece de uno de los elementos o características de la figura delicti-

va", de manera que en ausencia de dicha declaración administrativa de contrabando recaída en el procedimiento aduanero, o de su nulificación por resolución firme administrativa también o por sentencia de la H. Suprema Corte, es indebido instaurar el procedimiento penal.

Acatando tal criterio hemos pronunciado entre muchas otras las sentencias de los Tocas números 498/952 "B", Carmen Erdman Vda. de Jaskille, Abril 20 de 1954; ... 308/954, Eugenia Ruiz de Rascón y María Plaza Benítez, Junio 24 de 1954, 1254/954, Manuel Zapata Contreras y Octavio Salinas Reséndez, Agosto 13 de 1954, y Pablo Pérez Núñez, Toca 72/960, abril 21 de 1960.

III.—Es preciso dilucidar si el procedimiento administrativo previo con la declaración a).—de que se ha cometido un delito de contrabando; b).—de que determinada persona es presunto responsable y se le debe consignar ante el Ministerio Público Federal, y c).—la clasificación arancelaria constituye un requisito de procedencia de la acción penal (Art. 112 del Código Penal Federal) o un elemento del delito de contrabando a la importación.

a).—El sistema adoptado por el Código Fiscal de la Federación antes y después de su reforma, por el Código Aduanero y por la Ley Orgánica de la Procuraduría Fiscal, es caótico. En efecto: los artículos 264, hoy reproducido por el 261; 284 y 285 del Código Fiscal de la Federación, previenen que cuando los funcionarios de la Secretaría de Hacienda denuncien los delitos comprendidos en el capítulo (contrabando) o tengan conocimiento de que han sido denunciados al Ministerio Público Federal lo comunicarán de inmediato a la Procuraduría Fiscal para que ésta ejerza las obligaciones consistentes en acreditar coadyuvantes del Ministerio Público Federal al tenor del artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales. Estas disposiciones de los artículos 261 y 285 suponen que las auto-

ridades hacendarias pueden denunciar los delitos fiscales, incluido el contrabando, ante el Ministerio Público Federal y que sólo lo harán saber a la Procuraduría Fiscal para que ésta dentro del proceso penal, sin ser parte, pueda proporcionar al Ministerio Público Federal los datos y pruebas referentes al delito y a la responsabilidad. Este sentido de la Ley se encontraría perfectamente armonizado con los artículos 554, 576, 583 y 612 del Código Aduanero que establecen la facultad exclusiva de las autoridades hacendarias para cobrar los impuestos y aplicar multas en casos de contrabando, "así como a la consignación a la autoridad judicial para los efectos de las penas corporales que correspondan"; que si el expediente administrativo no puede concluirse en 24 horas el Jefe de la Oficina Aduanera "consignará al detenido ante el Ministerio Público Federal" ..., y "cuando se trate de contrabando la misma resolución precisará las presunciones que hayan quedado establecidas y ordenará que, llenados los requisitos de ley, se consignen los hechos al Ministerio Público Federal..." Por lo mismo si el Código Aduanero concede la potestad a la autoridad administrativa para abrir la averiguación por infracción de contrabando, declarar *previamente* que el delito se ha cometido y quién es el presunto responsable, consignándolo ante el Ministerio Público Federal; que puede dictar la resolución final o definitiva de primera instancia administrativa, declarando igualmente la existencia del contrabando y los nombres de los presuntos responsables, fundando y motivando la resolución, con consignación ante el Ministerio Público Federal; y que no se debe consignar ante el Ministerio Público Federal los casos en que los impuestos de importación no excedan de \$500.00 cuando el responsable pague o deposite la suma; es obvio que el requisito de la denuncia ("requiesta") está librado a favor de la autoridad administrativa representada por los Administradores de Aduanas o por las autoridades superiores de la Secretaría de Hacienda y no por la Procuraduría Fiscal de la Federación (Arts. 50, 556, 557 y 565 del Código Aduanero).

b).—La Procuraduría Fiscal es competente, al tenor de la fracción XI del artículo 4o. de su Ley Orgánica, para investigar la comisión de infracciones fiscales “y en los casos de delitos fiscales, reunir los elementos necesarios para hacer al Ministerio Público Federal la denuncia correspondiente”...

Esto indicaría que en razón de que el contrabando está conceptualizado como delito fiscal en el artículo 242 del Código Fiscal de la Federación, compete exclusivamente a la Procuraduría Fiscal la investigación y la denuncia (solicitud) ante el Ministerio Público Federal.

Sin embargo, este precepto está en pugna con los mencionados artículos del Código Aduanero, que conceden privativamente a las altas autoridades de la Secretaría de Hacienda y a los Administradores de las Aduanas las facultades de abrir los juicios administrativos por infracciones de contrabando; solicitar en su caso los cateos correspondientes (Arts. 16 Constitucional, 609 a 611 del Código Aduanero), dictar la resolución previa sobre la comisión del contrabando y la responsabilidad probable del sujeto detenido consignándolo ante el Ministerio Público Federal, o la resolución definitiva sobre los mismos puntos, con la consignación; o el inejercicio de la denuncia que trae consigo la ausencia de la condición del ejercicio de la acción penal.

Entonces, frente al sistema adoptado por el Código Aduanero se opone un solo precepto legal de ambigua redacción e incompatible con aquellos preceptos legales (Tesis de la H. Suprema Corte visibles en el Tomo LV pág. 3183, Tomo LXII pág. 1241, XCVIII, Pág. 1789, 4 votos. y CXXV, pág. 2315, 5 votos, del Semanario Judicial de la Federación que establecen la necesidad procesal de la resolución aduanera y la consignación por contrabando ante el Ministerio Público como se ha visto).

c).—Excluida en general la intervención de la Pro-

curaduría Fiscal para la averiguación o juicio administrativo, para la declaración de contrabando y responsabilidad presunta y para la solicitud ante el Ministerio Público Federal, debe en cambio reconocerse que ha sido instaurado ese requisito de procedencia de la acción penal a favor de la Procuraduría Fiscal, en las delirantes reformas del Código Aduanero y del Código Fiscal de la Federación publicadas el 30 de diciembre de 1961.

Ciertamente, el artículo 628 reformado fracción ... XLVIII última parte, ordena que: “Los hechos a que se refiere esta fracción serán puestos en conocimiento de la Procuraduría Fiscal de la Federación, para que dicha dependencia determine si se hace la denuncia correspondiente al Ministerio Público Federal”.

Los hechos de la fracción que consta de un párrafo primero y de los incisos a), b) y c), contemplan la hipótesis de que violando el artículo 553 bis del mismo Código Aduanero, “comercie, compre, enajene, o efectúe cualquier acto de adquisición o TENGA EN SU PODER POR CUALQUIER CAUSA MERCANCIAS EXTRANJERAS que no sean para su uso personal” y deberá pagar los impuestos aduaneros y una multa del duplo cuando la mercancía solo cause el impuesto general de importación; si la mercadería es de tráfico internacional restringido pasa a propiedad del Fisco Federal y el infractor cubrirá multa del duplo de los impuestos, y si las mercancías requieren permiso para su importación, sin causar impuestos, pasan los efectos a propiedad del Fisco Federal y al infractor se le impone una multa de \$ 1,000.00 a \$ 10,000.00 pesos (Están incluidas las mercancías de tráfico internacional prohibido en el artículo).

La violación al artículo 553 bis consiste en comerciar, comprar, enajenar o efectuar cualquier acto de adquisición de mercancías extranjeras que no sean para uso personal, sin la documentación que compruebe la legal estancia o tenencia en el País y “tener por cualquier causa mercancías

extranjeras que no sean para uso personal del tenedor sin la documentación que compruebe la legal estancia o *tenencia* en el País de las mercancías” y aparte de las repeticiones, de las tautologías y de las imprecisiones jurídicas, es evidente el designio del Código Aduanero, en relación con sus artículos 25, 157, 200, 202, 203 y relativos y 247 fracciones I y II del Código Fiscal reformado, de sancionar: I.—La posesión o tenencia *inmovilizada* de mercancías extranjeras dentro de las zonas de vigilancia del artículo 50. del Código Aduanero; II.—La posesión o tenencia inmovilizada de mercancías extranjeras fuera de la zona de vigilancia, puesto que el Director y Subdirector de Aduanas y los funcionarios superiores de la Secretaría de Hacienda, pueden ordenar visitas a establecimientos mercantiles, a negociaciones industriales “y las domiciliarias de cualquier orden” (Arts. 50. 558, 559, 565, 569, 566, 598 y 610 del Código Aduanero); y III.—El tránsito de mercancías extranjeras, sin la documentación respectiva dentro de la zona de vigilancia de 200 kilómetros de ancho paralelas a la divisoria internacional, al tenor del primer párrafo del artículo o., 28, 29, 30, 31, 146 y relativos 157, 212 y relativos del Código Aduanero (presunción de contrabando).

Es decir, la simple posesión o tenencia de las mercancías extranjeras dentro de la zona de vigilancia aduanal, debe justificarse conforme al artículo 553 bis del Código Aduanero reformado; el tránsito de mercancías por la zona de vigilancia debe legalizarse con los mismos documentos del artículo 25 del Código Aduanero, tanto más que existe la presunción de contrabando de la fracción II del artículo 573 de dicho Código, reproducido por la fracción VI del 243 reformado del Código Fiscal de la Federación, y, la tenencia o posesión fuera de la zona de vigilancia, no en tránsito, de mercancías extranjeras sin los documentos correspondientes.

Mal se entendería la potestad investigatoria de los Administradores de Aduanas en sus jurisdicciones, y de las autoridades superiores de Hacienda —fuera de la zona de

200 kilómetros que pueden incluir el cateo, si esa averiguación no fuese a surtir efectos jurídicos algunos. Es decir: Las mercancías extranjeras inmovilizadas en la zona o fuera de la zona pueden ser buscadas —previa denuncia o expediente administrativo— para que el poseedor justifique la legal estancia de las mercaderías; si no cumple con este requisito se le consigna ante el Ministerio Público Federal. Las mercancías en tránsito, en camino, dentro de la zona de vigilancia —200 kilómetros— deben viajar amparadas con la documentación del artículo 25 del Código Aduanero, la falta de esa documentación hace presumir *juris tantum* el contrabando a la importación; las mercancías extranjeras que viajen fuera de la zona, no necesitan documentación alguna, salvo que exista el procedimiento de denuncia o expediente administrativo, por el que con todas las formalidades de ley se exija al poseedor o porteador, los documentos del artículo 25 citado. Esto no significa que las mercancías extranjeras inmovilizadas, que están guardadas en una bodega, una casa particular, en una ciudad fronteriza o dentro de la zona, no tenga la obligación el poseedor o detentador excepto cosa de uso personal— de exhibir la documentación de legalización de mercadería, porque bastaría entonces perpetrar el contrabando o guardar los objetos para no ser perseguible. A tal interpretación rupestre se oponen los artículos 50. del Código Aduanero y Circular que se transcribe al final, y la teleología de los preceptos que castigan por contrabando la importación de mercancías extranjeras omitiendo el pago de impuesto, o de tráfico internacional restringido o prohibido, ya que el comercio, la enajenación, la posesión o detentación sin comprobante legal en la zona aduanal, son delictivos.

El diverso Toca 777/960, quejoso Ernesto Lázaro Gámez Tamez y otros por unanimidad de votos de los señores Magistrados E. Ocañas, H. Gammas Colorado y G. Trueba Lanz, fue aprobado que la declaración previa administrativa de Contrabando en el artículo 583 del Código Aduanero es suficiente para integrar el recurso de procedencia

de la acción (29 de junio de 1962).

::

El mencionado requisito de la declaración administrativa de contrabando ¿es un elemento del delito o es una condición de la acción penal? (Artículos 247, y 262 reformados del Código Fiscal de la Federación y 544 párrafo segundo del Código Aduanero).

Los delitos en el aspecto procesal han sido divididos en perseguibles de oficio y en querrela necesaria; la clasificación es notoriamente incompleta, puesto que faltan otras dos modalidades consistentes en la autorización para proceder y la solicitud de la autoridad competente.

La querrela de parte es un derecho subjetivo privado que surge de una norma de derecho objetivo y el fundamento general se encuentra en la consideración de que librando a favor del particular leso (o su representante) la disponibilidad de la queja, se causan menores daños sociales, por la índole del bien jurídico lesionado, que ejercitando de oficio la acción el Ministerio Público o por denuncia de cualquiera. Así por ejemplo es clásico que en el adulterio sólo el cónyuge ofendido puede disponer de la instancia ante el Ministerio Público cuando esté dispuesto aquél a soportar la publicidad y los trastornos en la vida privada, que puede acarrear la averiguación previa y la secuela penal.

En el mismo orden de ideas, hallamos otros delitos como el estupro, el abuso de confianza, etc. Una abundante jurisprudencia de la Corte ha precisado los caracteres de derecho subjetivo de querrela; el Titular del mismo, los sustitutos, la representación en la querrela y el perdón del ofendido (11).

La doctrina es abundantísima en el extranjero (12).

La querrela se encuentra regulada por los artículos 113, fracción I, 114, 115, 118 y 119 del Código Federal de Procedimientos Penales en relación verbigracia, con el artículo 385 del Código Penal Federal.

En cuanto a la denuncia, la H. Suprema Corte también ha sido suficientemente explícita y certera sobre la obligación del Ministerio Público de abrir la averiguación sin necesidad de esperar la denuncia, o formulada ésta por cualquiera con interés o sin interés en el delito, como debe abrirse la susodicha averiguación previa.

La autorización para proceder está tácitamente comprendida entre otros casos en la fracción XXVIII del artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (artículo 109 de la Constitución Federal sobre la que ha escrito una brillante monografía el ilustre doctor Juan José González Bustamante), porque si el funcionario continúa en ejercicio de sus funciones, es porque no surte efectos materiales la orden de aprehensión y menos la formal prisión.

Finalmente la solicitud como condición de procedencia de la acción, es la orden que en ciertas legislaciones se concede a algunas autoridades superiores para que se enjuicie a Funcionarios Administrativos.

La autorización a proceder no es una instancia sino un permiso, el consentimiento para que se abra el proceso penal; en cambio la solicitud es un acto administrativo del Ministro de Justicia que manda la apertura del procedimiento, por un delito especificado. Entonces, en la solicitud y en la autorización interviene siempre la Autoridad Pública cumpliendo uno de los requisitos previos, indispensables para la averiguación previa y para la acción penal, para el proceso y para la sentencia.

En este orden de ideas el procedimiento administrativo desde su inicio, ya de oficio con el parte aduanal o la

denuncia, está la resolución provisional y la definitiva en que se declara cometida la infracción de Contrabando, se agrega la clasificación arancelaria, se declaran presuntos responsables y se ordena el envío de las actuaciones al Ministerio Público Federal para los efectos del artículo 21 de la Carta Fundamental, constituye un requisito de procedencia de la acción penal y su presentación es como dice Rocco refiriéndose a la querrela: "la remisión de una condición que suspende el ejercicio de la acción penal, o, mejor dicho, la actuación del derecho subjetivo penal del Estado"; de manera que no existe ningún otro acto que pueda substituir, ocupar el lugar del procedimiento administrativo y de la resolución (artículos 554 y 612 del Código Aduanero) que en estos casos debe presenciar la potestad administrativa. La ausencia sobre todo de la resolución ya provisional ya definitiva cumple con el sistema de los artículos 264 y 285 del Código Penal de la Federación, en que la solicitud de la Autoridad Administrativa es un acto imprescindible para el inicio de la acción persecutoria.

No es un elemento del delito esta instancia administrativa y no figura por ello en el texto del artículo 242 del Código Fiscal de la Federación; sin embargo, es una condición de la acción penal que el legislador estima oportuno colocar en el Código Aduanero que es complementario del Código Fiscal Federal.

Tales razones también son las que existen cuando se otorga a la autoridad administrativa (artículo 576 del Código Aduanero) la facultad de declarar que no se ha consumado el delito de contrabando o que cometido éste lo fue por persona desconocida y con ello impide el ejercicio de la acción penal porque el artículo 16 Constitucional está supeditado al texto de los artículos 134 y 137 Frac. I del Código Federal de Procedimientos Penales, por lo cual, solamente contra una persona responsable puede ser dirigida la acción hipotética punitiva unilateral del Estado y no contra desconocidos, y en razón de que la persona concreta o presunta responsable tan sólo puede ser señalada por la

Autoridad Administrativa en la resolución correspondiente, no hay acción penal: a).—Cuando falta la resolución administrativa; b).—Cuando existiendo la resolución administrativa se afirma que el contrabando ha sido consumado por desconocido.

El artículo 237 no derogado del Código Fiscal de la Federación previene: "Los delitos fiscales sólo pueden ser de comisión intencional", adelante, el diverso 242 al definir el contrabando en relación con el autor material exigía que la introducción o la exportación de mercancías se realizase "omitiendo deliberadamente el pago de los impuestos"; ahora, el artículo 242 fracción I ha suprimido el adverbio *deliberadamente* sin reparar en que puede dar origen a la confusión de que el delito de contrabando se estime también consumable en forma culposa, y la omisión de la reforma es doblemente vulnerable, porque al dejar subsistente el artículo 237 que continúa rigiendo para todos los delitos fiscales y consecuentemente para el contrabando, estatuye que los delitos fiscales sólo pueden ser perpetrados intencionalmente, *deliberadamente*, (Sexta Epoca, Vol. XXI, pág. 35 No. 6305/57). Es decir: el delito no puede ser cometido por culpa, el delito no exige el dolo específico —como en las injurias sino que lo norma la presunción genérica del art. 9 del Código Penal (3).

a).—El artículo 570 fracción V reformado del Código Aduanero, conceptúa como infracción de contrabando cuando se ejecuten "actos idóneos que vayan inequívocadamente (sic) dirigidos a realizar cualesquiera de las operaciones a que se refieren las fracciones anteriores, así como el comienzo de ejecución o todos los actos que debieran producir el contrabando si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente", y en consonancia el artículo 244 del Código Fiscal de la Federación reformado declara punibles "los actos idóneos que vayan inequívocamente dirigidos a la realización del contrabando, así como el comienzo de ejecución o todos los actos que debieran producirlo, si éste no se realiza por causas ajenas a la voluntad