

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

BOLETÍN JURÍDICO PRÁCTICO

COLEGIO DE DERECHO PENAL



ESCUELA LIBRE
DE DERECHO

1912

NÚM. 4, MARZO DE 2024

CONTENIDO



Mtro. Emilio González de Castilla del Valle
Presentación

01



Mtro. Raúl Omar García Molina
La procedencia del amparo en contra de la actuación
del Ministerio Público en audiencia inicial

05



Mtra. Claudia Jiménez Teutli
Reflexión sobre el aseguramiento de bienes en
carpetas de investigación, para fines de extinción de
dominio

13



Mtro. Ambrosio Michel Higuera
Improcedencia de la determinación presuntiva de
ingresos acumulables vía depósitos bancarios para
acreditar la defraudación fiscal equiparable prevista
en la segunda hipótesis de la fracción I del artículo
109 del CFF

25



Dr. Erick Mena Moreno
Alegatos aclaratorios y su regulación en el
artículo 476 del Código Nacional
de Procedimientos Penales

51



Mtra. María Elisa Vera Madrigal
Inexistencia del *non bis in idem* ministerial en el
nuevo sistema de justicia penal mexicano

59

Presentación



Mtro. Emilio González de Castilla del Valle
Rector de la Escuela Libre de Derecho

El ser humano ha transitado en un periodo de tiempo breve, de plasmar el conocimiento en textos e instrumentos que permiten su difusión y acceso a futuras generaciones, lo que inspiró el nacimiento de las grandes bibliotecas como centros de cultura y aprendizaje, a un sistema de control y regulación de ciertas tecnologías como fuentes del conocimiento para verificar su contenido, autenticidad, seguridad, entre otros problemas, lo que supone ahora desarrollar principios éticos en la era de la inteligencia artificial y de la ciberseguridad.

En ese tránsito vertiginoso, en el ámbito de la educación se utiliza la palabra escrita en libros, revistas, periódicos, compendios, tratados, con reglas muy elaboradas para garantizar no sólo la calidad sino, especialmente, la fuente de información. Estos instrumentos permiten transmitir el conocimiento y, lo más importante, las innovaciones en las diversas disciplinas de cada profesión. Es un apoyo invaluable en la enseñanza mediante el sistema de aulas presenciales y, ahora, a distancia.

Frente a estos esquemas tradicionales del conocimiento y la enseñanza, la sociedad enfrenta un reto: la dilución del hábito de lectura comprensiva. Se reduce el tiempo destinado al conocimiento por esos medios tradicionales, que se sustituyen ahora por nuevas tecnologías que, en ocasiones, entregan un producto terminado que no dan espacio para el proceso de análisis y reflexión. Lo vertiginoso de los cambios que experimenta el ser humano en la actualidad, aunado al desarrollo tecnológico ha provocado, quizá en forma imperceptible, la reducción del tiempo que requiere la lectura comprensiva.

Entre el reto y la solución requerida se tiene menos tiempo de estudio y reflexión.

Sin dejar de llevar a cabo esfuerzos para inculcar en los estudiosos y estudiantes de las diferentes disciplinas del derecho el hábito de la lectura comprensiva, quizá conviene también lograr un instrumento que permita tomar conocimiento de una problemática específica, práctica, actual, de vanguardia, y la crítica o solución posible, que proporcione una orientación dentro de las limitaciones actuales de tiempo.

Un análisis crítico que aporte elementos breves y concisos que auxilien en la comprensión de temas específicos, que quizá ayuden a la solución de un problema práctico con la inmediatez requerida, a reserva del estudio pausado y profundo posterior.

Es en ese contexto que se concibe y nace el *Boletín jurídico práctico*. El ánimo no puede ser alterar de ninguna forma el trabajo doctrinal, profundo, auténtico de los estudiosos del derecho que inspira a las nuevas generaciones de estudiantes. La intención, en cambio, es proporcionar ideas valiosas pragmáticas que pueden aportar a quienes ejercemos la profesión, la orientación en los temas de vanguardia dentro de los tiempos comprometidos en los cuales hoy día se ejerce la profesión.

Al mismo tiempo, con este *Boletín jurídico práctico* tendremos un vehículo ágil mediante el cual los mismos abogados que ejercemos la profesión podremos expresar nuestras experiencias y opiniones que, en ocasiones, quedan en la discusión interna de nuestros despachos, con las alegrías y frustraciones compartidas en la intimidad profesional y que no ven la luz dentro del foro educativo y colegial.

Este *Boletín jurídico práctico* es un espacio que pretende ser un vehículo para compartir ideas de vanguardia, producto del ejercicio diario de la profesión con fines pragmáticos, en

donde los estudiantes y abogados pueden encontrar un medio de expresión y opinión al mismo tiempo que es fuente de información, sin contemplar formalidades propias de un estudio doctrinal profundo el cual no se pretende sustituir sino complementar.

Hacemos votos porque este esfuerzo logre su cometido en beneficio de los estudiantes y practicantes del derecho y que sea fuente de un análisis crítico constructivo.

*La procedencia del
amparo en contra
de la actuación
del Ministerio
Público en
audiencia inicial*



 Mtro. Raúl Omar García Molina
Profesor de la cátedra de Derecho Procesal Penal en la
Escuela Libre de Derecho

En el año de 2008 se publicó la reforma constitucional que involucró el cambio al sistema procedimental penal con la finalidad de implementar un sistema preponderantemente acusatorio, en aquellos tiempos la interrogante consistía en establecer cuánto tiempo tardaría en operar con normalidad, recordando que la apuesta general oscilaba entre los quince y veinte años. Hoy en día, efectivamente estamos a quince años de la implementación del sistema y siguen surgiendo dudas relacionadas no sólo con su operación diaria, sino con la solución de conflictos que el mismo presenta y que deben de resolverse en la justicia constitucional.

Uno de estos conflictos referidos puede observarse a partir de la participación de la fiscalía en la audiencia inicial, específicamente con el acto de imputación, así como el de solicitud de vinculación al proceso, actos que son atribución exclusiva de la fiscalía, no así por la asesoría jurídica o por la víctima u ofendido. Al respecto, es importante cuestionarnos qué sucede si, en opinión de la propia víctima u ofendido y/o de la asesoría jurídica, dicha imputación y/o solicitud de vinculación a proceso han sido llevadas a cabo de forma errónea. Si la actuación de la fiscalía choca directamente contra los intereses o incluso contra la teoría del caso que sostiene la propia víctima, ¿dicha actuación de la fiscalía no generaría una afectación determinante y trascendente en perjuicio de ésta? Por ejemplo, en nuestro derecho procedimental rige el principio de correlación respecto del hecho imputado, lo cual implica que el hecho que es objeto de la imputación será el mismo hecho objeto de la vinculación, a su vez éste será el mismo hecho objeto de la acusación y sucesivamente será

el mismo hecho contenido en el auto apertura a juicio, el referido en el alegato de apertura, en el de clausura, así como el hecho objeto de la sentencia de juicio. Ahora preguntémosnos qué sucedería si en un caso de homicidio la fiscalía considera que el sujeto activo lo es Abundio (esposo de la occisa) y la familia de la víctima sostiene que hay claros elementos para considerar que su victimario lo es Isidro (deudor de la víctima). Otro ejemplo podría consistir en que un fiscal erróneamente (incluso intencional bajo un esquema de corrupción) pretenda imputar y posteriormente solicitar la vinculación a proceso por un hecho que lo describe bajo las premisas de un fraude genérico cuya conducta indiscutible lo es el engaño en tanto que la víctima y/o su asesoría jurídica consideran que los hechos no se rigen bajo la conducta del engaño, sino bajo una diversa que se encuentre tipificada bajo alguno de los supuestos de fraudes específicos y que resulta ser un fraude espurio que no requiera del elemento engaño.

Pongamos otro ejemplo en el que la fiscalía segmente ampliamente el hecho, o bien el dato de prueba con el que se cuenta en la carpeta de investigación y resulte enunciado (el hecho) o argumentado y citado (el dato de prueba) de forma por demás parcial.

Finalmente imaginemos que el imputado fue conducido a proceso mediante el cumplimiento de una orden de aprehensión debido a la necesidad de cautela que resulta alta en el caso concreto; y una vez que se realiza la imputación y/o solicitud de vinculación a proceso correspondientes, la asesoría jurídica se encuentra sorprendida debido a que éstas no coinciden o corresponden con su posición, por razones suficientes, respecto de la enunciación y encuadre del hecho, la teoría del caso o la solicitud de vinculación a proceso de la fiscalía por considerarlos deficientes, indebidos o incluso aberrantes. ¿Debe exigirse a la asesoría jurídica que en plena audiencia muestre abiertamente su desencuentro con la fiscalía? ¿Es en

la audiencia inicial en la que deben mostrarse y combatirse tales inconformidades? En mi opinión, la respuesta es que evidentemente esto no puede suceder dentro del desarrollo de dicha audiencia, pues inicialmente no podría ser el juez de control quien a través de una especie de incidente, tome postura por una u otra posición, ya que con ello violaría el principio de imparcialidad que rige su actuar. En segundo lugar, un posible efecto será que el propio juez de control considere que no existen datos de prueba suficientes que acrediten que se ha cometido un hecho señalado como delito y que existe la probabilidad de que el imputado lo haya cometido, pues ni la propia fiscalía ni la víctima han logrado ponerse de acuerdo en cómo sucedieron los hechos, la duda debe operar a favor del imputado.

Frente a estos casos, ¿con qué opciones cuenta la víctima para hacer prevalecer su postura con relación a aquella que sostiene la fiscalía? Esta pregunta tiene mayor relevancia si consideramos que, como ya se expresó anteriormente, el hecho de imputar y/o solicitar la vinculación a proceso (por regla general, salvo el caso de acción penal por particular) son facultad exclusiva de la propia fiscalía,¹ lo cual no solo se desprende de la normativa que rige tales actos, sino del monopolio del ejercicio de la acción penal y del que la Corte ha referido que el ejercicio de la acción penal se presenta con la puesta a disposición del imputado frente al juez de control y su perfeccionamiento se presenta en el acto mismo de acusación. A partir de ello puede sostenerse válidamente que ni la asesoría jurídica ni la víctima pueden participar de tales actos, sino únicamente de forma complementaria y/o de refuer-

¹ La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión del día 22 de noviembre de 2017, resolvió la contradicción de tesis 47/2016 en la que ha reforzado este punto, al igual que en el amparo en revisión 119/2018 y en las contradicciones de tesis 149/2019 y 212/2016.

zo sin que se pueda rebasar el alcance dado originalmente por la propia fiscalía.

¿Existe alguna vía con la que cuente la víctima para impugnar o controlar los actos de imputación que lleva a cabo la fiscalía y con los cuales se encuentra en desacuerdo? Para responder esta pregunta debemos de hacer un análisis, que desde luego por la naturaleza de este documento no puede resultar exhaustivo, de aquellos medios de impugnación con los que se cuenta en el Código Nacional y que en esencia son: la apelación, la revocación, la queja, el recurso innominado del artículo 258 del CNPP, o bien de aquellos medios que la víctima tiene a su alcance para controlar la actuación ministerial.

Primeramente viene a la mente el recurso de apelación, el cual no sería procedente en el caso concreto, ya que éste es *numerus clausus* y el presente no encuadra en alguno de tales supuestos; por su parte, el recurso de revocación tampoco resulta aplicable, puesto que no se está combatiendo una resolución, sino el actuar ministerial; la queja igualmente es inoperante, pues tiende a combatir la no realización de un acto procesal dentro del plazo señalado y finalmente el recurso innominado tampoco es viable, ya que lo que ataca son las actuaciones del Ministerio Público que tienen como efecto paralizar, suspender o terminar una investigación lo cual en el caso no acontece, por el contrario, se está dando trámite a la misma, pero indebidamente, bajo la posición sostenida por la víctima.

Alguien más podría sugerir que el acto se puede combatir mediante la solicitud de declaración de nulidad debiendo distinguirse si el acto es de aquellos que son violatorios de derechos humanos, o bien si es de aquellos ejecutados en contravención de las formalidades previstas en el CNPP. En mi opinión, claramente el acto sería de aquellos que resultan violatorios de derechos humanos, específicamente de los de acceso a la justicia con relación a la tutela judicial efectiva, del

derecho a la información, del derecho a la seguridad jurídica y probablemente del derecho a la confianza legítima.

Queda preguntarse si la solicitud de nulidad resulta ser una vía idónea para combatir el actuar ministerial. En mi opinión resulta evidente que no lo es pues dicha solicitud debería presentarse incidentalmente dentro de la misma audiencia inicial frente al juez de control ante el que se desarrolla dicha audiencia evidenciándose ante dicha autoridad la falta de méritos de la solicitud de la misma audiencia y corriendo el riesgo de que se deje sin efectos ya sea la imputación y/o la solicitud de vinculación a proceso, lo que *per se* no conllevaría el efecto de que la fiscalía se viera obligada a imputar o solicitar vinculación a proceso de formas distinta en ese preciso momento, pero la lógica sería que tendría que preparar adecuadamente su caso. De igual forma el hecho de que el juez de control declarara la nulidad del acto de imputación y/o de solicitud de vinculación a proceso pondría en tela de juicio su imparcialidad y de alguna forma lo comprometería a pronunciarse de forma previa a favor de una postura específica.

Finalmente queda disponible la vía del amparo indirecto, la cual puede actualizarse debido a la seria afectación a las víctimas que puede presentarse con el actuar ministerial colocando a éstas en un estado de inseguridad jurídica en el que el hecho no aporte mayores elementos que permitan al juzgador tener un entendimiento completo de la situación fáctica que es el objeto del proceso y del propio debate de la audiencia, máxime si se omite enunciar información pormenorizada, relevante y trascendente para entender la conducta, lo cual impacta categóricamente en demérito del principio de correlación, pues se genera un efecto de anclaje que vuelve invariable al hecho que de no combatirse se establecerá como hecho inmutable.

De igual forma, es importante establecer que el hecho erróneamente imputado afecta el derecho humano de las víc-

timas al acceso a la justicia, así como la tutela judicial efectiva puesto que generaría que las víctimas en su momento no pudieran acceder a un proceso que les garantizara el derecho a la verdad, relacionado con una investigación real y completa del hecho delictivo, puesto que éste se ve acotado por una mala imputación realizada por la fiscalía. De igual forma se afecta el derecho a la información por parte de las víctimas debido a que enunciar de forma incompleta el hecho delictivo genera una falsa apreciación de la investigación hacia las propias víctimas.

Por último, es importante establecer que una indebida formulación de imputación por parte de la autoridad ministerial genera una afectación a la igualdad procesal puesto que la víctima no cuenta con las posibilidades para realizar, a través de su asesor jurídico, un ejercicio informativo autónomo e independiente del ejercicio que la fiscalía pone en marcha, o bien de su teoría del caso.

Como puede observarse, no son pocos los derechos humanos que se encuentran en juego en el caso particular y parece evidente que la afectación a éstos se presenta como materialmente sustantiva, pues parece compleja su reparabilidad al no contarse con un recurso ordinario o acto que permita cambiar la posición en la que se encuentre la víctima. No obstante, este caso ha sido abordado por algunos tribunales bajo la óptica de la improcedencia, debido a que no se le reconoce el carácter de autoridad al agente del Ministerio Público durante su participación en la audiencia inicial, sino de parte. A pesar de que la imputación y la solicitud de vinculación a proceso son actos exclusivos de la fiscalía, es evidente que frente a la víctima sus actos son actos de autoridad en atención a que conllevan la ejecución unilateral, obligatoria y monopólica de la imputación y de la solicitud de vinculación a proceso, creando una situación jurídica específica con relación a la víctima, pues es justo a partir de tales actos que las reglas del

procedimiento cambian, ya que incluso forman parte de la separación de las fases de investigación preliminar y complementaria y resulta innegable que el proceso se encontrará condicionado a partir de dicho momento al hecho objeto de imputación.

En conclusión, es el amparo, en mi opinión, la vía idónea para combatir un indebido ejercicio de imputación y/o solicitud de vinculación a proceso.

*Reflexión sobre el
aseguramiento de
bienes en carpetas
de investigación,
para fines de
extinción de
dominio*

Mtra. Claudia Jiménez Teutli

Profesora de la cátedra de Derecho Procesal Penal en la
Escuela Libre de Derecho, y jueza de la Ciudad de México
en materia Penal del Sistema Procesal Acusatorio

Resumen: Ante la práctica preocupantemente generalizada de mantener de forma indefinida el aseguramiento de bienes dentro de investigaciones penales, es necesario cuestionarse si no se está incurriendo en realidad en un *fraude de etiquetas*, con el que se disfrace a un acto de molestia injustificado con una apariencia de legitimidad, al pretender mantener un aseguramiento para finalidades ajenas al procedimiento penal.

Palabras clave: *extinción de dominio, aseguramiento, procedimiento penal, decomiso.*

Frecuentes son los casos en los que, tras detenciones sospechosas de ilegalidad, durante cateos autorizados judicialmente bajo indicios cuestionables, la fiscalía traba aseguramientos sobre bienes muebles e inmuebles relacionados con los hechos investigados y los mantiene bajo ese acto de molestia indefinidamente.

En aquellos pocos casos en los que los propios investigados o terceros afectados, que tienen derechos posesorios o de propiedad sobre tales bienes, solicitan el levantamiento del aseguramiento o la devolución de los mismos, la fiscalía suele oponerse; limitándose a argumentar que se pretende *extinguir el dominio* respecto de dichos bienes.

Aunado a esto y justo en aquellos supuestos en los que el aseguramiento ha sido precedido de un cateo, en el que suelen intervenir multiplicidad de agentes de investigación y peritos para el procesamiento del lugar, y en cuyas actas o informes se llega a asentar incluso que “no se encontraron más indicios

relevantes”, se advertiría un escenario en el que sería difícil justificar el mantenimiento del aseguramiento.

Al respecto, es absolutamente pertinente hacer un análisis contextual e integral de todas las aristas que puedan tener alguna relevancia, tanto para el proceso penal, para otros intereses legítimos del Estado —por lo que hace a la extinción de dominio—, como para los particulares cuyos derechos estén resultando afectados, directa o indirectamente.

En esta tesitura, es menester tomar en consideración que:

- i. En el procedimiento penal, las finalidades ordinarias de la institución del *aseguramiento* es como medida cautelar para asegurar la ejecutabilidad de la pena de decomiso y como técnica de investigación.
- ii. En el caso de los bienes inmuebles, si ya han sido objeto de un cateo autorizado judicialmente, o en el caso de muebles e inmuebles, si ya han sido objeto de todas las intervenciones pertinentes de acuerdo a los hechos que motivaron el aseguramiento u otros que se hubiesen detectado con licitud o, por lo menos, bajo la buena fe —como excepción jurisprudencial a la exclusión probatoria.
- iii. El destino o uso de los bienes en cuestión —para vivienda, como fuente de ingresos económicos u otros—, así como la relevancia de la disponibilidad de los bienes para la satisfacción de necesidades de personas en categorías sospechosas de vulnerabilidad —menores de dieciocho años de edad, situación de discapacidad, tercera edad, etcétera.
- iv. El hecho de que el estándar de prueba, para autorizar una investigación complementaria mediante la vinculación a proceso de una persona, es muy poco exigente y, en consecuencia, no asegura necesariamente un fallo condenatorio al final del proceso.

Dependiendo de las particularidades de cada caso en relación con estos puntos, podrían haber naturalmente diversas soluciones.

No obstante, hay cierta generalidad en la primera de las cuestiones destacadas a considerar; la relativa a que el aseguramiento es una institución que en el procedimiento penal persigue finalidades específicas. Una de ellas: evitar que se alteren, destruyan o desaparezcan huellas o indicios en instrumentos, objetos o productos del delito [artículos 229 y 230 del Código Nacional de Procedimientos Penales]; tanto como técnica de investigación sobre los objetos o lugares relacionados con el evento delictivo, como de medida cautelar para hacer viable la ejecución de la pena de decomiso de dichos bienes.

Bajo la arista de *técnica de investigación*, es de tener en cuenta que si bien la etapa procesal en la que es lógico y natural que tenga lugar el aseguramiento, tanto en la fase inicial como en la complementaria sin distinción alguno, es obviamente la de investigación, lo cierto es que, al constituir el aseguramiento un claro acto de molestia, su duración y legitimidad depende directamente de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad; esto bajo la prohibición general de arbitrariedad y el principio de legalidad consagrados en la Constitución [artículo 16, párrafo primero, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos], que exigen que los actos de molestia no sólo estén impuestos por una autoridad competente —que evidentemente puede ser la fiscalía—, sino que estén debidamente fundados —lo que se puede presumir que ocurra—, pero sobre todo *motivados*.

En este sentido, el aseguramiento es consecuentemente una medida de carácter provisional o transitoria que —*inter alia*, se itera— tiene la finalidad de abonar en el esclarecimiento de los hechos materia de la investigación.

En relación con esta característica de temporalidad, es menester recalcar que el simple transcurso del tiempo no propicia el esclarecimiento de los hechos; lejos de ello, es una máxima de la experiencia y de la epistemología en general que el peor enemigo de la verdad es el paso del tiempo, pues con su discurrir se dificulta la reconstrucción de los hechos del pasado, con la pérdida de testigos en sí —muerte, pérdida de facultades cognitivas, pérdida de su ubicación o localización—, o de sus recuerdos más o menos exactos —olvido, sugestión, superposición—, la pérdida de evidencia material, el desvanecimiento o degradación de las huellas o indicios que hubieran podido generarse, la contaminación o alteración de la evidencia o de los lugares implicados.

En consecuencia, tal como lo han reconocido ya algunos tribunales federales,¹ si se permitiera la ejecución del aseguramiento indefinidamente o su temporalidad se prolongara excesivamente, ello sería claramente contrario a su naturaleza provisional o transitoria. Lo que provocaría efectos contrarios a los pretendidos, en razón de que se generaría un incentivo perverso para retrasar la pronta y oportuna investigación de los hechos, bajo la comodidad de la indefinición del tiempo.

Esto con algunos problemas añadidos:

- La afectación económica o patrimonial que su desposesión podría ocasionar a los particulares.
- Los costos del mantenimiento por el deterioro de los bienes, derivados del aseguramiento mismo.

Es claro que el carácter de “excesivo” del tiempo no es algo que se pueda medir en abstracto y aplicar su métrica de forma generalizada a cualquier caso; es por ello que no podría valorarse en términos cronológicos de días, semanas, meses

¹ Primer Tribunal Colegiado en materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito (2019) [Registro digital 2020625].

o años, sino a la razonabilidad a partir del caso concreto, los avances de la indagación y la diligencia del órgano investigador.

Esto se vuelve relevante entonces en aquellos casos en los que, previo al ejercicio de la acción penal, la fiscalía deja ver que ya tiene un objetivo y una línea de investigación sobre los bienes asegurados, como en particular lo serían aquellos inmuebles sobre los que solicita órdenes de cateo; pues, desde la ejecución del cateo, la fiscalía tiene a su disposición material el inmueble de que se trate, para practicar todos los actos que estime pertinentes; debiéndose considerar que —como ya se dijo— en muchas ocasiones en la ejecución de los cateos intervienen investigadores y peritos.

Luego, 1) si ya se ejecutó el acto de investigación más idóneo que podría haber para el procesamiento de un lugar como el cateo o de un objeto como la inspección, con la intervención incluso de peritos en criminalística, lofoscopia, fotografía y cualquier otra área pertinente; 2) si no se hallan indicios sobre hechos delictivos diversos; 3) si la fiscalía mantiene a su disposición y control el inmueble con el aseguramiento que le impuso, y 4) si, al momento de las solicitudes de particulares o requerimientos judiciales, la fiscalía no justifica la necesidad de practicar otros actos de investigación para los que sea indispensable la disposición del inmueble y el acceso al mismo, lo cierto es que el mantenimiento de su aseguramiento para finalidad investigativa deviene innecesario y desproporcional, frente al derecho a la posesión de los bienes que se hayan afectado por la fiscalía, a la presunción de inocencia y a los costes económicos para sustituir el uso el bien asegurado.

Ahora, bajo la arista de *medida cautelar* para hacer viable la ejecución de la pena de decomiso, lo primero que hay que decir es que pareciera haberse olvidado la figura del aseguramiento por los operadores ministeriales, de defensa y judiciales. Como si por el hecho de no estar regulado en la legis-

lación procesal para esa finalidad de forma expresa, se haya derogado su previsión en las legislaciones penales [artículo 24, apartados 8 y 18, 40, Código Penal Federal,² 53, 54 del Código Penal para el Distrito Federal,³ y sus equivalentes en el resto de las legislaciones penales estatales].

Por lo que, cumplida la garantía de legalidad [artículo 16, primer párrafo, Constitución Política de los Estados Unidos

² Artículo 40.—El Órgano jurisdiccional mediante sentencia en el proceso penal correspondiente, podrá decretar el decomiso de bienes que sean instrumentos, objetos o productos del delito, con excepción de los que hayan causado abandono en los términos de las disposiciones aplicables o respecto de aquellos sobre los cuales haya resuelto la declaratoria de extinción de dominio.

En caso de que el producto, los instrumentos u objetos del hecho delictivo hayan desaparecido o no se localicen por causa atribuible al imputado o sentenciado, se podrá decretar el decomiso de bienes propiedad del o de los imputados o sentenciados, así como de aquellos respecto de los cuales se conduzcan como dueños o dueños beneficiarios o beneficiario controlador, cuyo valor equivalga a dicho producto, sin menoscabo de las disposiciones aplicables en materia de extinción de dominio.

Si pertenecen a un tercero, sólo se decomisarán cuando el tercero que los tenga en su poder o los haya adquirido bajo cualquier título, esté en alguno de los supuestos a los que se refieren los artículos 139 Quáter, 400 o 400 bis de este Código, independientemente de la naturaleza jurídica de dicho tercero propietario o poseedor y de la relación que aquel tenga con el imputado o sentenciado, en su caso. Las autoridades competentes procederán al inmediato aseguramiento de los bienes que podrían ser materia del decomiso, durante el procedimiento. Se actuará en los términos previstos por este párrafo cualquiera que sea la naturaleza de los instrumentos, objetos o productos del delito.

³ Artículo 53.—(Bienes susceptibles de decomiso). El decomiso consiste en la aplicación a favor del Gobierno del Distrito Federal, de los instrumentos, objetos o productos del delito, en los términos del presente Código.

Si son de uso lícito, se decomisarán sólo cuando el sujeto haya sido condenado por delito doloso; si pertenecen a un tercero, sólo se decomisarán cuando éste haya tenido conocimiento de su utilización para la comisión del delito y no lo denunció o no hizo cuanto estaba de su parte para impedirlo.

Artículo 54.—(Destino de los objetos asegurados o decomisados). La autoridad competente determinará el destino de los instrumentos, objetos o productos del delito, que se encuentren asegurados o decomisados, al pago de la reparación de los daños y perjuicios causados, al de la multa o en su defecto, según su utilidad, a los Fondos de Apoyo a la Procuración y Administración de Justicia, según corresponda.

Respecto del aseguramiento de animales vivos, se canalizarán a lugares adecuados para su debido cuidado, siendo que en el caso de los animales domésticos, las asociaciones u organizaciones protectoras o dedicadas al cuidado de animales debidamente constituidas, podrán solicitar en cualquier momento al Ministerio Público o Juez correspondiente, su resguardo temporal y tendrán preferencia para obtener la posesión definitiva de los mismos por resolución judicial que así lo determine. Las personas que resulten responsables por el delito de maltrato o crueldad hacia los animales, perderán todo derecho sobre los animales que hayan tenido bajo su custodia o resguardo.

Mexicanos], es viable su aplicación; teniéndose siempre presente su naturaleza precautoria, que se rige bajo el principio de proporcionalidad [artículos 19, segundo párrafo, 22, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —por analogía—], los presupuestos materiales: *fumus bonis iuris* [aparición de buen derecho] y *periculum in mora* [peligro en la demora] y, específicamente en la materia penal, el principio de presunción de inocencia.

Así, una vez materializado un aseguramiento justificado, en el que se haya individualizado el bien que se trate, cabría su sustitución —por ejemplo— por un depósito bajo reserva [artículo 237, Código Nacional de Procedimientos Penales,⁴ *mutatis mutandis*], en el que se privilegie la presunción de inocencia [artículo 20, apartado B, fracción I, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos], la prohibición de penas trascendentales —como lo serían para terceros sin responsabilidad penal, ni civil [artículo 22, párrafos primero y tercero, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos], y al mismo tiempo se asegure la eficacia de la sanción penal de decomiso.

Luego, si 1) ya se ha individualizado el objeto que se pretendiera decomisar una vez superado el estándar de condena o resuelta la cuestión en salida altera o en terminación anticipada del procedimiento, y 2) si se ha constituido un acto de molestia proporcional que asegure la disponibilidad del objeto para el caso de la procedencia del decomiso, al igual que como en la modalidad de técnica de investigación, el mantenimiento del mismo para finalidad cautelar devendría innecesario y desproporcional, frente al derecho a la posesión de los bienes que se hayan afectado por la fiscalía, a la presunción

⁴ Artículo 237.—Los objetos mencionados en el artículo precedente, después de que sean examinados, fotografiados, o videograbados podrán ser devueltos, con o sin reservas, al propietario, poseedor o al tenedor legítimo según el caso, previa demostración de la calidad invocada, siempre y cuando no hayan sido medios eficaces para la comisión del delito.

de inocencia y a los costes económicos para sustituir el uso el bien asegurado.

Así, en un escenario en el que el aseguramiento no resulte justificado para las finalidades tratadas, resta analizar su legitimidad ante el anuncio de la fiscalía de pretender ejercer una acción de extinción de dominio y que es lo que motiva esta reflexión.

Al respecto, lo que inmediatamente queda de manifiesto es que esta pretensión es una cuestión completamente *irrelevante* para los fines ya tratados, dentro de un procedimiento *penal*.

Esto se afirma en razón de que la extinción de dominio es un procedimiento *jurisdiccional*, de naturaleza *civil* y *autónomo* del penal [artículo 22, párrafo tercero, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos], en el que es insuficiente la instrumentalidad del bien en la comisión de hechos delictivos, pues es una condición indispensable el origen ilícito del mismo para su procedencia fundada [artículos 22, párrafo tercero, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2, fracción XIV, 7, fracciones II y IV, y 9 de la Ley Nacional de Extinción de Dominio⁵]. Última cuestión sobre la que —en todo caso— es menester que se agote el procedimiento respectivo ante la autoridad jurisdiccional competente [artículos 2, fracción XIII, 17, Ley de Extinción de Dominio], en la que el particular demandado, gozando del respeto al debido proceso, pueda enfrentar la acción extintiva del Estado.

No se pasa por alto que en dicho procedimiento también está prevista una figura cautelar llamada “*aseguramiento*” [artículo 173, Ley de Extinción de Dominio]; no obstante, su fi-

⁵ Bajo las declaraciones de invalidez del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la acción de inconstitucionalidad 100/2019, en votación de mayoría calificada respecto de las porciones respectivas de los artículos 2, fracción XIV, 7, fracciones II y IV, y 9 de la Ley Nacional de Extinción de Dominio [apartados 3.1, 3.2, 3.3 de la ejecutoria].

nalidad y condiciones de validez son distintas a las del aseguramiento *penal*.

Se justifica en tanto su imposición sea necesaria y proporcional en el caso concreto, para evitar que —en el caso de los inmuebles— se menoscaben o deterioren, o se realice cualquier acto traslativo de dominio, y para garantizar su conservación. Todo esto para asegurar que dicho proceso alcance el fin para el que sea activado.⁶

Aunado a esto, para la validez de este *aseguramiento* es menester, sí o sí, contar con autorización judicial previa [artículo 173, segundo párrafo, Ley de Extinción de Dominio⁷].

Luego entonces, el aseguramiento *penal* constituido para fines investigativos de un hecho con relevancia *penal* o de cautela para ejecución de la sanción *penal* de decomiso, sin control previo del órgano jurisdiccional competente en materia de extinción de dominio para autorizar un *aseguramiento civil* para dicho fin extintivo, *no puede ser transformado en su naturaleza jurídica* por los órganos ministeriales o jurisdiccionales en los procedimientos penales, mediante una “*autorización*” o “*validación*” para extinción de dominio, puesto que su competencia no abarca —ni en situación de urgencia [artículo 29, Código Nacional de Procedimientos Penales]— actos cautelares del procedimiento de extinción de dominio [artículos 61, párrafo sexto, 65, fracción II, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de México, artículos 2, fracción XIII, 17, Ley de Extinción de Dominio].

De atender favorablemente estas frecuentes argumentaciones ministeriales, cabría la posibilidad de estar incurrien-

⁶ Apartado 6.1 de la ejecutoria de la acción de inconstitucionalidad 100/2019 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁷ Bajo las declaraciones de invalidez del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la acción de inconstitucionalidad 100/2019, en votación de mayoría calificada respecto de las porciones respectivas de los artículos 2, fracción XIV, 7, fracciones II y IV, y 9 de la Ley Nacional de Extinción de Dominio [apartado 6.1 de la ejecutoria].

do en un ilícito atípico, en la modalidad de *fraude a la ley*,⁸ pues a partir del nombre compartido de figuras procesales de distinta naturaleza, fines y requisitos de validez, se estaría violando el principio de legalidad y seguridad jurídica del particular afectado [artículo 16, párrafo primero, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos]; lo cual no es otra cosa que un *fraude de etiquetas*.

En este sentido, de pretender el Ministerio Público un *aseguramiento* para fines de extinción de dominio, debe seguir el cauce legalmente establecido ante las autoridades competentes.

Siendo que, aún en los procedimientos de extinción de dominio que en su caso se incoen, la autoridad jurisdiccional competente tendría el deber de preferir medidas precautorias idóneas y necesarias para el fin de evitar el menoscabo, deterioro, o la realización de actos traslativos de dominio respecto de dicho inmueble, que resultaran proporcionales frente a la afectación adelantada que pudieran sufrir los afectados —como el depósito judicial, las anotaciones en el registro público de la propiedad, etcétera.

Bajo estas consideraciones e insistiéndose en las particularidades de cada caso, lo cierto es que, en la mayoría de los asuntos, suele no existir razón que justifique retener bajo aseguramiento los bienes afectados, ya en modalidad de técnica de investigación, ya en modalidad de medida cautelar para ejecución del decomiso. Sobre todo, en aquellos casos en los que no exista pendencia en la práctica de actos de investigación para los que sea necesaria la disposición material del bien sobre el que se hagan y en aquellos en los que los hechos que motiven el aseguramiento penal no sean indicativos de algún conflicto sobre la propiedad o posesión de los bienes asegurados.

⁸ RUIZ MANERO, et al., *Ilícitos atípicos*, Trotta, Barcelona, 2006.

*Improcedencia de la
determinación presuntiva
de ingresos acumulables
vía depósitos bancarios
para acreditar la
defraudación fiscal
equiparable prevista en la
segunda hipótesis de la
fracción I del artículo 109
del CFF*

Mtro. Ambrosio Michel Higuera
Profesor de la Escuela Libre de Derecho

Agradezco la invitación del Colegio de Derecho Penal de nuestra *alma mater* para publicar un artículo en el primer *Boletín jurídico práctico* sobre la materia penal.

Aprovecharé la oportunidad para abordar un tema de la mayor relevancia, por ser una de las formas y casos más comunes por los que se inician procedimientos penales fiscales en contra de contribuyentes a los que la autoridad fiscal les encuentra depósitos bancarios que no corresponden a sus ingresos acumulables declarados, teniendo en cuenta que, si bien lo aquí abordado ya lo he expuesto desde hace muchos años, tanto en litigios en los que he participado como en libros de mi autoría sobre este tipo de asuntos y en diversas conferencias y foros, derivado del carácter técnico por la confluencia de la materia fiscal y la penal, a veces no queda del todo claro.

Ante la dificultad que en algunos casos enfrenta la autoridad fiscal para realizar el cobro de contribuciones, el legislador ha establecido en la ley las llamadas presuntivas, a través de las cuales en nuestro derecho Tributario es posible determinar en forma ficticia la existencia de contribuciones a cargo de los contribuyentes sin necesidad de probarlo.

Pero la presunción de ingresos, con la consecuente determinación de contribuciones omitidas y sus accesorios, solamente puede ejercerse a través de actos de fiscalización, cumpliendo con todas las etapas procesales previstas en los artículos 42, 44, 45, 46 y 48 del Código Fiscal de la Federación (en lo sucesivo CFF), de donde se desprenden facultades cuya competencia material se encuentra prevista sólo para ciertas unidades administrativas adscritas al Servicio de Administra-

ción Tributaria (en lo sucesivo SAT) y excepcionalmente para las Secretarías de Finanzas de las entidades federativas que se encuentren coordinadas con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (en adelante SHCP), con base en los convenios suscritos al amparo de la Ley de Coordinación Fiscal.

Además, para que la liquidación que se sustente en una determinación presuntiva sea legal, la autoridad fiscalizadora debe fundar y motivar debidamente dicho acto, especificando el tipo de presunción utilizada, la causal específica en que se ubicó el contribuyente, así como la mecánica conforme a la cual se realizó la determinación, pues la omisión de tales requisitos constituye un vicio que impide que el particular conozca si efectivamente se actualizan todos los requisitos para la procedencia de la presunción aplicada.

Para esto existen dos mecanismos que facultan al SAT para determinar presuntivamente los ingresos de los contribuyentes, siendo éstos: *a*) la determinación presuntiva de ingresos y de la utilidad fiscal con base incierta y *b*) la presunción de ingresos con base cierta, los cuales explicamos a continuación:

I. DETERMINACIÓN PRESUNTIVA DE INGRESOS Y DE LA UTILIDAD FISCAL (BASE INCIERTA)

La determinación presuntiva de ingresos y de la utilidad fiscal, prevista en los artículos 55, 56 y 58 del CFF, se origina cuando por alguna razón la autoridad fiscal no puede acceder a la información necesaria para cuantificar las contribuciones o cuando haya irregularidades, alteraciones o incumplimiento por parte del contribuyente, lo cual supone una determinación de contribuciones sobre base incierta.

Sin embargo, no se trata de una facultad que las autoridades puedan ejercer de manera indiscriminada o discrecional,

sino que el legislador estableció en el artículo 55 del CFF diversas situaciones de hecho por virtud de las cuales la autoridad fiscal se encuentra legitimada para poder ejercer su facultad de determinación presuntiva.

El elemento común de las hipótesis fácticas establecidas en el artículo 55 del CFF es la falta de información y documentación cierta y directa para determinar las contribuciones a cargo de los contribuyentes, de ahí que se afirme que están en un escenario de base incierta. Dicho artículo establece lo siguiente:

Artículo 55.—Las autoridades fiscales podrán determinar presuntivamente la utilidad fiscal de los contribuyentes, o el remanente distribuible de las personas que tributan conforme al Título III de la Ley del Impuesto sobre la Renta, sus ingresos y el valor de los actos, actividades o activos, por los que deban pagar contribuciones, cuando:

I. Se opongan u obstaculicen la iniciación o desarrollo de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales; u omitan presentar la declaración del ejercicio de cualquier contribución hasta el momento en que se inicie el ejercicio de dichas facultades y siempre que haya transcurrido más de un mes desde el día en que venció el plazo para la presentación de la declaración de que se trate. Lo dispuesto en esta fracción no es aplicable a aportaciones de seguridad social.

II. No presenten los libros y registros de contabilidad, la documentación comprobatoria de más del 3% de alguno de los conceptos de las declaraciones, o no proporcionen los informes relativos al cumplimiento de las disposiciones fiscales.

III. Se dé alguna de las siguientes irregularidades:

a) Omisión del registro de operaciones, ingresos o compras, así como alteración del costo, por más de 3% sobre los declarados en el ejercicio.

b) Registro de compras, gastos o servicios no realizados o no recibidos.

c) Omisión o alteración en el registro de existencias que deban figurar en los inventarios, o registren dichas existencias a precios distintos de los de costo, siempre que en ambos casos, el importe exceda del 3% del costo de los inventarios.

IV. No cumplan con las obligaciones sobre valuación de inventarios o no lleven el procedimiento de control de los mismos, que establezcan las disposiciones fiscales.

V. No se tengan en operación las máquinas registradoras de comprobación fiscal o bien, los equipos y sistemas electrónicos de registro fiscal que hubieran autorizado las autoridades fiscales, los destruyan, alteren o impidan darles el propósito para el que fueron instalados.

VI. Se adviertan otras irregularidades en su contabilidad que imposibiliten el conocimiento de sus operaciones.

VII. Tratándose de los contribuyentes a que se refiere el artículo 28, fracción I, apartado B de este Código:

a) No envíen los reportes de información a que se refiere el artículo 28, fracción I, apartado B de este Código.

b) No cuenten con los controles volumétricos de hidrocarburos o petrolíferos a que hace referencia el artículo 28, fracción I, apartado B de este Código, o contando con éstos, los altere, inutilice o destruya.

c) No cuenten con los equipos y programas informáticos para llevar los controles volumétricos referidos en el artículo 28, fracción I, apartado B de este ordenamiento, o contando con éstos, no los mantenga en operación en todo momento, los altere, inutilice o destruya.

d) Exista una diferencia de más del 0.5% tratándose de hidrocarburos y petrolíferos líquidos o de 1% tratándose de hidrocarburos y petrolíferos gaseosos, en el vo-

lumen final de un mes de calendario, obtenido de sumar al volumen inicial en dicho periodo, las recepciones de producto y restar las entregas de producto de acuerdo con los controles volumétricos, en el mes revisado, con respecto al registro de volumen final del tanque medido por cada producto de cada instalación de acuerdo al reporte de información a que se refiere el artículo 28, fracción I, apartado B de este Código.

e) Tratándose de adquisiciones de hidrocarburos o petrolíferos, los litros de estos productos, de acuerdo con los registros de recepción de los controles volumétricos, excedan en más del 0.5% tratándose de hidrocarburos y petrolíferos líquidos o de 1% tratándose de hidrocarburos y petrolíferos gaseosos, de los que haya adquirido de acuerdo con los litros amparados en los comprobantes fiscales de la compra, y que reúnan requisitos fiscales, o pedimentos de importación del hidrocarburo o petrolífero, en un mes de calendario.

f) Se dé cualquiera de los siguientes supuestos, tratándose de ventas, en un mes de calendario:

1. Los litros de los hidrocarburos o petrolíferos, de acuerdo con los registros de entrega de los controles volumétricos, excedan, en más del 0.5% tratándose de hidrocarburos y petrolíferos líquidos o de 1% tratándose de hidrocarburos y petrolíferos gaseosos, de los que haya vendido de acuerdo con los litros amparados en el comprobante fiscal de la venta, y que reúnan requisitos fiscales.

2. Los litros de los hidrocarburos o petrolíferos, de acuerdo con los registros de entrega de los controles volumétricos, excedan, en más del 0.5% tratándose de hidrocarburos y petrolíferos líquidos o de 1% tratándose de hidrocarburos y petrolíferos gaseosos, de los que haya recibido de acuerdo con los litros amparados en el comprobante fiscal de la compra, y que reúnan requisitos fiscales, o importado, de acuerdo con los pedimentos de importación, considerando la capacidad útil de los tan-

ques y las existencias de acuerdo con los controles volumétricos.

3. Los litros de los hidrocarburos o petrolíferos, de acuerdo con los registros de recepción de los controles volumétricos, excedan, en más del 0.5% tratándose de hidrocarburos y petrolíferos líquidos o de 1% tratándose de hidrocarburos y petrolíferos gaseosos, de los que haya vendido de acuerdo con los litros amparados en el comprobante fiscal de la venta, y que reúnan requisitos fiscales, considerando la capacidad útil de los tanques y las existencias de acuerdo con los controles volumétricos.

Para efectos de esta fracción se entenderá por capacidad útil del tanque a la susceptible de ser extraída considerando el volumen mínimo de operación del tanque, y por instalación a la estación de servicio, bodega de expendio, planta de distribución o a cualquier otra ubicación en la que se encuentren los tanques.

La determinación presuntiva a que se refiere este Artículo, procederá independientemente de las sanciones a que haya lugar.

Por su parte, el artículo 56 del CFF establece lo siguiente:

Artículo 56.—Para los efectos de la determinación presuntiva a que se refiere el artículo anterior, las autoridades fiscales calcularán los ingresos brutos de los contribuyentes, el valor de los actos, actividades o activos sobre los que proceda el pago de contribuciones, para el ejercicio de que se trate, indistintamente con cualquiera de los siguientes procedimientos:

I. Utilizando los datos de la contabilidad del contribuyente.

II. Tomando como base los datos contenidos en las declaraciones del ejercicio correspondiente a cualquier contribución, sea del mismo ejercicio o de cualquier otro, con las modificaciones que, en su caso, hubieran

tenido con motivo del ejercicio de las facultades de comprobación.

III. A partir de la información que proporcionen terceros a solicitud de las autoridades fiscales, cuando tengan relación de negocios con el contribuyente.

IV. Con otra información obtenida por las autoridades fiscales en el ejercicio de sus facultades de comprobación.

V. Utilizando medios indirectos de la investigación económica o de cualquier otra clase.

VI. Considerando los ingresos y el valor de los actos o actividades comprobados de conformidad con la fracción X del artículo 42 de este Código, para lo cual se sumará el monto diario que representen en el periodo verificado, según corresponda, y se dividirá entre el número total de días verificados. El resultado así obtenido será el promedio diario de ingresos brutos o del valor de los actos o actividades, respectivamente, que se multiplicará por el número de días que comprenda el periodo o ejercicio sujeto a revisión para la determinación presuntiva a que se refiere este artículo.

VII. [...]

Es decir, el artículo 56 del CFF establece, dentro del marco de la determinación presuntiva sobre base incierta, los procedimientos mediante los cuales las autoridades podrán calcular los ingresos brutos acumulables para efectos del pago del Impuesto Sobre la Renta (en adelante ISR) y el valor de actos o actividades para efectos del pago del Impuesto al Valor Agregado (en adelante IVA).

La presunción prevista en el artículo 56 del CFF tiene como finalidad la reconstrucción de hechos e información que el comportamiento del contribuyente impidió a las autoridades conocer a través de las vías ordinarias, y tradicionalmente se

conoce a esta facultad de presunción como facultades “estimativas”.

En estos casos la presunción se realiza sobre una base incierta, ya que se establece de manera estimada o ponderada a partir de datos o medios indirectos, dado que existe una dificultad o imposibilidad de obtener una prueba directa del monto real de los ingresos percibidos.

Así, el cálculo de los ingresos brutos y el valor de actos o actividades de los contribuyentes se determina de conformidad con los procedimientos establecidos en el artículo 56 del CFF.

Posteriormente, al resultado del procedimiento antes mencionado, una vez que se conocen los ingresos brutos para efectos del pago del ISR, se aplica la determinación presuntiva de la utilidad fiscal de dichos ingresos brutos de acuerdo con lo establecido en el artículo 58 del CFF, según el tipo de actividad del contribuyente:

Artículo 58.—Las autoridades fiscales, para determinar presuntivamente la utilidad fiscal de los contribuyentes a que se refiere la Ley del Impuesto sobre la Renta, podrán aplicar a los ingresos brutos declarados o determinados presuntivamente, el coeficiente de 20% o el que corresponda tratándose de alguna de las actividades que a continuación se indican:

I. Se aplicará a los siguientes giros:

a) 6% tratándose de las actividades a que hace referencia el artículo 28, fracción I, apartado B de este Código, excepto distribución de gas licuado de petróleo y enajenación en estaciones de servicio de gasolinas y diésel.

b) 38% tratándose de la distribución de gas licuado de petróleo.

c) 15% tratándose de la enajenación en estaciones de servicio de gasolinas y diésel.

II. Se aplicará 12% en los siguientes casos:

Industriales: Sombreros de palma y paja.

Comerciales: Abarrotes con venta de granos, semillas y chiles secos, azúcar, carnes en estado natural; cereales y granos en general; leches naturales, masa para tortillas de maíz, pan; billetes de lotería y teatros.

Agrícolas: Cereales y granos en general.

Ganaderas: Producción de leches naturales.

III. Se aplicará 15% a los giros siguientes:

Comerciales: Abarrotes con venta de vinos y licores de producción nacional; salchichonería, café para consumo nacional; dulces, confites, bombones y chocolates; legumbres, nieves y helados, galletas y pastas alimenticias, cerveza y refrescos embotellados, hielo, jabones y detergentes, libros, papeles y artículos de escritorio, confecciones, telas y artículos de algodón, artículos para deportes; pieles y cueros, productos obtenidos del mar, lagos y ríos, sustancias y productos químicos o farmacéuticos, velas y veladoras; cemento, cal y arena, explosivos; ferreterías y tlapalerías; fierro y acero, pinturas y barnices, vidrio y otros materiales para construcción, llantas y cámaras, automóviles, camiones, piezas de repuesto y otros artículos del ramo, con excepción de accesorios.

Agrícolas: Café para consumo nacional y legumbres.

Pesca: Productos obtenidos del mar, lagos, lagunas y ríos.

IV. Se aplicará 22% a los siguientes rubros:

Industriales: Masa para tortillas de maíz y pan de precio popular.

Comerciales: Espectáculos en arenas, cines y campos deportivos.

V. Se aplicará 23% a los siguientes giros:

Industriales: Azúcar, leches naturales; aceites vegetales; café para consumo nacional; maquila en molienda de nixtamal, molienda de trigo y arroz; galletas y pastas alimenticias; jabones y detergentes; confecciones, telas

y artículos de algodón; artículos para deportes; pieles y cueros; calzado de todas clases; explosivos, armas y municiones; fierro y acero; construcción de inmuebles; pintura y barnices, vidrio y otros materiales para construcción; muebles de madera corriente; extracción de gomas y resinas; velas y veladoras; imprenta; litografía y encuadernación.

VI. Se aplicará 25% a los siguientes rubros:

Industriales: Explotación y refinación de sal, extracción de maderas finas, metales y plantas minero-metalúrgicas.

Comerciales: Restaurantes y agencias funerarias.

VII. Se aplicará 27% a los siguientes giros:

Industriales: Dulces, bombones, confites y chocolates, cerveza, alcohol, perfumes, esencias, cosméticos y otros productos de tocador; instrumentos musicales, discos y artículos del ramo; joyería y relojería; papel y artículos de papel; artefactos de polietileno, de hule natural o sintético; llantas y cámaras; automóviles, camiones, piezas de repuesto y otros artículos del ramo.

VIII. Se aplicará 39% a los siguientes giros:

Industriales: Fraccionamiento y fábricas de cemento.

Comerciales: Comisionistas y otorgamiento del uso o goce temporal de inmuebles.

IX. Se aplicará 50% en el caso de prestación de servicios personales independientes.

Para obtener el resultado fiscal, se restará a la utilidad fiscal determinada conforme a lo dispuesto en este artículo, las pérdidas fiscales pendientes de disminuir de ejercicios anteriores.

Como podemos apreciar, este dispositivo establece el mecanismo para la determinación presuntiva de la utilidad fiscal de los contribuyentes del ISR mediante la aplicación de un coeficiente sobre los ingresos brutos declarados o determinados presuntivamente conforme a los artículos 55 y 56 del CFF,

reconociendo en dicha aplicación la lógica de que, para la obtención de todo ingreso, se requiere incurrir en erogaciones y llegar a una base gravable.

De tal manera que el coeficiente que debe ser aplicado sobre los ingresos brutos declarados o determinados presuntivamente es de 20% o el que corresponda según la actividad a la que se dedique el contribuyente y va desde el 6% al 50%, de acuerdo con el listado de actividades previsto en el referido artículo 58 del CFF.

Debemos tener en cuenta que los artículos 56 y 58 del CFF son normas de aplicación condicionada, pues previamente el contribuyente se debió haber colocado en alguna de las situaciones de hecho previstas en el artículo 55 del mismo ordenamiento.

II. PRESUNCIÓN DE INGRESOS (BASE CIERTA)

En el artículo 59 del CFF se establece una presunción *iuris tantum* que la autoridad puede utilizar para la comprobación de los ingresos (para efectos del ISR) o valor de actos o actividades (para efectos del IVA) por los que se deben pagar contribuciones. Dicho artículo establece expresamente lo siguiente:

Artículo 59.—Para la comprobación de los ingresos, del valor de los actos, actividades o activos por los que se deban pagar contribuciones, así como de la actualización de las hipótesis para la aplicación de las tasas establecidas en las disposiciones fiscales, las autoridades fiscales presumirán, salvo prueba en contrario:

I. Que la información contenida en la contabilidad, documentación comprobatoria y correspondencia que se encuentren en poder del contribuyente, corresponde a operaciones celebradas por él, aun cuando aparezcan sin

su nombre o a nombre de otra persona, siempre que se logre demostrar que al menos una de las operaciones o actividades contenidas en tales elementos, fue realizada por el contribuyente.

II. Que la información contenida en los sistemas de contabilidad, a nombre del contribuyente, localizados en poder de personas a su servicio, o de accionistas o propietarios de la empresa, corresponde a operaciones del contribuyente.

III. Que los depósitos en la cuenta bancaria del contribuyente que no correspondan a registros de su contabilidad que esté obligado a llevar, son ingresos y valor de actos o actividades por los que se deben pagar contribuciones.

Para los efectos de esta fracción, se considera que el contribuyente no registró en su contabilidad los depósitos en su cuenta bancaria cuando, estando obligado a llevarla, no la presente a la autoridad cuando ésta ejerza sus facultades de comprobación.

También se presumirá que los depósitos que se efectúen en un ejercicio fiscal, cuya suma sea superior a \$1,804,010.00 en las cuentas bancarias de una persona que no está inscrita en el Registro Federal de Contribuyentes o que no está obligada a llevar contabilidad, son ingresos y valor de actos o actividades por los que se deben pagar contribuciones.

No se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior cuando, antes de que la autoridad inicie el ejercicio de sus facultades de comprobación, el contribuyente informe al Servicio de Administración Tributaria de los depósitos realizados, cubriendo todos los requisitos que dicho órgano desconcentrado establezca mediante reglas de carácter general.

IV. Que son ingresos y valor de actos o actividades de la empresa por los que se deben pagar contribuciones, los depósitos hechos en cuenta de cheques personal de los

gerentes, administradores o terceros, cuando efectúen pagos de deudas de la empresa con cheques de dicha cuenta o depositen en la misma, cantidades que correspondan a la empresa y ésta no los registre en contabilidad.

V. Que las diferencias entre los activos registrados en contabilidad y las existencias reales corresponden a ingresos y valor de actos o actividades del último ejercicio que se revisa por los que se deban pagar contribuciones.

VI. Que los cheques librados contra las cuentas del contribuyente a proveedores o prestadores de servicios al mismo, que no correspondan a operaciones registradas en su contabilidad son pagos por mercancías adquiridas o por servicios por los que el contribuyente obtuvo ingresos.

VII. (Se deroga).

VIII. Que los inventarios de materias primas, productos semiterminados y terminados, los activos fijos, gastos y cargos diferidos que obren en poder del contribuyente, así como los terrenos donde desarrolle su actividad son de su propiedad. Los bienes a que se refiere este párrafo se valuarán a sus precios de mercado y en su defecto al de avalúo.

IX. Que los bienes que el contribuyente declare haber exportado fueron enajenados en territorio nacional y no fueron exportados, cuando éste no exhiba, a requerimiento de las autoridades fiscales, la documentación o la información que acredite cualquiera de los supuestos siguientes:

a) La existencia material de la operación de adquisición del bien de que se trate o, en su caso, de la materia prima y de la capacidad instalada para fabricar o transformar el bien que el contribuyente declare haber exportado.

b) Los medios de los que el contribuyente se valió para almacenar el bien que declare haber exportado o la justificación de las causas por las que tal almacenaje no fue necesario.

c) Los medios de los que el contribuyente se valió para transportar el bien a territorio extranjero. En caso de que el contribuyente no lo haya transportado, deberá demostrar las condiciones de la entrega material del mismo y la identidad de la persona a quien se lo haya entregado.

La presunción a que se refiere esta fracción operará aun cuando el contribuyente cuente con el pedimento de exportación que documente el despacho del bien.

De los supuestos antes señalados, uno que se actualiza frecuentemente en la práctica (por la facilidad que brinda la información derivada de los estados de cuentas bancarios) es el previsto en la fracción III, conforme al cual las autoridades fiscales presumirán, salvo prueba en contrario, que los depósitos en las cuentas bancarias del contribuyente que no correspondan a registros de su contabilidad constituyen ingresos y valor de actos o actividades por los que se deben pagar contribuciones. Se considera que el contribuyente no registra en su contabilidad los depósitos en su cuenta bancaria cuando, estando obligado a llevarla, no la presenta a la autoridad cuando ésta ejerce sus facultades de comprobación. Sin embargo, de acuerdo con el párrafo tercero de la fracción III del artículo 59 del CFF, dicha presunción de ingresos y valor de actos o actividades también se aplicará a aquellos contribuyentes que, sin estar obligados a llevar contabilidad, reciban depósitos en un ejercicio fiscal superiores a la cantidad de \$1,804,010.00.

En este caso la presunción de ingresos o valor de actos o actividades se realiza a partir de una base cierta, toda vez que existe un dato concreto, a saber, cada uno de los depósitos efectuados en las cuentas bancarias del contribuyente, que permiten establecer los ingresos percibidos por éste en un ejercicio fiscal.

Los procedimientos antes descritos, conforme a los cuales la autoridad fiscal puede determinar presuntivamente los ingresos acumulables (para efecto del ISR) y el valor de actos o actividades (para efectos del IVA), cobran especial relevancia para efectos del delito de defraudación fiscal equiparable, previsto en el artículo 109, fracción I, del CFF, el cual, hasta antes de la reforma pública el 9 de diciembre de 2013 en el Diario Oficial de la Federación (en lo sucesivo *DOF*), en su segunda hipótesis tipificaba como delito la conducta consistente en “consignar en las declaraciones que presente para los efectos fiscales, ingresos acumulables menores a los realmente obtenidos o determinados conforme a las leyes”, toda vez que el artículo 59 antes referido establece diversos supuestos que permiten a las autoridades fiscales presumir, salvo prueba en contrario, los ingresos del contribuyente, siendo éste el mecanismo adoptado en la mayoría de los casos por parte de la autoridad fiscal para determinar los ingresos acumulables del contribuyente. Es decir, hasta antes de la referida reforma la segunda hipótesis del tipo penal consistente en declarar ingresos acumulables menores se podía actualizar cuando éstos eran menores a: 1) los realmente obtenidos, o 2) determinados conforme a las leyes.

Pero el 9 de diciembre de 2013 se publicó en el *DOF* un Decreto por el que se reformó, entre otros, el artículo 109, fracción I, del CFF, por lo que con motivo de dicha reforma la segunda hipótesis delictiva prevista en dicho precepto legal quedó redactada solamente para sancionar la conducta consistente en “consignar en las declaraciones que presente para los efectos fiscales ingresos acumulables menores a los realmente obtenidos”.

Es decir, derivado de dicha reforma se eliminó la porción normativa que sancionaba penalmente como delito de defraudación fiscal equiparable el consignar ingresos acumulables menores a los *determinados conforme a las leyes*, y se adicionó

una tercera hipótesis, consistente en “consignar en las declaraciones que presente para los efectos fiscales valor de actos o actividades menores a los realmente obtenidos o realizados o determinados conforme a las leyes”, de tal manera que ahora, a partir del 1º de enero de 2014, el texto vigente del artículo 109, fracción I, establece que lo que se puede determinar conforme a las leyes, esto es de manera presuntiva, solamente es el valor de actos o actividades (para efectos del IVA), pero no los ingresos acumulables (para efectos del ISR), tal y como se advierte del siguiente cuadro comparativo:

Art. 109 F. I vigente hasta el 31/Dic/2013	Art. 109 F. I vigente a partir del 1º/Ene/2014
<p>Artículo 109.—Será sancionado con las mismas penas del delito de defraudación fiscal, quien:</p>	<p>Artículo 109.—Será sancionado con las mismas penas del delito de defraudación fiscal, quien:</p>
<p>I. <i>Consigne</i> en las declaraciones que presente para los efectos fiscales, deducciones falsas o <u>ingresos acumulables menores a los realmente obtenidos o determinados conforme a las leyes</u>. En la misma forma[...]</p>	<p>I. <i>Consigne</i> en las declaraciones que presente para los efectos fiscales, deducciones falsas o <u>ingresos acumulables menores a los realmente obtenidos o valor de actos o actividades menores a los realmente obtenidos o realizados o determinados conforme a las leyes</u>. En la misma forma[...]</p>

Pareciera ser que la reforma buscó aplicar el principio de presunción de inocencia tratándose de la determinación de ingresos por los que se deban pagar contribuciones para efectos del ISR, para que no fuera posible su determinación presuntiva conforme a los procedimientos previstos en ley. Pero verdaderamente la *ratio legis* no atendió a una cuestión de derechos fundamentales, sino a una incapacidad de la

autoridad y a un error de redacción gramatical, como veremos más adelante.

Lo anterior, con independencia de los criterios emitidos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el Amparo Directo en revisión 2814/2015, en los cuales estableció que la determinación presuntiva de contribuciones para efectos penales no vulnera el principio de presunción de inocencia:

DETERMINACIÓN PRESUNTIVA DE CONTRIBUCIONES. LOS ARTÍCULOS 55, FRACCIONES I Y II, Y 59, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, NO VULNERAN EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. De la redacción de las normas aludidas se desprende que sus destinatarios primigenios son las autoridades fiscales y los contribuyentes, pues dadas las hipótesis previstas en el artículo 55, fracciones I y II —como por ejemplo, que el contribuyente omita presentar una declaración y no cuente con libros y registros de contabilidad—, será menester que la autoridad tributaria aplique una serie de presunciones para determinar el monto de la contribución omitida, teniendo el contribuyente el derecho reconocido en ley de demostrar lo contrario. Toda vez que la fracción III del artículo 59 contiene una presunción, el legislador estableció el siguiente mecanismo para su operatividad: si el contribuyente tiene depósitos en una cuenta bancaria que no correspondan con los registros de contabilidad que está obligado a llevar, éstos deben calificarse como ingresos y el valor de actos o actividades por los que se deben pagar contribuciones. Ahora bien, si dicho mecanismo de cálculo fue ideado esencialmente para efectos fiscales, entonces no puede violar un principio propio del derecho penal, como lo es el de presunción de inocencia; en todo caso, a quien corresponde respetar el derecho fundamental a la presunción de inocencia es al juez penal, con independencia de que el órgano acusa-

dor se prevalega o no de las leyes tributarias para tener por acreditados los elementos del tipo.

Registro digital: 2011334. **Instancia:** Primera Sala, Décima Época. **Materias(s):** Constitucional, Penal. **Tesis:** 1a. LXXXII/2016 (10a.). **Fuente:** *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, página 1115. Tipo: Aislada.

DETERMINACIÓN PRESUNTIVA DE CONTRIBUCIONES. CUANDO SON APLICADOS EN EL PROCESO PENAL, LOS ARTÍCULOS 55, FRACCIONES I Y II, Y 59, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, NO VIOLAN EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, EN SU VERTIENTE DE REGLA DE TRATAMIENTO. Esta Primera Sala ha sostenido en jurisprudencia que una de las vertientes del principio de presunción de inocencia se manifiesta como “regla de trato procesal” o “regla de tratamiento” del imputado, en la medida en que comporta el derecho de toda persona a ser tratado como inocente en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria. Dicha manifestación de la presunción de inocencia ordena a los jueces impedir en la mayor medida posible la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena. Ahora bien, la aplicación de los artículos 55, fracciones I y II, y 59, fracción III, del Código Fiscal de la Federación, en el proceso penal, no violan el mencionado derecho, porque el órgano acusador no se limita a considerar culpable de un delito fiscal a una persona que no cumple con las obligaciones formales previstas en tales numerales, pues es menester que rompa el estatus de inocente que tiene el contribuyente y demostrar que en adición a ese incumplimiento ha causado un perjuicio patrimonial al erario público, con apoyo en una presunción cuyas premisas también debe probar, consistentes en: i) la existencia de depósitos bancarios a favor del

contribuyente; y, ii) que éstos no están registrados en la contabilidad que está obligado a llevar. A su vez, este sistema autoriza al contribuyente a demostrar lo contrario, para desestimar, desde la existencia de los depósitos hechos a su favor, hasta la falta de su registro, pasando por el deber de llevar determinados registros de contabilidad.

Registro digital: 2011373. **Instancia:** Primera Sala, Décima Época. **Materias(s):** Constitucional, Penal, Tesis: 1a. LXXXIII/2016 (10a.). **Fuente:** *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, página 1113. **Tipo:** Aislada.

DETERMINACIÓN PRESUNTIVA DE CONTRIBUCIONES. CUANDO SON APLICADOS EN EL PROCESO PENAL, LOS ARTÍCULOS 55, FRACCIONES I Y II, Y 59, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, NO VIOLAN EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, EN SU VERTIENTE DE REGLA PROBATORIA. La presunción de inocencia, como regla probatoria, establece los requisitos que debe cumplir la actividad probatoria y las características que debe reunir cada uno de los medios de prueba aportados por el Ministerio Público para poder considerar que existe prueba de cargo válida y destruir así el estatus de inocente que tiene todo procesado. Desde este punto de vista, la presunción de inocencia contiene implícita una regla que impone la carga de la prueba, entendida en este contexto como la norma que determina a qué parte le corresponde aportar las pruebas de cargo. En este sentido, el hecho de que las pruebas de cargo sean suministradas al proceso por la parte que tiene esa carga procesal, también constituye un requisito de validez de éstas. Por su parte, el artículo 59, fracción III, del Código Fiscal de la Federación, relacionado con el artículo 55, fracciones I y II, del mismo ordenamiento legal, contiene un medio probatorio indirecto de la omisión de pago de contribuciones, el cual se estima que es razonable y lógico, pues si se parte de la noción de que en términos del

artículo 31, fracción IV, de la Constitución General, es obligación de los mexicanos contribuir al gasto público de forma equitativa y proporcional en los términos que establezca la ley, se tiene que si el gobernado tiene a su favor un ingreso que no ha sido registrado en la contabilidad que está obligado a llevar, entonces debe pagar una contribución, salvo prueba en contrario. Por tanto, este modo de probar, previsto esencialmente para el derecho fiscal, bien puede ser invocado en el proceso penal, sin que por ello viole el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en su vertiente de regla probatoria, porque no exime al órgano de representación social de su obligación de realizar las indagatorias correspondientes y de adminicular los elementos de prueba que permitan demostrar la existencia de la responsabilidad; ni tampoco releva al juzgador de su deber de analizar todas las pruebas aportadas al proceso, tanto las que permitan acreditar la tipicidad de la conducta, como las que desvirtúen tal extremo. Esto, en atención a que la presunción que establece el artículo 59, fracción III, admite prueba en contrario.

Registro digital: 2011374. **Instancia:** Primera Sala, Décima Época. **Materias(s):** Constitucional, Penal. **Tesis:** 1a. LXXXIV/2016 (10a.). **Fuente:** *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, página 1114. **Tipo:** Aislada.

DETERMINACIÓN PRESUNTIVA DE CONTRIBUCIONES. LOS ARTÍCULOS 55, FRACCIONES I Y II, Y 59, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, QUE LA PREVENÉN, APLICADOS EN UN PROCESO PENAL, NO VIOLAN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, EN SU VERTIENTE DE ESTÁNDAR DE PRUEBA. La presunción de inocencia como estándar probatorio puede entenderse como una regla que ordena a los jueces absolver a los inculpados cuando durante el proceso no se aporten pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad. Por su parte,

los artículos 55, fracciones I y II, y 59, fracción III, del Código Fiscal de la Federación, que prevén supuestos y mecanismos para el cálculo presuntivo de una contribución, bien pueden aplicarse en el proceso penal sin que por ello se viole el derecho fundamental a la presunción de inocencia en su vertiente de estándar de prueba, porque no relevan al juzgador de la obligación de cerciorarse, al valorar el material probatorio disponible, de que estén acreditados los elementos típicos y desvirtuadas las hipótesis de inocencia efectivamente alegadas por la defensa en el juicio. Incluso, la presunción, no se erige como el único medio de prueba para demostrar la acreditación de los elementos típicos del delito fiscal, pues por una parte, no tiene como propósito esencial regular una cuestión penal y, por otra, tampoco lo prescribe así, de modo que, atendiendo al caso concreto, cabe la posibilidad de que el juez de la causa que se sirva de ese sistema jurídico pueda estimar que esa sola presunción no es suficiente para tener por demostrado el elemento típico correspondiente.

Registro digital: 2011375. **Instancia:** Primera Sala, Décima Época. **Materias(s):** Constitucional, Penal. **Tesis:** 1a. LXXXV/2016 (10a.). **Fuente:** *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, página 1116. **Tipo:** Aislada.

Con motivo de la reforma de 9 de diciembre de 2013, vigente a partir del 1º de enero de 2014, dichas tesis resultan inoperantes tratándose de la determinación presuntiva de ingresos vía depósitos bancarios para efectos del ISR en materia penal, pues en términos del artículo 109, fracción I vigente, la consignación de ingresos acumulables menores ya no puede determinarse de manera presuntiva para efectos penales, con base en los principios de seguridad jurídica, legalidad y su derivación de tipicidad, previsto en el artículo 14 de la CPEUM, al ya no preverse para tal caso en el nuevo texto de la reformada fracción I del artículo 109 del CFF.

Derivado de lo anterior, la determinación presuntiva vía depósitos bancarios, para efectos penales, sólo aplica para la tercera hipótesis, introducida con motivo de la reforma de diciembre de 2013, consistente en “consignar valor de actos o actividades menores a los realmente obtenidos o realizados o determinados conforme a las leyes”, ya que la forma en que quedó redactada la fracción I del artículo 109 del CFF no deja lugar a dudas, al eliminar de la segunda hipótesis original previa a la citada reforma el elemento “determinados conforme a las leyes”, es decir, la determinación presuntiva (en el caso vía depósitos bancarios).

De tal forma que la determinación presuntiva (vía depósitos bancarios) para efectos penales, con motivo de la reforma sólo aplica para la tercera hipótesis que introdujo, consistente en “consignar valor de actos o actividades menores a los realmente obtenidos o realizados o determinados conforme a las leyes”, es decir, sólo para efectos penales del IVA, pero no para efectos penales para el ISR.

Derivado de todo lo anteriormente expuesto, surge la duda de por qué se realizó la multicitada reforma de 2013 para adicionar con una tercera hipótesis en la forma en que se llevó a cabo, es decir, ¿era necesaria esta adición o reforma?; o dicho de otra forma, antes de esta reforma, ¿no estaba tipificado el declarar valor de actos o actividades menores para sancionar penalmente la omisión del pago del IVA por esta conducta? La respuesta es: sí estaba tipificada dicha conducta dentro del artículo 108 del CFF que sanciona penalmente, entre otras hipótesis, omitir el pago de contribuciones mediante engaños, causando un perjuicio al Fisco Federal (para profundizar en el tema, se recomienda al lector consultar el libro *Derecho Penal Fiscal*, Editorial Porrúa, de mi autoría), pero a los servidores públicos de la SHCP encargados de ejercer la coadyuvancia dentro de los procedimientos penales instaurados por este tipo de casos se les dificultó entre los años de

2007 y 2013 acreditar el elemento engaño (consistente en la “manifestación de datos falsos a la autoridad fiscal” para la omisión del pago del IVA, tal como se venía haciendo con éxito desde 1982 hasta 2006), obteniendo resultados negativos para la autoridad hacendaria ante los órganos jurisdiccionales y, por esto, prefirieron ahora sancionar penalmente este tipo de conductas prescindiendo del citado engaño y buscaron que con la reforma sólo bastara consignar valor de actos o actividades menores (para efectos del IVA) y para ello se les hizo fácil crear una tercera hipótesis ahora, ya no en el artículo 108 del CFF, sino en la fracción I del artículo 109 del mismo código.

El resultado fue la adición de la tercera hipótesis de la fracción I del artículo 109 del CFF, que sanciona consignar en las declaraciones mensuales de IVA valor de actos o actividades menores a los realmente obtenidos o realizados o determinados conforme a las leyes, esto es, consignar datos falsos para no pagar o pagar menos IVA. Sin embargo, lo cierto es que dicha adición era innecesaria, pues tal conducta no deja de ser un engaño a la autoridad fiscal, encaminado a omitir el pago total o parcial de dicha contribución en perjuicio del fisco Federal, la cual encuadra perfectamente en la descripción típica del delito de defraudación fiscal genérico, previsto en el artículo 108 del CFF, y conforme a la cual, hasta antes de la reforma del 9 de diciembre de 2013, se sancionaban este tipo de conductas, con la única diferencia de que ahora, en términos del artículo 109, fracción I, del CFF no se requiere acreditar el engaño (como sí sucede para el caso del artículo 108), además de que el valor de los actos o actividades incluso puede ser determinado presuntivamente conforme a los artículos 55 y 59 del CFF, lo cual de suyo ha generado impunidad en cuanto a la investigación y persecución de dicho delito.

Por último y en conclusión respecto de todo lo antes desarrollado, con motivo de esta desafortunada reforma desde el punto de vista axiológico y gramatical, ya no es posible san-

cionar penalmente la omisión del pago del ISR derivada de la determinación presuntiva de ingresos vía depósitos bancarios, con base en el artículo 59, fracción III, del CFF, pero deja a salvo las facultades de la autoridad fiscal para proceder con base en dicho artículo para efectos administrativos. Ahora es necesario que tanto el SAT como la FGR acrediten que *los ingresos declarados sean menores a los realmente obtenidos*, para que se pueda tener por actualizada la segunda hipótesis de la fracción I del artículo 109 del CFF, lo cual implica una mayor complejidad probatoria para efectos criminales y que sería materia de otra exposición, ya que en este caso la extensión del artículo ya no lo permite.

*Alegatos
aclaratorios y su
regulación en el
artículo 476 del
Código Nacional
de Procedimientos
Penales*

Dr. Erick Mena Moreno
Profesor e investigador de la Escuela Libre de Derecho

Resumen: El artículo 476 del Código Nacional de Procedimientos Penales relativo a la potestad de las partes en un proceso penal para exponer oralmente alegatos aclaratorios sobre los agravios ha sido objeto de interpretaciones por el Poder Judicial de la Federación.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 504/2021, determinó que dicho artículo no vulnera el derecho a ser sentenciado en audiencia pública previa citación de las partes y en relación con el derecho a contar con un recurso efectivo, ya que el mismo no limita a la parte recurrente o la que se ha adherido al recurso a que le sea dictada sentencia de apelación de plano en la propia audiencia o por escrito dentro de los tres días siguientes a la celebración de la audiencia.

Palabras clave: Código Nacional de Procedimientos Penales, alegatos aclaratorios, apelación, recurso efectivo.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 476 del Código Nacional de Procedimientos Penales señala que al interponer el recurso de apelación, al contestarlo o al adherirse a él, los interesados podrán manifestar en su escrito su deseo de exponer oralmente alegatos aclaratorios sobre los agravios.

El mismo artículo 476 del Código Nacional de Procedimientos Penales señala la posibilidad de que el Tribunal de alzada, en caso de que lo estime pertinente, decrete lugar y fecha para la celebración de la audiencia para que las partes expongan oralmente sus alegatos aclaratorios sobre sus agravios.

Es importante mencionar que el artículo 476 del Código Nacional de Procedimientos Penales fue declarado inconsti-

tucional mediante la tesis aislada 2020715 emitida en octubre de 2019 por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito de rubro “Apelación en el Sistema Penal Acusatorio y Oral. El artículo 476 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al establecer de forma optativa la celebración de la audiencia de segunda instancia es inconstitucional, por contravenir el derecho de acceso a la justicia en su vertiente de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior [*Abandono del criterio sostenido en la tesis aislada II.4o.P.6 P (10a.)*]”,¹ tesis en la que el Tribunal Colegiado estimó que el sistema establecido en el artículo 476, al señalar como “optativa” la celebración de la audiencia cuando sólo se manifieste el deseo de formular los alegatos aclaratorios o así lo estime la Alzada, implica una violación a los derechos humanos reconocidos en los artículos 17, párrafos segundo y sexto, y 20, apartado B, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con los artículos 8, numeral 2, inciso *h*) y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consistentes en que toda persona imputada debe ser juzgada en audiencia pública por un tribunal competente, previa citación de las partes, para explicar la sentencia que puso fin al procedimiento oral, para garantizar el acceso a la justicia en su vertiente de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior.

II. PRECEDENTES JUDICIALES SOBRE EL ARTÍCULO 476 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El 2 de junio de 2021, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró inexistente y sin materia la

¹ **Registro digital:** 2020715. **Instancia:** Tribunales Colegiados de Circuito. **Décima Época.** **Materia(s):** Constitucional, Penal. **Tesis:** II.4o.P.10 P (10a.). **Fuente:** *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 71, Octubre de 2019, Tomo IV, página 3464. **Tipo:** Aislada.

contradicción de tesis 63/2020, derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en la tesis 2020715 que he mencionado.

No obstante lo anterior, la tesis aislada 2020715 fue nuevamente objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 71/2021,² la cual fue resuelta el 24 de noviembre de 2021 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, declarando que no existe contradicción de tesis conforme a los términos de la ejecutoria resuelta.

Conforme al artículo 477 del Código Nacional de Procedimientos Penales, los alegatos aclaratorios tienen la naturaleza de ser aclaraciones de las partes sobre las cuestiones planteadas en sus escritos, sin que los mismos puedan ser nuevos conceptos de agravio.

La naturaleza de la audiencia de alegatos aclaratorios prevista en el artículo 477 del Código Nacional de Procedimientos Penales ha sido definida en la tesis 2021028 del Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Segundo Circuito como “la noción de una comunicación efectiva entre los recurrentes y el tribunal de apelación, en tanto que persigue la clara identificación de la litis impugnativa, pues permite hacer patente la más encarecida pretensión central del o los agravios, cuyo énfasis oralmente expresado por el recurrente puede ser más visible para el tribunal, ya que también tiene como propósito prevenir posibles errores de comunicación que conduzcan a desestimar como inoperantes o ineficaces los agravios, incluso a partir de la respuesta a la vista por la contraparte del recurrente”.³

² El tema de la Contradicción de Tesis 71/2021 es “RECURSO DE APELACIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. DETERMINAR SI CONFORME AL ARTÍCULO 476 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, EL TRIBUNAL DE ALZADA PUEDE RESOLVER EL RECURSO DE APELACIÓN ÚNICAMENTE EN FORMA ESCRITA, O SI NECESARIAMENTE DEBE HACERLO EN FORMA ORAL, SI EL APELANTE NO EXPRESÓ SU INTERÉS DE EXPONER ALEGATOS ACLARATORIOS”.

³ Tesis 2021028 de rubro “AUDIENCIA DE ALEGATOS ACLARATORIOS SOBRE LOS AGRAVIOS EN EL RECURSO DE APELACIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. SU NATURALEZA Y FINALIDAD DE

III. AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 504/2021

El 11 de agosto de 2021 la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el amparo directo en revisión 504/2021, cuyo problema jurídico a dilucidar consistía en determinar si el artículo 476 del Código Nacional de Procedimientos Penales era violatorio del derecho a ser sentenciado en audiencia pública previa citación y a un recurso efectivo, al no establecer la obligatoriedad de una audiencia pública para emitir alegatos aclaratorios en la etapa de segunda instancia previo al dictado de la respectiva sentencia.

La Primera Sala de la Suprema Corte determinó que el artículo 476 del Código Nacional de Procedimientos Penales no violenta el derecho de contar con un recurso efectivo, ello porque si bien no regula de manera obligatoria que deba realizarse la audiencia aclaratoria de alegatos de manera previa a resolver una apelación, esto se debe a una justificación razonable y robusta desde el punto de vista de los objetivos de ese recurso de segunda instancia, en el caso, de carácter definitivo para los derechos del revisionista en el juicio penal que le fue instruido.

También indicó la Primera Sala de la Suprema Corte que el hecho de que la parte que expresó agravios no considera que sus reclamos deban ser aclarados ante el tribunal de apelación, y que de la revisión de los mismos que efectuó dicho órgano jurisdiccional no advirtió razones para proceder conforme a la dinámica que regula el precepto impugnado, se traduce en que los motivos de inconformidad planteados son suficientemente claros para resolver la controversia atendiendo a los principios indicados, con lo cual justificó que sea potestativo o no la celebración de audiencia de alegatos aclaratorios.

ACUERDO CON EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES”.

Así determinó la Primera Sala de la Suprema Corte que la apertura de dicha audiencia obedece a petición de la parte que expresó agravios como una garantía a su favor de que se examinen adecuadamente sus planteamientos, o bien, cuando lo considere la autoridad de apelación como herramienta jurídica para resolver de manera adecuada la controversia y que el propósito fundamental de ambos supuestos es verificar la claridad parcial o total de los agravios hechos valer, para integrar debidamente la materia del reclamo en el recurso; por lo que el ejercicio obtenido redundará en beneficio de la parte recurrente principal o la adhesiva, y de la sencillez del recurso, ya que permitirá al tribunal revisor analizar con mayor claridad la controversia y dar respuesta frontal y oportuna a todos los planteamientos hechos valer, lo cual favorecerá los principios de principios de exhaustividad, prontitud, congruencia, y completitud que deben prevalecer en toda resolución judicial.

IV. CONCLUSIONES

No afecta en forma alguna al Tribunal de Alzada escuchar los alegatos aclaratorios que le puedan formular las partes, ya que como se desprende de los artículos 476 y 477 del Código Nacional de Procedimientos Penales antes citados y en especial de la tesis aisladas que han interpretado dichos numerales desentrañando la forma de celebración de esta audiencia y la naturaleza jurídica de la misma, estos alegatos sólo sirven como un medio para facilitar la comunicación entre el recurrente y el Tribunal, pues en los mismos no se puede formular nuevos agravios ni mejorar la motivación, ni tampoco mejorar la argumentación de la causa de pedir, de ahí que éstos no pueden afectar la imparcialidad del Tribunal ni contaminan su criterio por tener antecedentes del caso, pues su naturale-

za es sólo prevenir errores de comunicación, pero no una instancia para formular argumentos que no constan en la apelación escrita.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo directo en revisión 504/2021 estableció que el artículo 476 del Código Nacional de Procedimientos Penales al no establecer la obligatoriedad de una audiencia oral y pública de alegatos de manera previa a resolver la apelación no es violatorio del derecho a gozar de un recurso efectivo y por el contrario, garantiza que el recurso de apelación pueda resolverse de manera rápida, sencilla, completa, congruente, y exhaustiva.

La Primera Sala de la Suprema Corte determinó que la falta de obligatoriedad de una audiencia oral y pública de alegatos aclaratorios como se tutelan en el artículo 476 del Código nacional redundará de manera positiva en que el tribunal pueda resolver con mayor prontitud el asunto sometido a su consideración, aunado a que si el recurrente es la persona sentenciada en primera instancia, cuenta con una garantía adicional en el sentido de que el tribunal deberá suplir la deficiencia de sus agravios para resolver el recurso.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ▶ CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *El derecho penal a juicio, Diccionario crítico*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2007.
- ▶ DE PINA, Rafael y Rafael de PINA VARA, *Diccionario de derecho*, Editorial Porrúa, 14.^a ed., México, 1986.
- ▶ GONZÁLEZ Obregón, Diana Cristal, *Manual práctico del juicio oral*, Procuraduría General de la República, 3.^a ed., México, 2014, p. 479.
- ▶ HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA, Pablo, *et al.*, *Compendio de Derecho Penal Mexicano*, Tirant lo Blanch, México, 2014.

- ▶ MÁRQUEZ ROMERO, Raúl y FIX-FIERRO, Héctor, *Lineamientos y criterios del Proceso Editorial*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, la Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- ▶ MERINO HERRERA, Joaquín, *et al.*, *El proceso de aplicación de los criterios de oportunidad*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, p. 192.
- ▶ SARRE Miguel y LUNA, Tania, *Lo que usted siempre quiso saber acerca de... la etapa de investigación, Reforma del Sistema de Justicia Penal en México*, México, 2011.

*Inexistencia del
non bis in idem
ministerial en el
nuevo sistema de
justicia penal
mexicano*

Mtra. María Elisa Vera Madrigal
Profesora de Derecho Penal (delitos en especial) en la
Escuela Libre de Derecho

Desde sus inicios, el derecho penal moderno ha encontrado en la prohibición de doble enjuiciamiento uno de sus pilares fundamentales. Esta prohibición se considera un triunfo del Estado democrático de derecho y característico de sus sistemas de justicia. El sistema de justicia penal mexicano no es la excepción, pues desde la Constitución del 5 de febrero de 1857 se incorporó dicho principio al artículo 24 de la Carta Magna, cuyo texto señalaba:

Artículo 24.—Ningún juicio criminal puede tener más 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 abolida la práctica de absolver de la instancia.

Dicha fórmula permaneció intacta —sin agregar ni una coma— en el artículo 23 de la Constitución de 1917, y a la fecha mantiene la misma redacción a pesar de la reforma constitucional en materia procesal penal de 18 de junio de 2008, que introdujo el sistema acusatorio. Pero a pesar de la permanencia del principio *non bis in idem en el plano normativo*, la transición al sistema penal acusatorio sí conllevó diferencias prácticas en su aplicación, pues ameritó reestudiar, a la luz del nuevo marco procesal, algunas incógnitas —a qué materias aplica; para qué delitos; en qué momento y quién lo hace— que en el anterior sistema ya habían sido superadas, y que requieren de una respuesta distinta —por decir lo menos— a la luz de los principios rectores del sistema acusatoria-adversarial.

Una de las premisas del sistema acusatorio-adversarial es que la aplicación del principio *non bis in idem* o *double jeopardy* sucede hasta iniciada la etapa de juicio oral, específicamente a partir del momento en que, habiéndose elegido el jurado de sentencia, se toma protesta a sus miembros para iniciar con la producción probatoria en el juicio.

Al margen de las múltiples aristas que plantea el análisis de este principio, el presente ensayo se limitará a responder la siguiente pregunta: ¿puede el Ministerio Público cerrar una carpeta de investigación por aplicación del principio *non bis in idem* cuando durante la investigación inicial advierte que existe una determinación ministerial de no ejercicio de la acción penal que —aparentemente— versa sobre los mismos “hechos”? En otras palabras, una vez que el Ministerio Público determina una investigación inicial mediante no ejercicio de la acción penal —sin pasar por audiencia inicial ni audiencia alguna de sobreseimiento—, ¿puede decirse que existe cosa juzgada, de manera tal que no puede iniciarse una siguiente investigación? Este esquema no es producto de la imaginación de la de la pluma, sino una de las recurrentes interpretaciones ministeriales del artículo 327, fracción VIII, del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), tanto en el plano local como federal.

El objeto de esta publicación es explicar por qué las determinaciones de no ejercicio dictadas por el Ministerio Público, específicamente las dictadas en etapa de investigación inicial, no pueden tener los efectos de cosa juzgada y con ello decretar una futura determinación de sobreseimiento o no ejercicio por *non bis in idem*.

La reforma de 2008 dejó claro que el principio *non bis in idem* quedaría intacto en el nuevo sistema de justicia penal, tanto así, que la redacción del artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es idéntica, sin siquiera ser mencionada en la iniciativa de reforma correspon-

diente. Con la expedición del Código Nacional se disiparon las dudas, pues dicho ordenamiento hace alusión al principio en varios de sus artículos: 14, 67, 129, 145, 255, 318, 324, 327, 328 y 329.

La respuesta parecería ser sencilla si nos limitamos a la lectura del artículo 14 del CNPP (“Artículo 14. Principio de prohibición de doble enjuiciamiento. La persona condenada, absuelta o cuyo proceso haya sido sobreseído, no podrá ser sometida a otro proceso penal por los mismos hechos”), pues dicho artículo concluye que, con independencia de que se trate de cualquiera de los tres tipos de resoluciones judiciales¹ (condenar, absolver o sobreseer), los hechos a que refieran alguna de esas determinaciones no podrán someterse a un nuevo proceso penal. La consecuencia lógica de lo anterior será concluir que las determinaciones emitidas por el Ministerio Público —dado que no pueden equipararse a resolución de condena, absolución o sobreseimiento— no pueden tener los efectos de limitar una siguiente investigación.

Sin embargo, entre los impedimentos para arribar a dicha conclusión se encuentra el artículo 255 que, en su párrafo 2.º, señala:

Artículo 255.—No ejercicio de la acción.

[...]

Antes de la audiencia inicial, el Ministerio Público previa autorización del Procurador o del servidor público

¹ Artículo 67.—Resoluciones judiciales La autoridad judicial pronunciará sus resoluciones en forma de sentencias y autos. Dictará sentencia para decidir en definitiva y poner término al procedimiento y autos en todos los demás casos. Las resoluciones judiciales deberán mencionar a la autoridad que resuelve, el lugar y la fecha en que se dictaron y demás requisitos que este Código prevea para cada caso. Los autos y resoluciones del Órgano jurisdiccional serán emitidos oralmente y surtirán sus efectos a más tardar al día siguiente. Deberán constar por escrito, después de su emisión oral, los siguientes: I. Las que resuelven sobre providencias precautorias; II. Las órdenes de aprehensión y comparecencia; III. La de control de la detención; IV. La de vinculación a proceso; V. La de medidas cautelares; VI. La de apertura a juicio; VII. Las que versen sobre sentencias definitivas de los procesos especiales y de juicio; VIII. *Las de sobreseimiento*, y IX. Las que autorizan técnicas de investigación con control judicial previo.

en quien se delegue la facultad, podrá decretar el no ejercicio de la acción penal cuando de los antecedentes del caso le permitan concluir que en el caso concreto se actualiza alguna de las causales de sobreseimiento previstas en este Código.

La determinación de no ejercicio de la acción penal, para los casos del artículo 327 del presente Código, inhibe una nueva persecución penal por los mismos hechos respecto del indiciado, salvo que sea por diversos hechos o en contra de diferente persona.

Texto que se concatena con el artículo 327 del referido Código Nacional de Procedimientos Penales, que establece:

Artículo 327.—Sobreseimiento. El Ministerio Público, el imputado o su Defensor podrán solicitar al Órgano jurisdiccional el sobreseimiento de una causa; recibida la solicitud, el Órgano jurisdiccional la notificará a las partes y citará, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a una audiencia donde se resolverá lo conducente. La incomparecencia de la víctima u ofendido debidamente citados no impedirá que el Órgano jurisdiccional se pronuncie al respecto. El sobreseimiento procederá cuando:

- I. El hecho no se cometió;
- II. El hecho cometido no constituye delito;
- III. Apareciere claramente establecida la inocencia del imputado;
- IV. El imputado esté exento de responsabilidad penal;
- V. Agotada la investigación, el Ministerio Público estime que no cuenta con los elementos suficientes para fundar una acusación;
- VI. Se hubiere extinguido la acción penal por alguno de los motivos establecidos en la ley;
- VII. Una ley o reforma posterior derogue el delito por el que se sigue el proceso;

- VIII. El hecho de que se trata haya sido materia de un proceso penal en el que se hubiera dictado sentencia firme respecto del imputado;
- IX. Muerte del imputado,
- X. En los demás casos en que lo disponga la ley.

En conjunto, ambos artículos permiten sostener dos interpretaciones que paradójica y simultáneamente se excluyen:

- a) Que la determinación ministerial de no ejercicio de la acción penal, incluso en etapa inicial, tendrá efectos de *non bis in idem* siempre que se funde y motive en cualquiera de las fracciones previstas en el artículo 327 del CNPP.
- b) Que solo la determinación ministerial de no ejercicio de la acción penal en la que exista una previa determinación judicial de sobreseimiento o de no vinculación a proceso tiene efectos de *non bis in idem* y por tanto inhibe una nueva persecución penal por los mismos hechos respecto del indiciado.

Esta segunda interpretación es, a consideración de la suscrita, la única compatible con una interpretación sistemática del CNPP, por las tres razones siguientes:

I. LA FIJACIÓN DE LOS HECHOS Y DE SU DETERMINACIÓN COMO PROBABLEMENTE DELICTIVOS TIENE LUGAR HASTA LA AUDIENCIA INICIAL

Para que una resolución en materia penal pueda inhibir una ulterior carpeta de investigación, en términos del principio *non bis in idem*, la referida resolución debe cumplir con dos requisitos: primero, que dicha determinación señale

con claridad el segmento fáctico sobre el que versa y, segundo, que haya iniciado el proceso.

De acuerdo con el artículo 318 del CNPP, uno de los efectos del auto de vinculación a proceso es establecer el hecho o los hechos delictivos sobre los que se continuará el proceso. Lo anterior se traduce en que es a partir de este momento en que se tiene una litis clara sobre el segmento fáctico por el que habrá de continuar la investigación, pero —sobre todo— se tiene certeza del hecho por el que se seguirá el proceso. Tan importante es esta fijación fáctica, que el citado Código señala que los hechos no podrán variar, aun cuando en términos de los artículos 335 y 398 la clasificación delictual de los hechos pueda modificarse en la etapa de juicio —tanto en el alegato de apertura como en el de clausura— que pudieran cambiar el tribunal de enjuiciamiento, pero sólo si fuera planteada por el Ministerio Público en el alegato de apertura o en el de clausura.²

En caso de que el juez de control decida no vincular a proceso, es necesario tener presente que dicha determinación no da por terminada el procedimiento de forma automática. Por el contrario, la causa concluye hasta que el juez determine sobreseer la misma la investigación, lo que en términos del artículo 327 puede realizar a solicitud del Ministerio Público, imputado o su defensor. Para mayor claridad, el artículo 319 señala que: “El auto de no vinculación a proceso no impide que el Ministerio Público continúe con la investigación y posteriormente formule nueva imputación, salvo que en el mismo se decrete el sobreseimiento”. No es sino hasta que el so-

² Tesis IV.2o.P.16 P (11a.), emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito, Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Undécima Época, Libro 25, Mayo de 2023, Tomo III, página 3339, de rubro RECLASIFICACIÓN JURÍDICA DEL DELITO INVOCADO EN EL ESCRITO DE ACUSACIÓN. EL TRIBUNAL DE ENJUICIAMIENTO SÓLO PUEDE REALIZARLA, SI LA PLANTEÓ EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL ALEGATO DE APERTURA O DE CLAUSURA Y SE CUMPLEN LOS DEMÁS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 398 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

breseimiento queda firme que se pone fin al procedimiento en relación con el imputado en cuyo favor se dicta y se inhibe una nueva persecución penal por el mismo hecho, pues es dicha determinación la que en términos del artículo 328 tiene efectos de sentencia absolutoria.

En ese sentido, el primer impedimento para que las determinaciones ministeriales dictadas antes del auto de vinculación a proceso o del dictado del sobreseimiento de la causa tengan efectos de cosa juzgada es que no existe una delimitación de los “hechos” que estén siendo objeto del proceso. Dicho de otra manera, hasta que no exista una determinación judicial que acote el hecho objeto de la investigación, éste no ha sido delimitado y, por tanto, no existe claridad sobre cuál es el límite fáctico de la determinación ministerial (¿qué se está investigando?). La vaguedad del hecho objeto de la investigación implica vaguedad en el objeto de la determinación. Y como el principio *non bis in idem* se traduce en la prohibición de no volver a investigar un conjunto fáctico específico, la falta de delimitación impide su aplicación a un hecho y persona determinada, corriendo el riesgo de extender sus efectos a hechos que involucren a otras personas, formas de participación e, incluso, momentos distintos. En ese sentido, aplicar el principio en ausencia de una delimitación de circunstancias de tiempo, modo y lugar sería tanto como convertir a dichas determinaciones ministeriales en súper vacunas que inmunicen contra cualquier enfermedad (investigación) futura.

Ahora bien, la hipótesis prevista en el artículo 327, fracción VIII, supone que, habiendo existido una primera investigación determinada mediante un no ejercicio de la acción penal, se cierra una segunda investigación por considerar que la persona ya fue sujeta a un proceso previo por los mismos hechos. La dificultad de aplicar esa fracción cuando la primera

determinación fue dictada por el Ministerio Público y no por un juez es que los primeros no están facultados ni están en condiciones de delimitar hechos. Claro, en casos sencillos —como pudiera ser un homicidio—, determinar si dos hechos son iguales no representará mayor complejidad. Pero en delitos de mayor complejidad fáctica —por ejemplo, en delitos fiscales, financieros, de corrupción o delincuencia organizada—, la ecuación no será tan sencilla.

Pensemos, por ejemplo, en una investigación por enriquecimiento ilícito en contra de una persona que ocupó varios puestos como servidor público de forma no consecutiva. En ese caso, la determinación de una carpeta de investigación en la que se determine que no hubo delito de enriquecimiento ilícito en uno de los cargos o periodos que ocupó un puesto público no son suficiente para inhibir una segunda investigación por otro periodo o cargo en el que se enriqueció. No obstante, una determinación de no ejercicio de la acción penal dictado en sede ministerial corre el riesgo de no delimitar el periodo o cargo por el que se sujetó a investigación a la persona. En esa medida, aunque la determinación ministerial se funde en una causal de sobreseimiento (específicamente la prevista en el 327, fracción VIII), la ausencia de delimitación fáctica sobre la que versó la primera investigación implicaría que, al querer hacer valer dicha determinación como defensa para inhibir una segunda investigación, la autoridad —ministerial o judicial—, se pregunte qué hecho o hechos abarca la primera resolución y hasta qué punto dicha determinación ministerial de no ejercicio inhibe una segunda investigación por hechos que muy probablemente no estén delimitados con la precisión de una sentencia. Recordemos que, a diferencia de una determinación ministerial donde la ley simplemente no lo exige como requisito la fijación de los hechos, en las

resoluciones judiciales éste siempre es un punto toral de la decisión (ver, por ejemplo, los artículos 327 y 403, que establecen los requisitos para el dictado del auto de vinculación a proceso y de la sentencia) aunado a que, hasta antes de la solicitud de audiencia inicial, no existe un documento en el que el Ministerio Público defina el objeto del proceso. En ese sentido, hasta qué punto será equiparable la determinación ministerial de no ejercicio a una resolución judicial cuando la primera no dedica un apartado a la delimitación del hecho —a lo mucho transcribirá un apartado fáctico de la denuncia, misma que en delitos de persecución oficiosa no acota el objeto de la investigación.

II. LAS DETERMINACIONES MINISTERIALES PREVIO A LA VINCULACIÓN NO PUEDEN EQUIPARARSE A “SENTENCIA FIRME” PORQUE NO HA INICIADO EL PROCESO

Uno de los aspectos debatidos en el sistema penal acusatorio es en qué momento inicia el proceso. Si bien el artículo 211 del Código Nacional parece señalar que: “El proceso dará inicio con la audiencia inicial, y terminará con la sentencia firme”, lo cierto es que muchas otras disposiciones han generado debate³ en torno al inicio del proceso. Por el contrario, en el sistema tradicional inquisitivo el inicio del proceso era claro con la consignación⁴ (con o sin detenido). Pasamos, pues, de un sistema dónde todo era blanco o negro a uno dón-

³ Por ejemplo, ¿inicia el proceso si no se vincula a proceso? Y si inicia el proceso, ¿por qué el Código sigue usando el vocablo “procedimiento” en distintas fases de la inicial? ¿Cuándo inicia para los casos en que el imputado es llamado a comparecer?

⁴ *Código Federal de Procedimientos Penales*, Artículo 4o.—Los procedimientos de preinstrucción, instrucción y primera instancia, así como la segunda instancia ante el tribunal de apelación, constituyen el proceso penal federal. [...]

de existen múltiples matices. Ejemplo de ello son los supuestos de acceso a la carpeta de investigación para el caso de que el imputado sea citado a comparecer ante el Ministerio Público y objeto de un acto de molestia, pues en términos del artículo 218 a partir de ese momento tiene derecho a exigir todo un conjunto de derechos ligados al derecho humano al debido proceso (que presuponen el inicio del proceso).

Por otro lado, el sobreseimiento es una determinación judicial que sólo se puede dictar una vez iniciado el proceso, pues lo que se sobresee, precisamente es una causa penal. Así, los artículos 328 y 329 del CNPP son claros en señalar que el sobreseimiento firme tiene efectos de sentencia absolutoria e inhibe una nueva persecución penal por el mismo hecho, salvo cuando fuere parcial, pues en ese caso *permitirá que se continúe el proceso respecto de aquellos delitos o de aquellos imputados a los que no se extendiere aquél*.

Si el proceso no ha iniciado éste no puede extinguirse mediante una determinación ministerial, menos aún pretender darle a dicha determinación los efectos de una resolución que por su naturaleza debe ser dictada por un juez. Adicionalmente, otorgarle a un acuerdo de no ejercicio de la acción penal los mismos efectos que los de una resolución procesal —como lo es la de sobreseimiento dictada por el juez— sería eximir al Ministerio Público del control judicial que precisamente se buscó incorporar al proceso penal acusatorio. De modo que no es factible sostener que las determinaciones de no ejercicio de la acción penal dictadas previo a la audiencia inicial —particularmente cuando el indiciado no tuvo acceso a la carpeta de investigación en términos del 218— son “resoluciones dictadas dentro del proceso” de las que hace referencia el artículo 255, segundo párrafo, en relación con el artículo 327, pues ello sería interpretar la norma en perjuicio

de los principios del sistema penal acusatorio y del orden público.

III. HISTÓRICAMENTE, EN LOS SISTEMAS ACUSATORIOS ADVERSARIALES EL NON BIS IN IDEM (DOUBLE JEOPARDY) NO HA SIDO EXIGIBLE SINO HASTA QUE, ESTANDO YA EN ETAPA DE JUICIO, EL ÓRGANO JUZGADOR DE HECHOS SE ENCUENTRA INTEGRADO Y LISTO PARA SU INICIO

En las primeras sentencias del *derecho común* donde se analizó el principio en cuestión, el análisis histórico fue clave y principal para determinar su contenido y alcance, llegando a reconocer que su origen más remoto se encontraba en el Código de Hamurabi y que, desde sus orígenes, tenía una íntima relación con el principio de cosa juzgada.⁵

En su origen más remoto, podemos encontrar indicios de dicho principio en la quinta ley del Código de Hamurabi que decía: “Ley 5.—Si un juez ha sentenciado en un proceso y dado un documento sellado (una tablilla) con su sentencia, y luego cambió su decisión, este juez será convicto de haber cambiado la sentencia que había dictado y pagará hasta 12 veces el reclamo que motivó el proceso y públicamente se le expulsará de su lugar en el tribunal y no participará más con los jueces en un proceso”.⁶

Aunque algunos autores encuentran el origen de este principio en el derecho romano,⁷ otros sostienen que el prin-

⁵ COFFEY, Ger, “A History of the Common Law Double Jeopardy Principle: From Classical Antiquity to Modern Era By”, *Athens Journal of Law*, Volumen 8, Edición 3, Julio 2022, Pages 253-278 <https://doi.org/10.30958/ajl.8-3-3> doi=10.30958/ajl.8-3-3.

⁶ *Ibidem*, p. 255.

⁷ DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y administrativas: Sentido y alcance del principio “ne bis in idem”*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 31; ver también reposito-

cipio en su concepción moderna data del año 355 antes de Cristo, cuando se le atribuye a Demóstenes señalar que “las leyes prohíben a un hombre ser juzgado dos veces”.⁸

De acuerdo con Ger Coffey,⁹ la introducción de dicho principio al sistema anglosajón y las discusiones en torno al mismo tuvieron lugar en el siglo XII, cuando tras la conquista de Normandía por Eduardo el Confesor el clero exigió que se permitiera la subsistencia de las Cortes eclesiásticas en la región y el respeto de sus determinaciones. En 1164, el rey Enrique II expide la Constitución de Clarendón, en la que —entre otras cosas— establece que la facultad de los tribunales ordinarios de volver a juzgar hechos previamente resueltos por las Cortes eclesiásticas.¹⁰ El conflicto desemboca en una controversia entre el Arzobispo de Canterbury y el rey Enrique II, evento histórico al que se le atribuye el acotado desarrollo de este principio en el sistema penal anglosajón,¹¹ cuyos límites y acotaciones se fue fraguando durante siglos por el derecho común. La trascendencia histórica del origen del principio para su interpretación es reconocida por la Suprema Corte de Estados Unidos, al hacer referencia a los orígenes del principio en los casos clave de su jurisprudencia.

No obstante, a la luz del sistema norteamericano, donde el texto constitucional señala que “ninguna persona [...] podrá [...] ser sometida dos veces, por el mismo delito, a un juicio que pueda ocasionar la *pérdida* de su vida o de su integridad corporal”;¹² el principio tomó un entendimiento aún

rio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación disponible en formato digital en https://www.supremacorte.gob.mx/Transparencia/Documents/Becarios/Becarios_010.pdf

⁸ COFFEY, Ger. *Ibidem*, p. 256.

⁹ *Ibidem*, pp. 253-278

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Idem*.

¹² “No person shall... be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb...”, <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/05/SPA-Constitution.pdf>

más acotado. En *Green v United States*, el juez Black señaló que “la idea detrás (del principio), una que está profundamente enterrada en el sistema jurisprudencial anglo americana, es que el Estado, con todos sus recursos y poder no debe estar permitido a realizar intentos repetidos de condenar a un individuo por una ofensa, sometiéndolo a la pena, costos y cargas probatorias, y obligándolo a continuar en un estado de ansiedad e inseguridad [...]”.¹³

Como la traducción oficial de la Constitución de los Estados Unidos de América lo señala, la prohibición *non bis in idem* en el sistema adversarial norteamericano se limita a prohibir que se someta a una persona a “ser juzgada dos veces”, en casos donde su vida o su integridad corporal estén en juego. De ahí que los criterios jurisprudenciales sentados que han desarrollado el principio no necesariamente hayan ampliado el mismo. Como dicen algunos autores, la similitud de ofensas no requiere de tal similitud y la prohibición de un segundo “jeopardy” (traducido literalmente como peligro o riesgo para la libertad de la persona) no inicia sino hasta que el jurado ha tomado protesta y se encuentra listo para iniciar la etapa de juicio. En efecto, desde 1978 la Suprema Corte de Estados Unidos estableció en precedente que el derecho a no ser juzgado por los mismos hechos surge a partir de que el *juzgador de hechos* (que en los casos penales será necesariamente un jurado) protesta y jura ante el juez¹⁴ ejercer su labor de jurado como lo marca la Constitución. Dicho juramento es el acto procesal que tiene lugar después del llamado

¹³ Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, *Green v. United States* :: 355 U.S. 184 (1957), opinión elaborada por el Juez Black “The underlying idea, one that is deeply ingrained in at least the Anglo-American system of jurisprudence, is that the State with all its resources and power should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity, as well as enhancing the possibility that even though innocent he may be found guilty”.

¹⁴ *Crist v. Bretz*, 437 U.S. 28, 32-38 (1978), *idem*.

“*voir dire*” o selección de jurado, siendo éstas las dos etapas con las que inicia el juicio. La implicación de este precedente —que es derecho duro norteamericano y que encuentra respuestas análogas en otros sistemas acusatorios— es doble: por un lado, la afectación a la prohibición de doble enjuiciamiento no surge sino hasta que inicia la etapa de juicio y, segundo, el requisito esencial para que pueda exigirse el derecho que va atado a dicha prohibición es que el *juzgador de hecho* esté listo para escuchar la evidencia.

Pero por si su aplicación no fuera ya suficientemente compleja y limitada, la Suprema Corte de Estados Unidos ha establecido en su jurisprudencia reiterada que el análisis para determinar si existe cosa juzgada se hace en razón de la clasificación penal y no en razón del “hecho” por el que se inicia el juicio, criterio que se opone a la solución que estableció la jurisprudencia mexicana en el sistema tradicional de justicia penal¹⁵ y que reiteró en 2016 con la publicación de la tesis 1a. LXV/2016 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹⁶

El criterio norteamericano se vuelve aún más técnico a partir del test fijado en el caso *Blockburger*,¹⁷ que requiere la

¹⁵ Tesis sin número, registro digital 245973, emitida por la Sala Auxiliar de Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época, Volumen 56, Séptima Parte, página 39, de rubro y texto siguientes “**NON BIS IN IDEM. NATURALEZA DEL PRINCIPIO.** El artículo 23 Constitucional prohíbe que una persona sea juzgada dos veces por el mismo delito, pero de ninguna manera alude, en forma estricta, al nombre de este delito, sino que se refiere a los hechos materiales o individualizados constitutivos de ese delito, por lo que una primera condena por determinados y concretos hechos que se adecuan a la tipificación de cierto ilícito, no impide otra posterior por diversos hechos pero constitutivos también del mismo tipo”.

¹⁶ Tesis 1a. LXV/2016 (10a.), emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 28, Marzo de 2016, Tomo I, página 988, de rubro **NON BIS IN IDEM. LA VIOLACIÓN A ESTE PRINCIPIO SE ACTUALIZA CON LA CONCURRENCIA DE LA MISMA CONDUCTA TÍPICA ATRIBUIDA AL INCLUPADO EN DISTINTOS PROCESOS, AUN CUANDO ESTÉ PREVISTA EN NORMAS DE DIFERENTES ENTIDADES FEDERATIVAS O EN DISTINTOS FUEROS.**

¹⁷ Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299. 304 (1932).

comparación de los elementos del tipo a fin de determinar si existe variación sustancial en los mismos. Así, la prohibición sólo se extiende a penales con relación de subordinación o complementariedad a aquel por el que se aperturó el primer juicio, generando una regla de complejidad matemática que ha dado para un sinfín de ensayos en torno al tema.

IV. CONCLUSIÓN

Resulta incompatible con el sistema penal acusatorio —tanto desde el punto de vista de derecho nacional como de derecho comparado— que el Ministerio Público pueda decretar determinaciones que actualicen la cláusula *non bis in idem*, particularmente previo a que exista alguna determinación judicial que delimite el objeto fáctico del proceso. Esperemos que, en un futuro no tan lejano, los tribunales analicen y se pronuncien sobre el contenido de esta cláusula constitucional, considerando una interpretación sistemática del marco legal que rige el sistema penal acusatorio mexicano y de sus principios. Dicha interpretación permitiría darle contenido a uno de los principios esenciales del debido proceso penal para dar certeza tanto a los indiciados como a las víctimas y a la sociedad sobre los efectos de las determinaciones ministeriales de no ejercicio de la acción penal y sus efectos de cosa juzgada.

Boletín jurídico práctico, núm. 4, marzo del 2024

ISBN: 978-607-59689-3-3

Editado por

Escuela Libre de Derecho

Dr. Vértiz 12 esq. Arcos de Belén,

Col. Doctores, Cuauhtémoc, Ciudad de México,

CP. 06720,

Tel. +52 (55) 5588 0211 conmutador

Editor responsable: José Manuel Villalpando

Supervisión editorial: Manuel Alexandro Munive Páez

Disponible en acceso abierto en la página:

<https://www.eld.edu.mx/>

LOS TEXTOS AQUÍ PUBLICADOS SON
RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE CADA AUTOR

Diseño e impresión: Procesos Editoriales don José S. A. de C. V.
Ganaderos 149, Granjas Esmeralda, 09810, Iztapalapa,
Ciudad de México, XX de marzo del 2024

Tiraje: 400 ejemplares.

**ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BOLETÍN JURÍDICO PRÁCTICO**

RECTOR

Emilio González de Castilla del Valle

JUNTA DIRECTIVA

José Luis Izunza Espinosa
Fernando Cataño Muro Sandoval
Juan Pablo Estrada Michel
Gabriela de la Mora Galván
Mario Héctor Blancas Vargas

SECRETARIOS

José Manuel Villalpando
Secretario Académico

Renata Sandoval Sánchez
Secretaria de Administración

Cecilia Lizardi Tort
Secretaria de Posgrado

Arturo Ramos Sobarzo
Director del Centro de Investigaciones Jurídicas

Manuel Alejandro Munive Páez
Director del Doctorado

COMITÉ EDITORIAL

Juan Pablo Estrada Michel
Director

Francisco de Icaza Dufour
Director Honorario

Lizbeth América Cedillo Valderrama
Rodolfo Gómez Alcalá
Rafael Estrada Michel
Pablo Francisco Muñoz Díaz
Arturo Ramos Sobarzo
José Manuel Villalpando

9 786075 968933

