

LOS JUECES Y LOS FISCALES ANTE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

MIGUEL BONILLA LÓPEZ
JUEZ DE DISTRITO¹

*La función del derecho penal no es legitimar el poder punitivo,
sino contenerlo y reducirlo.*

E. R. Zaffaroni

Con el Magistrado César Esquinca Muñoa me unen la amistad que tuvo con mi padre (con quien integró el Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito) y una relación laboral de cuatro años en el Instituto de la Judicatura Federal, donde fungí como investigador cuando él lo dirigió. De estas dos fuentes dimana mi certidumbre: es hombre de integridad a toda prueba y de virtudes judiciales. Participar en este libro en su homenaje constituye la forma de agradecer las buenas cosas que aprendí con él.

Recientemente, la Suprema Corte ratificó que el principio de legalidad constituye un límite al poder punitivo del Estado. Le tocó en turno decidir, entre otros tópicos, la inconstitucionalidad de ciertos preceptos de la legislación del Estado de Puebla que remitían al contenido de normas oficiales mexicanas (NOMs) para la integración de algún tipo penal.²

En lo que aquí interesa, durante la discusión del asunto uno de los integrantes del Pleno realizó una bien razonada defensa de la posibilidad legislativa de formular tipos penales que remitiesen a esa clase de normas, y en especial en temas vinculados con el medio ambiente:

¹ El autor agradece a Edgar Edmundo Aguilar García, César Omar Carazo García y Julio César Roa Zepeda el valioso intercambio de ideas que con él han tenido sobre este tema.

² Acción de inconstitucionalidad 6/2010, resuelta por mayoría de ocho votos en la sesión del 5 de junio de 2012. A la fecha de conclusión del presente ensayo (9 de julio de 2012) la sentencia está pendiente de engrosar

considero que la remisión que las normas combatidas hacen a las normas oficiales mexicanas para complementar los tipos penales de que se trata, desde mi óptica personal, guarda razonabilidad precisamente en el sistema constitucional de concurrencia de protección al medio ambiente, en la medida de que el establecimiento de aspectos especializados o técnicos que derivan de la propia materia, no es competencia del legislador estatal, sino del legislador federal, en un primer momento, y de la autoridad administrativa por habilitación legislativa en otro momento.³

Si bien los demás Ministros estimaron que los argumentos aducidos para validar la remisión a las NOMs tenían mérito, concluyeron que no eran suficientes para apartarse de una tradición jurídica de enorme fuerza en nuestro Derecho, que pone como uno de sus cimientos al principio de *nullum crimen, nulla poena sine proevia lege penale* (en la clásica enunciación de von Feuerbach), y que, entre otros aspectos, protege a los individuos de las llamadas “leyes penales en blanco”. Así, otro de los miembros del Pleno remató:

¿Qué quiero decir? Que la remisión a otra ley está muy bien; [pero] que la remisión a reglamentos o a normas oficiales mexicanas indeterminadas, pues es violatorio de la Constitución [...] por esa indeterminación [que] pone al ciudadano en duda: ¿qué es lo que me obliga? Quién sabe. ¿Cuál es la ley aplicable? [...] Otra buena observación que me gustaría incorporar al proyecto en el engrose, si ustedes están de acuerdo es: ¿cómo es que un Estado hace referencia a la integración de su tipo [penal] a normas administrativas federales? Eso es contrario a todas las posibilidades, esa intromisión [...] no puede darse, no es su tema.⁴

³ Intervención de la Ministra Olga María Sánchez Cordero de García Villegas.

⁴ Intervención del Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Confróntense sus palabras con la doctrina: “Se llaman *leyes penales en blanco* a las leyes en que la criminalización primaria (tipificación) se completa remitiendo a otra ley. Si se trata de una ley emanada del mismo órgano (llamada *ley penal en blanco impropia*), no hay problema alguno (la ley penal nacional puede remitir al código civil, por ej.), pero si la ley penal nacional remite a un decreto del poder ejecutivo, a una ley provincial, a una ordenanza municipal, a una resolución ministerial, etc. (las llamadas *leyes penales en blanco propias*), resulta configurando ley penal un órgano que no tiene competencia para hacerlo o, lo que es lo mismo, el órgano competente está delegando su competencia legislativa, lo que es inadmisibles, porque ésta es indelegable” (Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, EDIAR, 2006, p. 102).

Pues bien, sobre esta base —la reciente ratificación de este principio por parte del más Alto Tribunal para los supuestos de leyes penales en blanco— quiero formular en este trabajo una propuesta sobre sus alcances, y no por lo que hace al legislador, sino por lo que hace a los jueces y, en especial, a los agentes del Ministerio Público, quienes resultan ser los más claros representantes del poder punitivo del Estado, al tener en sus manos la aplicación de la ley penal a los casos concretos.

Para ello, me valdré precisamente de un caso, aunque en forma de hipótesis: en las inmediaciones de un mercado público, un grupo de policías e inspectores de la Procuraduría de Defensa del Ambiente encuentran a un sujeto que sin permiso ni autorización está en posesión de un jilguero, ofreciéndolo al público por alguna cantidad de dinero. Lo detienen y acto seguido lo presentan ante el Ministerio Público Federal. El agente a quien corresponde conocer del hecho considera que hay elementos suficientes para atribuirle la posesión con fines de lucro de un ejemplar de ave silvestre sujeta a protección especial, y sostiene que esta conducta encuadra dentro de la hipótesis del artículo 420, fracción IV y último párrafo, del Código Penal Federal:

Artículo 420. Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y por el equivalente de trescientos a tres mil días multa, *a quien ilícitamente:*

[...]

IV. Realice cualquier actividad con fines de tráfico, o capture, *posea*, transporte, acopie, introduzca al país o extraiga del mismo, *algún ejemplar*, sus productos o subproductos y demás recursos genéticos, *de una especie de flora o fauna silvestres*, terrestres o acuáticas en veda, considerada endémica, amenazada, en peligro de extinción, *sujeta a protección especial*, o regulada por algún tratado internacional del que México sea parte, o

[...]

Se aplicará una pena adicional hasta de tres años más de prisión y hasta mil días multa adicionales, cuando las conductas descritas en el presente artículo se realicen en o afecten un área natural protegida, o cuando se realicen con fines comerciales.

Este precepto contiene la descripción de una conducta que es considerada como delito grave por el artículo 194, fracción I, inciso 33) bis, del Código Federal de Procedimientos Penales.

Sin embargo, el agente del Ministerio Público encuentra que para integrar debidamente el cuerpo del delito tiene que acudir a la norma oficial mexicana NOM-059-SEMARNAT-2010 (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 2010, y en vigor a los sesenta días naturales de esta fecha). Recordemos que de acuerdo con el artículo 3º, fracción XI, de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, la expresión “norma oficial mexicana” designa la regulación técnica de observancia obligatoria expedida por las dependencias competentes [...] que establece reglas, especificaciones, atributos, directrices, características o prescripciones aplicables a un producto, proceso, instalación, sistema, actividad, servicio o método de producción u operación, así como aquellas relativas a terminología, simbología, embalaje, marcado o etiquetado y las que se refieran a su cumplimiento o aplicación.

La NOM mencionada fija en su numeral 2 las definiciones de una serie de vocablos. En el subparágrafo 2.2.4. se dispone que son especies “sujetas a protección especial” las que pueden llegar a verse amenazadas y de las que debe propiciarse la recuperación y conservación o la recuperación y conservación de poblaciones de especies asociadas. Textualmente, esta disposición dice:

2.2.4 Sujetas a protección especial (Pr)

Aquellas que podrían llegar a encontrarse amenazadas por factores que inciden negativamente en su viabilidad, por lo que se determina la necesidad de propiciar su recuperación y conservación o la recuperación y conservación de poblaciones de especies asociadas.

En el punto 3 se contienen abreviaturas; en el parágrafo 3.1. se establece:

3. Abreviaturas

Para identificar la categoría de riesgo asignada a especies o poblaciones incluidas en la lista, se utilizarán las siguientes abreviaturas:

- 3.1** E: Probablemente extinta en el medio silvestre; P: en peligro de extinción; A: amenazada; Pr: *sujeta a protección especial*.

En el punto 5 se dispone la integración de una lista de especies en riesgo (Anexo Normativo III), en las que quedan incluidas las denominadas “sujetas a protección especial”:

5. Especificaciones de las categorías e integración de la lista

- 5.1** La lista en la que se identifican las especies y poblaciones de flora y fauna silvestres en cada una de las categorías de riesgo se divide en: Anfibios, Aves, Hongos, invertebrados, Mamíferos, Peces, Plantas y Reptiles.
- 5.2** *La lista se publica como Anexo Normativo III de la presente Norma Oficial Mexicana.*
- 5.3** En la integración del listado se consideran como categorías de riesgo las siguientes:
En peligro de extinción (P) Amenazada (A) *Sujeta a protección especial* (Pr) Probablemente extinta en el medio silvestre (E).

Después, el mismo agente del Ministerio Público advierte en el llamado “Anexo Normativo III” que acompaña a la NOM, que en la lista de “especies en riesgo” se encuentra comprendida el ave del orden *Passeriformes*, familia *Turdidae*, género *Myadestes*, especie *occidentalis*, de nombre común clarín, jilguero, jilguero común, jilguero oscuro, ruiseñor o guardabarranca, cuya distribución está considerada no endémica y que está catalogada dentro de la categoría “Pr”, esto es, especie “sujeta a protección especial”.

De estos elementos normativos, el agente del Ministerio Público de la Federación se vale para ejercer acción penal en contra del poseedor del jilguero por la comisión del delito ambiental referido y de quien pide se califique su detención como legal.

Cuando el pliego de consignación llega ante el juez de Distrito, y una vez examinados los hechos, se le plantea una pregunta central: ¿debe ratificarse la detención del inculpado? La Constitución prevé que para ello debe constatarse que a dicha persona se le atribuya la comisión de una conducta probable-

mente delictuosa, que a tal conducta corresponda una sanción privativa de libertad y que exista flagrancia en su comisión.

Según se aprecia del texto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, la NOM-059-SEMARNAT-2010 fue emitida por la Subsecretaría de Fomento y Normatividad Ambiental de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales y Presidenta del Comité Consultivo Nacional de Normalización del Medio Ambiente y Recursos Naturales, y para ello dicha servidora invocó como fundamento los artículos 32 bis fracciones I, IV, XXXIX y XLI de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; 38, fracción II, 40 fracción X, 45, 46 y 47, fracción IV, de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización; 36, fracción I, 37 bis, 79, fracción III, 160 y 171 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente; 3, fracción XVIII, 9, fracciones III y V, 56, 57, 58 y 59 de la Ley General de Vida Silvestre; el artículo 33 del Reglamento de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, 1 y 8, fracción V, del Reglamento Interior de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

De esta mera circunstancia, me parece, se desprende que el mandato del artículo 420, fracción IV y último párrafo, del Código Penal Federal, *en lo que se refiere a la penalización de la posesión de especies sujetas a protección especial con fines de lucro, no es autosuficiente, puesto que precisa ser integrado a través de una diversa disposición normativa, que no tiene el rango de una ley emanada del Congreso de la Unión*, sino que se trata de una disposición de nivel menor, emitida por una autoridad administrativa inferior.

Así, la hipótesis prevista y sancionada por el artículo 420, fracción IV y último párrafo, del Código Penal Federal, en lo que atañe a la penalización de la posesión de especies sujetas a protección especial con fines de lucro, configura un tipo penal en blanco, que en sí mismo no contiene todos los elementos básicos de una conducta típica y antijurídica.

A esta hipótesis normativa es plenamente aplicable la jurisprudencia siguiente:

NORMAS PENALES EN BLANCO. SON INCONSTITUCIONALES CUANDO REMITEN A OTRAS QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE LEYES EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL. Los denominados “tipos

penales en blanco” son supuestos hipotéticos en los que la conducta delictiva se precisa en términos abstractos y requiere de un complemento para integrarse plenamente. Ahora bien, ordinariamente la disposición complementaria está comprendida dentro de las normas contenidas en el mismo ordenamiento legal o en sus leyes conexas, pero que han sido dictadas por el Congreso de la Unión, con apoyo en las facultades expresamente conferidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En consecuencia, *las “normas penales en blanco” no son inconstitucionales* cuando remiten a otras que tienen el carácter de leyes en sentido formal y material, sino sólo *cuando reenvían a otras normas que no tienen este carácter —como los reglamentos—, pues ello equivale a delegar a un poder distinto al legislativo la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal*, cuando es facultad exclusiva e indelegable del Congreso de la Unión legislar en materia de delitos y faltas federales.

Amparo en revisión 703/2004. 26 de enero de 2005. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez.

Amparo en revisión 333/2007. 20 de junio de 2007. Cinco votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Arnoldo Castellanos Morfín.

Amparo en revisión 361/2007. 20 de junio de 2007. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Amparo en revisión 391/2007. 27 de junio de 2007. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Amparo en revisión 999/2007. 21 de noviembre de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente y Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas; en su ausencia hizo suyo el asunto Juan N. Silva Meza. Secretaria: Mariana Murreddu Gilabert.⁵

⁵ Primera Sala, jurisprudencia 10/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXVII, febrero de 2008, p. 141. Otro criterio que vale la pena invocar, aun y cuando se refiere a una legislación ya no vigente, es el publicado en el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, volúmenes 199-204, segunda parte, p. 54, también de la Primera Sala, cuyo rubro es “SALUD, DELITO CONTRA LA. PSICOTRÓPICOS (BENZODIAZEPINA)” y que en su parte medular dice: “si por leyes en blanco se conocen aquellas que señalan únicamente la pena pero no describen la infracción, la cual posteriormente es configurada por otro texto legal, surge la cuestión de considerar si el acto legislativo complementario que habrá de definir el hecho sancionado debe ser realizado por el Poder Legislativo en forma exclusiva o si puede verificarlo el Poder Ejecutivo. De acuerdo con el criterio expuesto anteriormente sobre la ilegítima delegación cuando se trata de facultades reservadas al Congreso, habrá de sostenerse igual punto de vista respecto al acto legislativo complementario de las leyes penales en blanco. En ese orden de ideas, debe

Ya con el pliego de consignación en la mano y hecha la anterior constatación, ¿qué corresponde hacer al juez de Distrito? Uno de sus derroteros podría ser éste: conforme a lo dispuesto por el artículo 192 de la Ley de Amparo, la jurisprudencia firme de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya sea en Pleno o en Salas, es de carácter obligatorio para el resto de los órganos jurisdiccionales. La jurisprudencia citada emana de una contradicción de tesis, y por ello es de observancia obligatoria.

Desde mi perspectiva, esta razón bastaría al juez de Distrito para negar la ratificación de la detención: ¿cómo ratificar una detención realizada a la luz de una norma que pertenece a un género que la jurisprudencia firme califica de inconstitucional? ¿Cómo justificar que se abra un proceso con una conducta que pretende ser penalizada a través de una norma inconstitucional?

La respuesta anterior no es mala respuesta. Se antoja irreprochable: al aplicar la jurisprudencia genérica, el juez abona una razón suficientemente fuerte para normar su actuación y es así que decide no ratificar la detención. Su proceder está justificado en una razón perentoria: la obligatoriedad de la jurisprudencia firme de la Corte. No obstante, podrían formularse algunas objeciones que ponen en entredicho la holgura del argumento anterior.

La primera es que al basarse en una consideración formal sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia, resulta que su ámbito de aplicación se reduce a los sujetos a quienes obligan los precedentes judiciales y deja fuera a otros operadores jurídicos. En efecto, nuestro sistema jurisprudencial está basado (al menos hasta ahora) en el *numerus clausus* de sujetos a quienes obliga, y en el caso, nada más a puros órganos jurisdiccionales. De esta suerte, a pesar de que la Suprema Corte hubiera ya establecido la inconstitucionalidad de las leyes

considerarse que conforme a lo establecido por el artículo 14 constitucional, para la coexistencia de un delito es menester que esté previsto en la ley y no en una publicación oficial que no reúne los requisitos precisados por la propia Constitución, por lo cual se llega a la conclusión, en puridad jurídica, que el delito de posesión y tráfico de psicofármacos que contienen como principio activo el derivado de las benzodiazepinas no se configura, toda vez que el Congreso de la Unión, único órgano que constitucionalmente está facultado para legislar en materia de delitos federales, no elevó al rango de ley las disposiciones contenidas en las publicaciones en el *Diario Oficial de la Federación* de 30 de noviembre de 1976 y de 1o. de diciembre de 1980, respecto a que la benzodiazepina pasara a ser considerada como psicotrópico”.

penales en blanco, esa inconstitucionalidad sólo valdría para los tribunales, pero no para el Ministerio Público. Los agentes de esta institución podrían aducir con mucha facilidad (y lo hacen de hecho) que la jurisprudencia a ellos no les obliga y, por tanto, que están facultados para y hasta constreñidos a consignar en supuestos como el que aquí examino.

El segundo reparo que cabe oponer a una decisión fundada única y exclusivamente en la obligatoriedad de una jurisprudencia es que con ello se deja sin explorar una vía magna, no formalista sino enteramente garantista que permitiría a los jueces no ratificar las detenciones, pero que también impediría al Ministerio Público ejercer la acción penal en casos como el descrito.

Ensayo aquí el recorrido: conforme al principio de legalidad que rige la actividad de los jueces de proceso, jurídicamente no es posible ratificar dicha detención, dado que el tipo penal no puede integrarse válidamente (y esto aun sin que existiera jurisprudencia obligatoria que declarase la inconstitucionalidad de las leyes penales en blanco).

Según se desprende del artículo 1º de la Constitución, las normas contenidas en ésta y en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos resultan de observancia obligatoria para todas las autoridades del país; sobre esta base, cabe recordar el contenido de los artículos 7.2 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que es plenamente derecho positivo del Estado Mexicano:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

(...)

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable [...]

En dichas disposiciones se establece el principio de legalidad en materia penal que rige la actividad jurisdiccional.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone:

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

La jurisprudencia firme y la doctrina más reconocida son unánimes en sostener que en este enunciado están contenidos tres postulados básicos del Derecho Penal: 1) no puede sancionarse ninguna conducta que no esté expresamente precisada en ley; 2) no puede imponerse a dicha conducta una pena que, igualmente, no esté prevista de forma expresa en la norma; y 3) la pena ha de ser necesariamente aplicada mediante juicio —*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege y nulla poena sine iudicium*. Estos postulados son parte integrante del denominado principio de legalidad en materia penal.⁶

A este respecto, de entre un copioso acervo, resultan ilustrativos los siguientes criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PÚBLICO. EL ARTÍCULO 214, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL. La garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, contenida en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva de los principios *nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege, conforme a los cuales cualquier hecho que no esté señalado por la ley como delito no será delictuoso* y, por tanto, no es susceptible de acarrear la imposición de una pena, además de que para todo hecho catalogado como delito la ley debe prever expresamente la pena que le corresponda, en caso de su consumación. En congruencia con lo anterior, se concluye que el artículo 214, fracción IV, del Código Penal Federal, no transgrede la mencionada garantía constitucional, pues la indicada hipótesis es clara y precisa, toda vez que en ella se contienen todos los elementos necesarios para su acreditación, con lo que se dota de certeza jurídica a los gobernados en la medida en que tienen la posibilidad de conocer de manera

⁶ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pp. 103 y ss.

específica la conducta que pretendió prohibir el legislador con la creación de dicho tipo penal, o entendido *a contrario sensu*, que de realizarse la conducta prohibida en dicha hipótesis legal se considerará como delictiva esa acción, con la consecuente sanción que le corresponda.

Amparo en revisión 1033/2005. 17 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.⁷

EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. LA GARANTÍA, CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TAMBIÉN OBLIGA AL LEGISLADOR. El significado y alcance de dicha garantía constitucional no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstenga de imponer por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trata, sino que también obliga a la autoridad legislativa a emitir normas claras en las que se precise la conducta reprochable y la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito, a fin de que la pena se aplique con estricta objetividad y justicia; que no se desvíe ese fin con una actuación arbitraria del juzgador, ni se cause un estado de incertidumbre jurídica al gobernado a quien se le aplique la norma, con el desconocimiento de la conducta que constituya el delito, así como de la duración mínima y máxima de la sanción, por falta de disposición expresa.

Amparo directo en revisión 268/2003. 11 de junio de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Amparo directo en revisión 1294/2004. 27 de octubre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Amparo en revisión 534/2005. 22 de junio de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz.

Amparo en revisión 933/2005. 3 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Roberto Ávila Ornelas.

Amparo directo en revisión 55/2006. 8 de febrero de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.⁸

⁷ Primera Sala, tesis CXXXI/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXII, noviembre de 2005, p. 38.

⁸ Primera Sala, jurisprudencia 10/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXIII, marzo de 2006, p. 84.

Esto se corrobora con lo dispuesto en los artículos 16, segundo párrafo, y 21, primer párrafo, constitucionales:

Artículo 16. (...)

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

Artículo 21. La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial [...]

De estos preceptos se sigue que la conducta debe estar descrita en ley como delito, y sólo si es así, cabe que el juez instaure un proceso y, si es el caso, condene.

Por su parte, el artículo 7º del Código Penal Federal prescribe que delito “es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. Como bien puede colegirse, en este precepto se recogen dos de los postulados generales de legalidad que rigen al Derecho Penal: *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*.

En conjunto, los postulados contenidos tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Código Penal, constriñen el poder punitivo del Estado (para el caso, el de los órganos jurisdiccionales) sólo a los actos u omisiones que estén previstos como delito por la ley; que, tratándose de la Federación, en leyes en sentido formal y material emitidas por el Congreso de la Unión (en efecto, el artículo 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos faculta al Congreso para establecer en leyes de carácter general y abstracto los delitos y faltas contra ella y los castigos que les corresponden).

Así, en acatamiento del principio de legalidad, los jueces federales sólo pueden ejercer válidamente sus poderes sancionadores respecto de conductas descritas como delito precisamente en leyes.

Como se ve, los poderes conferidos a los jueces penales para conocer de los procesos criminales del orden federal, así como para establecer la existencia de hechos constitutivos de delitos y sancionar a quien los realice, están acotados por la limitante fundamental establecida en la Constitución y en

la Convención Americana de Derechos Humanos, y reiterada en el Código Penal Federal, consistente en que la conducta criminal esté configurada en una ley, pero entendida ésta en sus sentidos formal y material.

Ahora bien, en el caso que he planteado, el agente del Ministerio Público ejerce acción penal en contra de una persona por la posesión con fines de lucro de un ave sujeta a protección especial conforme a la norma oficial mexicana NOM-059-SEMARNAT-2010.

Visto así, creo que no sería factible acoger la pretensión del Ministerio Público de ratificar la detención de esa persona, y ello no solo en respeto de la jurisprudencia obligatoria que ha sido ya citada líneas atrás, *sino también y sobre todo por virtud del riguroso acatamiento de uno de los principios más preciados de entre los que rigen la actividad de los jueces de proceso, que es el de tener como límite de sus poderes sancionadores el que la conducta delictiva se encuentre configurada en una ley en sentido formal y material*, y en el caso, según se ha visto, el tipo penal no está configurado completa y satisfactoriamente en una ley (el Código Penal Federal), sino que para su configuración hay que acudir a una NOM.

Sobre las consideraciones precedentes se impone una aclaración de importancia mayúscula: el derrotero propuesto no es ni significa realizar el control de constitucionalidad de ninguna norma.

El control de constitucionalidad de las leyes supone un juicio sobre la validez o invalidez de una norma, con miras a determinar si debe ser expulsada del orden jurídico, bien con efectos generales o bien con efectos relativos sólo para quien haga valer la inconstitucionalidad.

Con la forma de proceder que aquí se está sugiriendo, no se realiza ningún pronunciamiento de este orden, sino en verdad uno mucho más modesto: constatado que los jueces de proceso se encuentran sujetos al principio de legalidad, no queda más que actuar en consecuencia si se advierte que la acción penal ejercida por el Ministerio Público está fincada en una norma que no lo respeta. Ser consecuente con dicho principio —el más caro de entre todos los que rigen la actividad de los jueces ordinarios— significa, en el caso planteado, no ratificar la detención, en respeto al principio de legalidad *nullum crimen sine lege* (no hay crimen sin ley).

En cambio, actuar de diferente manera, esto es, ratificar su detención por la probable comisión de un delito que no está suficiente y satisfactoriamente establecido en un ordenamiento con el rango y carácter de ley, conllevaría a una inexacta aplicación de la norma, a instaurar un proceso en contra de una persona, pero sin respeto a un derecho fundamental.⁹

Pero por otra parte, si bien se advierte, con relación a estos mismos hechos referidos a una conducta para cuya tipificación se remite al contenido de una NOM, y cualesquier otro caso análogo, resulta que el Ministerio Público de la Federación carece de potestad para consignarlos.

Veamos: conforme a los artículos 7.2 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14, tercer párrafo, 16, segundo párrafo, y 21, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el diverso artículo 73, fracción XXI, la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal cuando aparece que una conducta constituye delito son potestades encomendadas al Ministerio Público.

Estas potestades, sin embargo, están también limitadas (de la misma manera que la de los jueces para sancionar conductas infractoras de normas penales) a *los hechos que estén precisa y completamente configurados como delitos en leyes, en sentido formal y material*.

En efecto, por una parte el principio de legalidad en materia penal protege a los individuos de ser castigados si es que la conducta por la que se les quiere reprochar no está en ley, y en este sentido los artículos 7.2 y 9 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y 14, tercer párrafo, 16, segundo párrafo, y 21, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyen verdaderas garantías y salvaguardas del individuo, pues confieren la potestad sancionadora siempre y cuando

⁹ Escribe Ferrajoli: “Para que la previsión de un hecho como delito por parte de una ley sea suficiente para que el juez lo considere como tal, en un estado de derecho es necesario que la ley sea, además de vigente, también válida, es decir, conforme a sus normas superiores tanto en el orden formal como en el sustancial. Sólo una ley (que el juez considere) válida comporta para él la obligación de aplicarla, es decir, de calificar y castigar como delito el hecho previsto por ella. De ahí se sigue que un hecho es y debe ser considerado delito si y sólo si es tal conforme a una ley vigente y válida, o sea, si concurren todas las garantías penales y procesales” (Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 587).

la conducta esté tipificada plenamente en una ley material y formalmente hablando. De estas disposiciones de rango superior también se infiere un límite a los legisladores, quienes pueden disponer la creación de figuras delictivas, pero para que ello pueda ser reputado válido, es menester que todos los elementos del tipo penal estén precisamente establecidos en leyes en sentido tanto material como formal.

Por otro lado, el artículo 21 constitucional, en su primer párrafo, dispone: Artículo 21. La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. (...)

Además, recuérdese que el artículo 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos faculta al Congreso para establecer en leyes de carácter general y abstracto los delitos y faltas contra ella y los castigos que les corresponden.

De estas disposiciones deriva lo siguiente: si la potestad sancionadora del Estado en materia penal sólo puede surtirse cuando a los jueces les han sido consignados hechos que verdaderas leyes consideren delitos, sin remisión posible a normas de rango inferior, resulta que al Ministerio Público, al que corresponde la potestad investigadora y de ejercicio de la acción penal, le está vedado consignar ante los tribunales hechos que no están tipificados como delito en las leyes que emiten las asambleas legislativas, como acontece con los denominados tipos penales en blanco (definidos suficientemente por la Suprema Corte, según se ha visto). En efecto, ningún sentido tiene estimar que el Ministerio Público puede consignar válidamente hechos que sólo son considerados delitos por normas defectuosas, como las que recogen tipos penales en blanco y para los que, para su configuración, ha de acudir a normas de rango inferior como las NOMs.

Al contrario, una sana hermenéutica y, sobre todo, una hermenéutica apegada al garantismo que hoy por hoy constituye la piedra angular del sistema jurídico mexicano y que recoge a cabalidad el artículo 1º constitucional, lleva a concluir que los poderes de investigación de delitos y de ejercicio de la acción penal por la comisión de éstos, que la Constitución otorga al Ministerio

Público, están acotados por la limitante fundamental de que las conductas y hechos relativos estén precisa y completamente establecidos como delito en normas penales con rango y fuerza de ley.

Esta interpretación es conforme con lo dispuesto por el artículo 1º, párrafos primero, segundo y tercero, y en especial este último, de la Constitución: Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Es especialmente relevante el tercer párrafo, dado que en él se establece la obligación constitucional para cualquier autoridad (es decir, que el Ministerio Público está perfectamente comprendido entre los sujetos obligados por la norma máxima) de respetar los derechos humanos.

Qué duda cabe que esta obligación, en el caso que se examina y en todos aquellos semejantes, constriñe al Ministerio Público de la Federación a abstenerse de consignar ante los jueces federales hechos que la ley, y precisamente la ley (no los reglamentos u otras disposiciones de rango menor), no establezca que sean delitos, como ocurre con los llamados tipos penales en blanco que remiten, como en el ejemplo que hasta ahora nos ha ocupado, a NOMs.

No obrar así por parte del Ministerio Público, implicará que su actuar se dará al margen de las normas de mayor rango de las que rigen sus potestades y atribuciones, dando pie a que sus actos puedan tacharse de inválidos (si es

que las personas que los resienten los impugnan) y generar, eventualmente, responsabilidad al Estado Mexicano, por incumplimiento de disposiciones convencionales.

Cabe aclarar que actuar de la forma que aquí se hace ver como apegada al orden jurídico no significa permitir al Ministerio Público realizar funciones de control de constitucionalidad de leyes ni de control de convencionalidad ni de inaplicar la ley, sino simplemente exigir que dicho ente se apegue al mandato constitucional que deriva del artículo 1º y maximizar así el respeto de los derechos humanos, y de este modo, ante la constatación de que los hechos que investiga están previstos en una norma que no tiene rango de ley o en una norma que sí tiene este rango, pero que no recoge todos los elementos del tipo en su seno, sino que remite a disposiciones de menor nivel jerárquico, como reglamentos, normas oficiales mexicanas, circulares, decretos, permisos, etcétera, debe abstenerse de consignarlos ante los órganos jurisdiccionales, pero sin calificar la inconstitucionalidad o inconventionalidad de la ley y sin formular juicio alguno sobre la inaplicabilidad de la norma defectuosa.¹⁰ A este respecto, me parecen enteramente aplicables las consideraciones vertidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el cuatro de octubre de dos mil once, y de las que emanó la tesis siguiente:

SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control

¹⁰ Hasta donde entiendo, “inaplicar” una ley significa que a quien corresponde realizar su contenido se abstiene de obrar como éste indica, sobre la base de un juicio de contraste del que resulta que la acción ordenada por la norma o los efectos producidos por su ejecución devienen contrarios en sí mismos a normas sustantivas de rango superior pertenecientes a la Constitución o a algún tratado de derechos humanos vigente para nuestro país. En el caso que pongo a consideración de los lectores no sugiero que el Ministerio Público “inaplique”, sino que se contenga en el ejercicio de sus poderes de investigación y persecución de los delitos, acotados a conductas que sean calificadas como tales en leyes formal y materialmente hablando: “Si me piden”, diría un agente, “que investigue un hecho que no está tipificado como delito en una ley, no puedo hacer nada, por más grave que me parezca”.

concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.

Precedentes: Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente: y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.¹¹

Además, las consideraciones que he formulado hasta ahora guardan consonancia con las normas que de por sí rigen y han regido la actuación del Ministerio Público de la Federación, como las previstas en los artículos 4, fracción I, inciso A), inciso s), punto 1, 4, fracción I, inciso B), inciso a) a *contrario sensu*, 10, fracción X, y 63, fracciones I y VIII, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República:

Artículo 4. Corresponde al Ministerio Público de la Federación:

I. *Investigar y perseguir los delitos* del orden federal.

¹¹ Pleno, tesis LXX/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro III, tomo 1, diciembre de 2011, p. 557.

El ejercicio de esta atribución comprende:

A) En la averiguación previa:

[...]

s) *Determinar el no ejercicio de la acción penal, cuando:*

1. *Los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito;*

[...]

B) Ante los órganos jurisdiccionales:

a) Ejercer la acción penal cuando exista denuncia o querrela, *esté acreditado el cuerpo del delito* de que se trate y la probable responsabilidad de quien o quienes en él hubieren intervenido, solicitando las órdenes de aprehensión o de comparecencia.

[...]

Artículo 10. Para el despacho de los asuntos que competen a la Procuraduría General de la República y al Ministerio Público de la Federación conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el presente ordenamiento y demás disposiciones aplicables, el Procurador General de la República se auxiliará de:

[...]

X. Agentes del Ministerio Público de la Federación, agentes de la Policía Federal Ministerial, oficiales ministeriales, visitadores y peritos, y

[...]

Artículo 63. Son obligaciones de los agentes del Ministerio Público de la Federación, los agentes de la Policía Federal Ministerial y, en lo conducente de los oficiales ministeriales y peritos, para salvaguardar la certeza, legalidad, objetividad, imparcialidad, eficiencia, profesionalismo, honradez, lealtad, disciplina y respeto a los derechos humanos en el desempeño de sus funciones, las siguientes:

I. Conducirse siempre con apego al orden jurídico y respeto a los derechos humanos;

[...]

VIII. Abstenerse de ordenar o realizar la detención o retención de persona alguna sin cumplir con los requisitos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los ordenamientos legales aplicables;

Estas normas son claras en su sentido: en la función de perseguir los delitos y en el ejercicio de la acción penal, al Ministerio Público rige el respeto de la Constitución y de los derechos humanos; de esto se sigue que no hay lugar para emplear sus potestades en hipótesis como la planteada, en la que la conducta que se imputa es la de posesión de especies sujetas a protección especial con fines de lucro, que no puede considerarse delictiva al no estar precisa y suficientemente determinada en una ley.

En conclusión: en el caso de las normas penales en las que la descripción de la conducta reprobable es insuficiente y para integrarla completamente es necesario acudir al texto de NOMs, resulta, primero, que el Ministerio Público carece de la potestad de infringir molestias a los individuos, tales como detenerlos o consignar averiguaciones previas; segundo, en el supuesto de que a pesar de ello, hubiera consignado, los jueces están impedidos para ratificar la detención, y esto en función de dos argumentos: por un lado, el estrictamente formalista derivado de la obligatoriedad de la jurisprudencia; por otro, el de índole garantista, según el cual, si la ley remite a una NOM para la descripción de la conducta delictuosa, debe prevalecer el principio de legalidad.