

FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

RECIBIDO
18:57
02 MAR. 2020

SUBPROCURADURÍA ESPECIALIZADA EN
INVESTIGACIÓN DE DELITOS FEDERALES
OFICINA DE PARTES

SIN ARCHIVO

AMERENA
ABOGADOS

CARPETA DE INVESTIGACIÓN: FED/SEIDF/UNAI-CDMX/0001015/2019.

LIC. ANTONIO DOMÍNGUEZ ZAVALA.
AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA
FEDERACIÓN, TITULAR DE LA AGENCIA DÉCIMA
PRIMERA INVESTIGADORA, DE LA UNIDAD
ESPECIALIZADA EN INVESTIGACIÓN DE DELITOS
COMETIDOS POR SERVIDORES PÚBLICOS Y
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, DE LA
FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

19:24
PROCURADURÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA
RECIBIDO
02 MAR. 2020
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
OFICINA DE PARTES
UNIDAD ESPECIALIZADA EN INVESTIGACIÓN
DE DELITOS FEDERALES
COMETIDOS POR SERVIDORES PÚBLICOS Y CONTRA
LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
VENTANILLA ÚNICA

ANDREA ROVIRA DEL RÍO, defensora del señor RAFAEL ZAGA
TAWIL en la carpeta de investigación que se indica al rubro, comparezco
respetuosamente ante Usted, para exponer:

Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 113, fracción XI y 117,
fracciones VII y VIII, del Código Nacional de Procedimientos Penales, vengo a
formular para que sean consideradas por esa Representación Social al momento de
determinar la presente investigación las siguientes:

CONSIDERACIONES

ÚNICO: El tipo penal que verbalmente se le comunicó a mi defendido como aquél cuya comisión se le atribuye fue suprimido al entrar en vigor la reforma de dieciocho de julio de dos mil dieciséis.

De acuerdo con lo indicado falsamente por esa Autoridad Ministerial en el citatorio de fecha siete de febrero de dos mil veinte que le fue girado a mi defendido, el delito por el que supuestamente se está integrando la carpeta de investigación a su cargo es el previsto y sancionado por el artículo 217 del Código Penal Federal.

A la fecha, el artículo en comento fue reformado a través de un decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de julio de dos mil dieciséis, por lo que el tipo penal sufrió modificaciones desde que sucedieron los hechos e

inclusive, desde que se presentó la denuncia de hechos, tal como se advierte del siguiente cuadro comparativo:

Delito vigente al momento de los hechos.	Delito previsto en el Código Penal Federal a partir del 18 de julio de 2016 y que entro en vigor el 8 de febrero de 2019.
<p>ARTICULO 217.- Comete el delito de uso indebido de atribuciones y facultades:</p> <p>I.- El servidor público que indebidamente:</p> <p>A) Otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación;</p> <p>B) Otorgue permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico;</p> <p>C) Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la Administración Pública Federal, y del Distrito Federal;</p> <p>D) Otorgue, realice o contrate obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos.</p> <p>II.- Toda persona que solicite o promueva la realización, el otorgamiento o la contratación indebidos de las operaciones a que hacen referencia la fracción anterior o sea parte en las mismas, y</p> <p>III.- El servidor público que teniendo a su cargo fondos públicos, les dé a sabiendas, una aplicación pública distinta de aquella a que estuvieren destinados o hiciere un pago ilegal.</p> <p>Al que cometa el delito a que se refiere el presente artículo, se le impondrán de seis meses a doce años de prisión, de cien a trescientos días multa, y destitución e inhabilitación de seis meses a doce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.</p>	<p>ARTÍCULO 217.- Comete el delito de uso ilícito de atribuciones y facultades:</p> <p>I.- El servidor público que ilícitamente:</p> <p>A) Otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación;</p> <p>B) Otorgue permisos, licencias, adjudicaciones o autorizaciones de contenido económico;</p> <p>C) Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la Administración Pública Federal;</p> <p>D) Otorgue, realice o contrate obras públicas, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, con recursos públicos;</p> <p>E) Contrate deuda o realice colocaciones de fondos y valores con recursos públicos.</p> <p>I. bis.- El servidor público que a sabiendas de la ilicitud del acto, y en perjuicio del patrimonio o del servicio público o de otra persona:</p> <p>A) Niegue el otorgamiento o contratación de las operaciones a que hacen referencia la presente fracción, existiendo todos los requisitos establecidos en la normatividad aplicable para su otorgamiento, o</p> <p>B) Siendo responsable de administrar y verificar directamente el cumplimiento de los términos de una concesión, permiso, asignación o contrato, se haya abstenido de cumplir con dicha obligación.</p> <p>II.- Toda persona que solicite o promueva la realización, el otorgamiento o la contratación indebidos de las operaciones</p>

Delito vigente al momento de los hechos.	Delito previsto en el Código Penal Federal a partir del 18 de julio de 2016 y que entró en vigor el 8 de febrero de 2019.
	<p>a que hacen referencia la fracción anterior o sea parte en las mismas, y</p> <p>III.- El servidor público que teniendo a su cargo fondos públicos, les dé una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados o haga un pago ilegal.</p> <p>Se impondrán las mismas sanciones previstas a cualquier persona que a sabiendas de la ilicitud del acto, y en perjuicio del patrimonio o el servicio público o de otra persona participe, solicite o promueva la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este artículo.</p> <p>Al que cometa el delito a que se refiere el presente artículo, se le impondrán de seis meses a doce años de prisión y de treinta a ciento cincuenta días multa.</p>

Al realizar un ejercicio de comparación entre ambos artículos es posible advertir lo siguiente: 1) que la descripción típica fue modificada, a fin de incorporar un elemento normativo distinto en el título y la fracción I; 2) que fue adicionado un inciso E) a la fracción I y se agregó una fracción I bis; y 3) que se agregó una última hipótesis contenida en el penúltimo párrafo.

Previo a analizar los alcances y las implicaciones que conllevan las modificaciones anunciadas, particularmente por lo que hace a los primeros dos puntos, es preciso anticipar que el legislador dispuso reglas específicas para regular la entrada en vigor de la reforma a dicho artículo, tal como se establece a continuación:

“Primero.- El presente Decreto entrará en vigor a partir del nombramiento que el Senado de la República realice del Titular de la Fiscalía Especializada en materia de delitos relacionados con hechos de corrupción, creada en términos de lo establecido en el segundo párrafo del Artículo Décimo Octavo Transitorio del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia político-electoral, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de febrero de 2014, a través del Acuerdo A/011/14 por el que se crea la Fiscalía Especializada en materia de Delitos relacionados con Hechos de Corrupción y se establecen sus atribuciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de marzo de 2014.

Segundo.- A partir de la entrada en vigor de este Decreto, para el caso en que las reformas contenidas en el mismo, contemplen una descripción legal de una conducta delictiva que en los artículos reformados se contemplaban como delito y por virtud de las presentes reformas, se denomina, penaliza o agrava de forma diversa, siempre y cuando las conductas y los hechos respondan a la descripción que ahora se establecen, se estará a lo siguiente:

- I. En los casos de hechos que constituyan alguno de los delitos reformados por el presente Decreto, cuando se tenga conocimiento de los mismos, el Ministerio Público iniciará la investigación de conformidad con la traslación del tipo que resulte;
- II. En las investigaciones iniciadas, en los que aún no se ejercite la acción penal, el Ministerio Público ejercerá ésta de conformidad con la traslación del tipo que resulte;
[...]" (Énfasis Añadido)

De conformidad con el transitorio primero, el delito penal previsto en el artículo 217, en su texto vigente, entraría en vigor una vez que el Senado de la República designara al Titular de la Fiscalía Especializada en Materia de Delitos Relacionados con Hechos de Corrupción; situación que efectivamente se actualizó el ocho de febrero de dos mil diecinueve tras la designación de la licenciada María de la Luz Mijangos Borja.

Esta situación ha sido inadvertida tanto por la Procuraduría General de la República cuando se presentó la denuncia de hechos, como por esa Fiscalía General de la República, quien al momento de comunicarle a mi defendido el tipo penal por el que se le investigaba indicó que era el delito de uso **indebido** de atribuciones y facultades, siendo que se trata de un tipo penal que por las modificaciones aludidas fue suprimido.

Ahora, por lo que hace al transitorio segundo, el mismo dispone las reglas a seguirse para el caso de que los delitos reformados se denominen, penalicen o agraven de forma diversa. En el supuesto de que se estuviere investigando un hecho por determinado delito que hubiera sufrido un cambio a partir de la reforma, como ocurre en el caso concreto, la fracción II establece que al ejercitar la acción penal, el Ministerio Público lo debe hacer de conformidad con la traslación del tipo que resulte.

Ahora bien, el punto central del presente escrito consiste en demostrar que lejos de existir la posibilidad de lograr trasladar el delito previsto en el artículo 217, fracción II, en los términos establecidos por el transitorio segundo, la reforma de

011

dieciocho de julio de dos mil dieciséis suprimió la norma penal referida, por lo que, esa Autoridad Ministerial debe detener la investigación que se encuentra en curso y dictar un acuerdo en el proponga el no ejercicio de la acción penal al actualizarse una causa de extinción de la acción penal.

- **De los elementos normativos “indebido” e “ilícito”.**

Los elementos normativos “indebido” e “ilícito” han sido ampliamente estudiados por la doctrina y la jurisprudencia¹ y aunque, parecerían a primera vista corresponder a un mismo significado, lo cierto es que conllevan connotaciones y alcances diversos.

La diferencia radica, sustancialmente, en que el término “indebidamente” se refiere a la conducta del servidor público “no debida”². Es decir, alude a una conducta que se realiza en forma contraria a lo que está permitido en la ley; de ahí que lo “indebido” será todo aquello que se realiza en contravención a la legislación que regula el acto específico. Así fue establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el criterio con rubro y texto siguiente:

Época: Novena Época

Registro: 170890

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXVI, Noviembre de 2007

Materia(s): Constitucional, Penal

Tesis: 1a. CCXXXIX/2007

Página: 183

“USO INDEBIDO DE ATRIBUCIONES Y FACULTADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 217, FRACCIÓN I, INCISO D), DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL INCLUIR EL TÉRMINO “INDEBIDAMENTE” COMO ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL.

Atento al principio de reserva de ley, es indispensable que tanto la conducta prohibida, esto es, la acción u omisión previstas en el supuesto hipotético, como la sanción que constituye la consecuencia de la actualización de aquélla, se encuentren descritas en una ley en sentido formal y material. Ahora bien, la regulación de los actos administrativos puede contenerse en uno o varios ordenamientos legales, a los cuales debe ceñirse el procedimiento para la culminación del acto específico, esto es, el procedimiento prevé presupuestos que deben cumplir los servidores públicos que lo realizan, cuando se trata de una acción directa, o verificar que la contraparte que motiva el acto

¹ Véase por ejemplo el estudio “Lo ‘indebido’ y lo ‘ilícito’ en la doctrina de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación” por Rodolfo Félix Cárdenas.

² Es decir, que proviene del *deber ser*.

satisfaga los requisitos correspondientes. En estas condiciones, resulta inconcuso que el artículo 217, fracción I, inciso d), del Código Penal Federal, al establecer que comete el delito de uso indebido de atribuciones y facultades el servidor público que indebidamente otorgue, realice o contrate obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos, no viola la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal contenida en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues con **la inclusión del término "indebidamente" como elemento normativo de dicho tipo penal, se alude a una conducta que se realiza en forma contraria a como está prevista en la ley; de ahí que lo "indebido" será todo aquello que, en contravención a la legislación que regula el acto específico,** imposibilite que el Estado obtenga las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, como expresamente lo establece el artículo 134, constitucional. **Por tanto, no hay subjetividad para calificar si la conducta es indebida o no, pues para determinar si se actualiza el elemento "indebidamente", es menester recurrir a la legislación federal vigente que regula el otorgamiento, realización o contratación de cualquiera de los actos administrativos relacionados con los que señala el citado numeral 217 y contrastar los hechos con lo exigido por el ordenamiento legal aplicable,** el cual es inmutable, obligatorio para todos y oponible a criterios desviados de su interpretación. **Esto es, el tipo penal mencionado contiene una norma de remisión tácita, y no una norma penal en blanco,** en virtud de que al aludir a las atribuciones y facultades del servidor público, implica que tenga que **acudirse a las leyes que rigen su actuación.** (Énfasis Añadido)

Amparo en revisión 421/2006. José Luis Gómez Luna Lee Eng. 8 de noviembre de 2006. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: José Alberto Tamayo Valenzuela.

De conformidad con la tesis invocada, para saber si una conducta es "indebida" el juzgador, o el Ministerio Público en un primer momento, debe acudir a la legislación (es decir, a una norma formal y materialmente legislativa) para definir la regulación de la conducta reprochada. Será "indebida" aquella que, al confrontarla, no cumpla con los límites establecidos por la norma general.

Por otro lado, **el elemento normativo "ilícito" conlleva un elemento de precisión, en cuanto a que no hay duda en que la conducta no está permitida por la ley.**

La propia Real Academia Española define ilícito como "no permitido legal o moralmente"³. Esto significa que la ilicitud de algo entraña una prohibición

³ Véase: <https://dlc.rae.es/?w=il%C3%ADcito>

expresa prevista necesariamente en una ley. Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció lo siguiente:

Época: Décima Época

Registro: 2018557

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I

Materia(s): Constitucional, Penal

Tesis: 1a. CCLVIII/2018 (10a.)

Página: 260

“ASALTO EQUIPARADO. EL ARTÍCULO 174, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE HIDALGO QUE LO PREVÉ COMO DELITO, AL UTILIZAR LAS EXPRESIONES “VIOLENCIA”, “FIN ILÍCITO” Y “LOCAL COMERCIAL” NO VULNERA EL PRINCIPIO DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD.

El precepto legal invocado al prever, entre otros supuestos, que se impondrá la misma punibilidad señalada para el delito de asalto a quien haga uso de la violencia sobre una o más personas, con el propósito de exigir su asentimiento para cualquier fin ilícito y lo cometa en un local comercial, no vulnera el principio de exacta aplicación de la ley en materia penal, en su vertiente de taxatividad, previsto en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que su redacción es suficientemente clara y precisa al utilizar las expresiones “violencia”, “fin ilícito” y “local comercial”, pues en el contexto en que se desenvuelve la norma y a quienes se dirige es factible obtener su significado sin confusión alguna. En efecto, en su sentido ordinario la palabra “violencia” implica realizar una acción en la que se hace uso excesivo de la fuerza para vencer la resistencia de alguien o algo, en tanto que en su sentido técnico jurídico esa palabra se entiende como una fuerza física o moral que al ejercerse sobre una persona, le hace perder su capacidad de resistir u oponerse a la acción violenta, por lo que al correlacionar esos significados, queda claro que el concepto “violencia” utilizado en el tipo penal incluye la violencia física, entendida como el uso de la fuerza física, y también la violencia moral, esto es, la intimidación que se ejerce, en ambos supuestos, sobre el sujeto pasivo para que realice u omita realizar determinada conducta. **Mientras que la expresión “fin ilícito” en su lenguaje natural alude al objeto o motivo por el que se lleva a cabo la ejecución de una acción contraria a las reglas de conducta, establecidas en las leyes de carácter jurídico.** En tanto que del proceso de creación de la norma penal en cuestión se advierte que el término “local comercial” fue utilizado por el legislador en su sentido ordinario, que representa cualquier comercio, esto es, la circunstancia de lugar en la comisión del delito se refiere a una tienda, almacén o establecimiento donde se realiza la compraventa o intercambio de bienes o servicios. En ese sentido, los destinatarios de la norma penal pueden distinguir con suficiente claridad y precisión que ejercer violencia física o moral sobre una persona, con el propósito de exigir su consentimiento para cualquier fin ilícito, como lo es exigir al sujeto pasivo el dinero producto de la venta del día de una tienda, constituye una conducta prohibida y sancionada como delito.” (Énfasis Añadido)

Amparo directo en revisión 4982/2017. Javier Hernández Pérez. 13 de junio de 2018. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández. Disidente José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Alejandro Alberto Díaz Cruz.

Esta tesis se publicó el viernes 07 de diciembre de 2018 a las 10:19 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Nuestro Tribunal Constitucional abordó más ampliamente esta figura al resolver el amparo directo en revisión 3970/2013 en el cual determinó lo siguiente:

53. "En efecto, por una parte, la palabra "asentimiento" se entiende en un lenguaje natural como la acción por la que una persona expresa su consentimiento; en otras palabras, es el acto expreso o tácito de manifestación de la voluntad⁴. Por otra parte, también se puede apreciar que la palabra **"fin ilícito" se entiende en un lenguaje natural como el objeto o motivo por el que se lleva a cabo la ejecución de una acción contraria a las reglas de conducta, en el caso, eminentemente establecidas en las leyes de carácter jurídico.**
54. Luego si la persona tiene facultad de elección: libertad para actuar de una manera u otra y decidirse en el sentido que desee y quiera⁵, en términos de la configuración normativa de la norma que se tilda inconstitucional, se entiende que esa libertad de elección del sujeto pasivo del delito se altera, con motivo de la coacción que ejerce el agente activo para que se consienta la realización de una conducta contraria al orden jurídico normativo.
55. Expuestos los anteriores significados, se puede sustentar que el destinatario de la norma puede entender la conducta prohibida, pues en el Estado de Hidalgo una persona (sin calidad específica) puede comprender que está prohibido hacer uso de violencia sobre una persona para vencer su resistencia u oposición para la ejecución de un acto contrario a la ley; **es decir, para la realización de una conducta que viola el orden jurídico positivo.** Por tanto, resultan infundados los señalamientos que el quejoso formuló respecto a este tópico." (Énfasis Añadido)

Como se advierte, la conducta ilícita es expresa y no deja duda acerca de su antijuricidad. Para los particulares esto es especialmente relevante ya que, atendiendo al principio de legalidad, éstos pueden hacer todo aquello que no está prohibido por la ley, por lo que, por regla general, para que una conducta pueda ser sancionable por la vía penal para aquellos, ésta debe ser ilícita, no indebida.

⁴ Consúltese: <http://lema.rae.es/drae/?val=asentimiento>.

⁵ Véase el Diccionario de Derecho Penal de Francisco Pavón Vasconcelos, México, Porrúa, 1999, p. 1032.

A pesar de que ambos elementos: “indebido” e “ilícito” contienen un fuerte elemento de antijuricidad que exigen para su comprensión acudir a un orden normativo, no son sinónimos. Según se puede concluir de lo expuesto anteriormente, todo lo ilícito es indebido, pero no necesariamente lo indebido debe de ser ilícito.

Las diferencias entre ambos conceptos fueron detectadas por el Legislador Federal y, de hecho, fueron lo que motivó la reforma al artículo 214, y por consiguiente al 217, que se publicó el dieciocho de julio de dos mil dieciséis. Consideraciones que pueden verse del Dictamen de Origen emitido por la Cámara de Senadores, el cual transcribo a continuación para pronta referencia:

Dictamen de Origen: Cámara de Senadores
14 de junio de 2016.

“4.2 Por otra parte, el artículo 214 del Código Penal Federal fue modificado para referir en él, al ejercicio ilícito de servicio público, concepto que resulta más preciso que el de ‘indebido’ previsto en el texto vigente, cuya vaguedad genera incertidumbre y dificultad para los operadores jurídicos en cuanto su exacta definición.”

Dicha consideración fue aceptada por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados en el dictamen de dieciséis de junio de dos mil dieciséis en los siguientes términos:

Dictamen de Revisora: Cámara de Diputados
17 de junio de 2016.

“Posteriormente, esta dictaminadora analizó la viabilidad de la modificación del concepto ‘ejercicio indebido’ por el de ‘ejercicio ilícito’, en el artículo 214 del Código Penal Federal, en donde coinciden con la Colegisladora en que el concepto ‘ejercicio ilícito’ resulta más preciso, y con ello se podría observar el precepto jurídico de la exacta aplicación de la ley, al momento de fincarle responsabilidades a los servidores públicos, que cometan actos de corrupción.”

Como se advierte, hay una coincidencia por parte de las dos Cámaras del Congreso de la Unión en el sentido de que el elemento normativo “ilícito” es mucho más preciso que “indebido” ya que permite atender a un precepto jurídico específico (una prohibición) al momento de fincar una responsabilidad. Pero sobre todo, el legislador dejó claro que no son sinónimos. Si esa fue la razón que llevó al legislador a modificar el artículo 214, lo mismo aplica para el 217, en su título y en su fracción I ya que se trató de la misma reforma con el mismo tipo de modificaciones.

Ahora bien, a pesar de que la fracción I del artículo 217 fue reformada en los términos descritos, por alguna razón, la fracción II no tuvo cambios en su estructura, tal como puede verse a continuación:

“ARTÍCULO 217.- Comete el delito de uso ilícito de atribuciones y facultades:

I.- El servidor público que ilícitamente:

A) Otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación;

B) Otorgue permisos, licencias, adjudicaciones o autorizaciones de contenido económico;

C) Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la Administración Pública Federal;

D) Otorgue, realice o contrate obras públicas, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, con recursos públicos;

E) Contrate deuda o realice colocaciones de fondos y valores con recursos públicos.

I. bis.- El servidor público que a sabiendas de la ilicitud del acto, y en perjuicio del patrimonio o del servicio público o de otra persona:

A) Niegue el otorgamiento o contratación de las operaciones a que hacen referencia la presente fracción, existiendo todos los requisitos establecidos en la normatividad aplicable para su otorgamiento, o

B) Siendo responsable de administrar y verificar directamente el cumplimiento de los términos de una concesión, permiso, asignación o contrato, se haya abstenido de cumplir con dicha obligación.

II.- Toda persona que solicite o promueva la realización, el otorgamiento o la contratación indebidos de las operaciones a que hacen referencia la fracción anterior o sea parte en las mismas, y [...]” (Énfasis Añadido)

Ya se explicó con anterioridad (específicamente en el escrito presentado por la suscrita el veinticuatro de febrero de dos mil veinte) que el tipo penal previsto en la fracción II era accesorio de un principal que se encontraba contemplado en la fracción I, pues, de conformidad con el texto, es necesario que un particular solicite, promueva la realización o participe en “operaciones a que hacen referencia la fracción anterior”. Es decir, la configuración del tipo exige la consumación de un delito previo, atribuible únicamente a servidores públicos que, según el inciso

D), consistía en que indebidamente otorguen, realicen o contraten servicios con recursos económicos públicos.

En el caso concreto, las contrataciones indebidas realizadas por servidores públicos han dejado de ser delito. Por ello, las "la realización, el otorgamiento, y las contrataciones indebidas de operaciones a las que hace referencia la fracción anterior" tampoco son delito y, por lo tanto, la fracción II ha sido tácitamente suprimida.

Es decir, no es posible que al particular se le sancione por cometer conductas "indebidas" cuando el texto del mismo delito lo remite a operaciones "ilícitas".

Líneas arriba se concluyó que, debido al principio de legalidad, los particulares pueden hacer todo aquello que no está prohibido por la ley. Por ello, en la mayoría de los casos, resulta inconstitucional sancionarlos penalmente por conductas que no estén expresamente prohibidas. Esta regla general prevé excepciones en conductas que se encuentran ligadas a hechos sancionados por servidores públicos los cuales, atendiendo al mismo principio de legalidad, solo están facultados para realizar aquellas conductas expresamente señaladas por la ley.

En ese sentido, el artículo 217 derogado podía castigar a particulares que fomentaran, a través de su solicitud, promoción o participación, operaciones indebidas de servidores públicos. Ya que, entonces, el artículo también castigaba las operaciones indebidas de los servidores públicos.

Sin embargo, al reformar el título y la fracción I del artículo 217 del Código Penal Federal sustituyendo el elemento normativo "indebido" por "ilícito", el legislador omitió modificar la fracción II. Esto provocó dos situaciones que se advierten de la redacción del mismo:

1. Por un lado la fracción II dejó de remitir a las operaciones previstas en la fracción I, ya que de la lectura del artículo se desprende que serán sancionadas las personas que soliciten, promuevan o participen en las "operaciones a que hacen referencia la fracción anterior". A partir de la entrada en vigor de la reforma, dichas operaciones estarían establecidas en la fracción I bis. Que, circunstancialmente, no describe operación alguna.

2. Sin perjuicio de lo anterior, el delito accesorio previsto en la fracción II se volvió incompatible con el elemento normativo previsto en el delito principal. Esto es así porque la configuración de los tipos exige que necesariamente exista un acuerdo previo. Situación que no puede darse si al servidor público se le castiga por conductas que exigen un estándar de prueba mucho más alto que para el particular.

La falta de técnica jurídica del legislador al realizar las reformas comentadas generó una supresión del tipo penal en virtud de la modificación a su estructura. Así lo establece el artículo 117 del Código Penal Federal en los siguientes términos:

“CAPÍTULO VIII Supresión del tipo penal

Artículo 117.- La ley que suprime el tipo penal o lo modifique, extingue en su caso, la acción penal⁶ o la sanción correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 56. (Énfasis Añadido)

La supresión del tipo penal implica la extinción de la acción penal en caso de supresión (es decir, de una derogación) o de una modificación, como ocurre en el caso concreto. Tampoco puede perderse de vista que al hacer referencia a la extinción de la acción penal, el artículo indica que se trata de un tema que debe de observarse por el Agente del Ministerio Público de la Federación, de oficio. Por su parte, el artículo 56 del Código Penal Federal establece lo siguiente:

“Artículo 56.- La autoridad jurisdiccional competente aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma.” (Énfasis Añadido)

Este artículo, no hace más que reforzar los principios pro personar y de irretroactividad de la ley (*a contrario sensu*) previstos por los artículos 1º y 14 de la Constitución General de la República y que, por lo tanto, le resultan plenamente aplicables a esa Fiscalía General de la República. Artículos que transcribo en su parte relevante para pronta referencia:

⁶ Esto implica que el Ministerio Público tiene la facultad de determinar la supresión del tipo penal.

“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. [...]” (Énfasis Añadido)

“Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. Párrafo reformado

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

Mientras que el principio pro persona obliga a interpretar las normas de derechos humanos otorgando a la persona la protección más alta (como lo hace el artículo 56 del Código Penal Federal); el principio de irretroactividad parte del principio que las normas no pueden aplicarse a situaciones del pasado, **a menos que resulten más benéficas para la persona.** En materia penal, este principio, conocido como de aplicación de la ley posterior más benéfica ha sido sostenido desde la Quinta Época por nuestros más altos Tribunales Constitucionales, tal como se advierte a continuación:

Época: Quinta Época
 Registro: 817177
Instancia: Primera Sala
 Tipo de Tesis: Aislada
 Fuente: Informes
 Informe 1937
 Materia(s): Penal
 Tesis:
 Página: 83

"RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL.

De acuerdo con el artículo 56 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, debe sostenerse que el legislador ha tenido invariablemente, en materia de retroactividad de la ley penal, a castigar los delitos con relación, principalmente, a la ley nueva más benigna; es decir, rechaza la retroactividad absoluta o incondicionada de la nueva ley penal y acepta como regla general que debe aplicarse la ley nueva, excepto si ésta es más severa que la precedente. Conforme a esta tesis, que es la opinión dominante y común en la doctrina y que se encuentra consignada en la mayoría de las legislaciones penales, deben resolverse los casos de conflictos que puedan originar la aplicación de diversas leyes, pues aun cuando es verdad que para justificarla no pueden darse razones jurídicas convincentes y más bien hay que recurrir a motivos de carácter humanitario, por ser la expresión concreta de nuestra ley debe servir de guía para resolver los problemas jurídicos a que de lugar la aplicación de diversos ordenamientos penales en cuanto al tiempo." (Énfasis Añadido)

Amparo directo 5384/35. Blanco Conde Arnulfo. 30 de enero de 1937. La publicación no menciona el sentido de la votación ni el nombre del ponente.

Época: Sexta Época

Registro: 259203

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Volumen CI, Segunda Parte

Materia(s): Penal

Tesis:

Página: 50

"RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MAS BENEFICA.

Si bien es cierto que de acuerdo con el principio de irretroactividad de la ley que consagra el artículo 14 constitucional, la ley sustantiva penal sólo es aplicable durante su vigencia temporal, también lo es que la no retroactividad de la ley tiene una excepción en el principio de aplicación de la ley posterior más benigna, entendiéndose por ésta, la más favorable en sus efectos al delincuente." (Énfasis Añadido)

Amparo directo 7033/64. Luis Moreno Góngora. 10 de noviembre de 1965. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Volumen XLII, página 227. Amparo directo 6180/57. José Carrillo López. 15 de febrero de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos Franco Sodi. Ponente: Luis Chico Goerne.

Volumen XXV, página 97. Amparo directo 470/58. Ramón Garibay García y coagraviados. 16 de julio de 1959. Cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

Volumen IV, página 120. Amparo directo 400/55. Gumaro Sánchez George y coagraviado. 26 de octubre de 1957. Mayoría de tres votos. Ausente: Carlos Franco Sodi. Disidente y ponente: Genaro Ruiz de Chávez.

Nota:

En el Volumen XLII, página 227, esta tesis aparece bajo el rubro "RETROACTIVIDAD. LESIONES (LEGISLACION DE NAYARIT).".

En el Volumen XXV, página 97, esta tesis aparece bajo el rubro "RETROACTIVIDAD DE LA LEY.".

En el Volumen IV, página 120, esta tesis aparece bajo el rubro "RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MAS BENEFICA (LEGISLACION DE TLAXCALA).".

Época: Séptima Época

Registro: 247490

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Volumen 217-228, Sexta Parte

Materia(s): Penal

Tesis:

Página: 739

"RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL. DEBEN APLICARSE LAS DISPOSICIONES DEL NUEVO CODIGO PENAL QUE ABROGO AL ANTERIOR DE DEFENSA SOCIAL, CONFORME AL CUAL SE DICTO LA SENTENCIA RECLAMADA, SI FAVORECEN AL QUEJOSO (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIHUAHUA).

El artículo 14 constitucional establece que "a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna", de donde interpretando a contrario sensu dicho precepto es factible la aplicación retroactiva de la ley penal en beneficio del reo. El artículo segundo, primer párrafo, del Código Penal vigente en el Estado (artículo 55 del abrogado Código de Defensa Social promulgado el tres de agosto de mil novecientos setenta y uno), establece que cuando entre la comisión de un delito y la sentencia que sobre el mismo se pronuncie se promulgue una ley que disminuya la sanción establecida en la vigente al cometerse el delito, se aplicará la nueva ley. **Ahora bien, la sentencia reclamada en el amparo se pronunció por el Magistrado responsable conforme las disposiciones del Código de Defensa Social vigentes en ese momento, y entre la fecha de su pronunciamiento y aquella en que este Tribunal Colegiado emite el fallo constitucional, ese ordenamiento quedó abrogado, entrando en vigor a partir del cuatro de abril de mil novecientos ochenta y siete, el Código Penal del Estado de Chihuahua, que en el presente caso, por cuanto a la penalidad aplicable en el delito imputado al quejoso, disminuye la contemplada por las anteriores disposiciones del Código de Defensa Social.** Como el tribunal de amparo no puede sustituirse al criterio del resolutor de instancia para imponer las sanciones respectivas, debe concederse la protección de la Justicia Federal solicitada a fin de que la autoridad responsable, con plenitud de jurisdicción aplique el ordenamiento actualmente en vigor en los aspectos

que beneficien al peticionario del amparo, pues no existe otro momento en el que pueda realizarse la aplicación retroactiva de la nueva ley, ya que la sentencia de segunda instancia reclamada se encuentra subjúdica al haberse sometido al análisis constitucional de este Tribunal Colegiado." (Énfasis Añadido)

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEPTIMO CIRCUITO.

Séptima Época, Sexta Parte:

Volúmenes 217-228, página 564. Amparo directo 430/85. José Alfredo Nieto Blancarte. 21 de mayo de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Gregorio Vázquez González. Secretario: Luis Ignacio Rosas González.

Volúmenes 217-228, página 564. Amparo directo 486/86. Arturo Trejo Briones . 30 de abril de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Agustín Cerón Flores. Secretario: Jesús Manuel Erives García.

Volúmenes 217-228, página 564. Amparo directo 23/87. Rubén Campos Araiza . 29 de junio de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Gregorio Vázquez González. Secretaria: Sara Olivia González Corral.

Volúmenes 217-228, página 564. Amparo directo 137/85. Fernando Rodríguez Téllez. 2 de octubre de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Cayetano Hernández Valencia. Secretario: Artemio Zavala Córdoba.

Volúmenes 217-228, página 564. Amparo directo 152/87. Ricardo Alfredo Ortiz Pérez. 3 de noviembre de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Cayetano Hernández Valencia. Secretaria: Gabriela Guadalupe Corral Vera.

Época: Octava Época

Registro: 208995

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Núm. 86-1, Febrero de 1995

Materia(s): Penal

Tesis: XXI.1o. J/17

Página: 55

"RETROACTIVIDAD DE LA LEGISLACION PENAL. EN LO QUE FAVOREZCA AL REO DEBE APLICARSE LA.

Si bien el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone, que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, también debe entenderse tal precepto en el sentido de que si es en beneficio del reo, se debe aplicar la nueva legislación; en tales circunstancias, el Decreto que Reforma Adiciona y Deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de enero de 1994 y con vigencia a partir del primero de febrero siguiente, atento a lo preceptuado por el artículo Tercero Transitorio del Decreto citado, permite que se tenga en consideración lo ordenado por el artículo 56 del Código Punitivo en cuestión, el cual fija la aplicación de la legislación más

benéfica, lo que lleva a estimar que debe tenerse en consideración la nueva legislación y no la vigente al momento en que sucedieron los hechos, por lo que de todo se colige que la aplicación retroactiva de la ley en beneficio de todo sentenciado resulta ser obligatorio para las autoridades judiciales, en su caso acorde con la legislación penal ordinaria." (Énfasis Añadido)

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 254/94. Anselmo Cuajicalco Ambrosio. 4 de agosto de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Víctor Hugo Enríquez Pogán.

Amparo directo 292/94. Mateo Nava Romero. 25 de agosto de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Joaquín Dzib Núñez. Secretario: José Luis Vázquez Camacho.

Amparo directo 290/94. Santos Venancio Jalatría Aragón. 8 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Joaquín Dzib Núñez. Secretario: Ernesto Jaime Ruiz Pérez.

Amparo directo 293/94. Jesús Nájera Aguilar. 8 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Víctor Hugo Enrique Pogán.

Amparo directo 338/94. Melchor Gerónimo Diego. 30 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Víctor Hugo Enríquez Pogán.

Nota: Esta tesis también aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Materia Penal, Segunda Parte, tesis 701, pág. 445.

Entonces, si el principio pro persona, el principio de aplicación de la ley posterior más benéfica y el contenido del artículo 56 del Código Penal Federal exigen que las autoridades apliquen de oficio la ley más favorable; y de conformidad con lo expuesto es posible concluir que la fracción II del artículo 217 del Código Penal Federal fue suprimido por la reforma de dieciocho de dieciocho de julio de dos mil dieciséis, entonces esa Fiscalía General de la República debe aplicar de oficio, la ley vigente, al ser la más favorable para mi defendido.

Por ello, solicito a esa Representación Social determine la presente investigación con un acuerdo de no ejercicio de la acción penal. Circunstancia que se colige de la relación de los siguientes artículos del Código Nacional de Procedimientos Penales:

"Artículo 255. No ejercicio de la acción

Antes de la audiencia inicial, el Ministerio Público previa autorización del Procurador o del servidor público 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. [...]” (Énfasis Añadido)

“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:

[...]

VI. Se hubiere extinguido la acción penal por alguno de los motivos establecidos en la ley;” (Énfasis Añadido)

“Artículo 485. Causas de extinción de la acción penal

La pretensión punitiva y la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad se extinguirán por las siguientes causas:

VIII. Supresión del tipo penal;” (Énfasis Añadido)

En conclusión, al haber determinado a través de varios escritos: 1) que el artículo real que se esa Autoridad Ministerial está investigando es el 220 del Código Penal Federal y no el 217; 2) que los ejecutivos del INFONAVIT no son servidores públicos ni sus ingresos, recursos públicos; 3) que en el caso concreto, existiría un reenvío a una norma penal en blanco; y finalmente 4) al haber sido suprimido el tipo penal que se le pretendió atribuir verbalmente a mi imputado, solicito determine la presente indagatoria con una propuesta de no ejercicio de la acción penal.

Por lo expuesto y fundado,

A Usted, AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN atentamente solicito:

PRIMERO: Tenerme por presentada en términos del presente escrito a través del cual establezco las razones por las que el tipo penal previsto por el artículo 217 fracción II del Código Penal Federal fue suprimido.

625

SEGUNDO: Determine la presente investigación con una propuesta de no ejercicio de la acción penal.

~~APROBADO~~



Ciudad de México, a dos de marzo de dos mil veinte.