

**AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 94/2017.
QUEJOSO Y RECURRENTE: GERARDO
BALBOA MENDOZA**

**MINISTRA PONENTE: NORMA LUCÍA PIÑA HERNÁNDEZ
SECRETARIO: SULEIMAN MERAZ ORTIZ**

En atención a lo dispuesto en el artículo 73, segundo párrafo de la Ley de Amparo, así como en la jurisprudencia de rubro: **“PROYECTOS DE RESOLUCIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. SÓLO DEBEN PUBLICARSE AQUELLOS EN LOS QUE SE ANALICE LA CONSTITUCIONALIDAD O LA CONVENCIONALIDAD DE UNA NORMA GENERAL, O BIEN, SE REALICE LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL O DE UN TRATADO INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.”**,¹ a continuación se hace público el fragmento del proyecto de sentencia del Amparo Directo en Revisión 94/2017 en el cual se realiza el estudio de constitucionalidad respectivo:

V. ESTUDIO DE FONDO:

I. Análisis del artículo 368 Quáter, fracción IV, del Código Penal Federal.

Principio de taxatividad.

En ese orden, el quejoso a través de los conceptos de violación que hizo valer en su demanda de amparo directo, se inconformó esencialmente de la amplitud e imprecisión de los vocablos “sustraer” y “aprovechar”, contenidos en la fracción IV del artículo 368 del Código Penal Federal, pues aduce que para conocer la conducta que se sanciona, debía recurrirse a otras fuentes, tales como el diccionario; además de que el referido numeral no incluye la precisión relativa a que la sustracción o aprovechamiento del hidrocarburo

¹ Jurisprudencia P./J. 53/2014 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Pleno, Libro 12, noviembre de 2014, Tomo I, página 61.

debiera realizarse sin el consentimiento de Petróleos Mexicanos, por lo que estima es contrario al principio de legalidad, en su vertiente de taxatividad, reconocido en el numeral 14 constitucional.

La porción normativa impugnada es del tenor siguiente:

“ARTICULO 368 quáter.- Se sancionará a quien:

...

IV. Sustraiga o aproveche petróleo crudo o hidrocarburos refinados, procesados o sus derivados de ductos, equipos o instalaciones de Petróleos Mexicanos, sus organismos subsidiarios o empresas filiales con pena de prisión de ocho a doce años y de mil a doce mil días multa.

...”

Como ya se precisó, el recurrente argumentó que el artículo antes transcrito es inconstitucional pues los términos “sustraer” o “aprovechar” resultan amplios e imprecisos, lo que genera que para su aplicación al caso concreto, el juzgador deba acudir a otras fuentes, atendiendo a que la descripción de dichas conductas no la proporciona el propio texto.

Esta Primera Sala estima que no le asiste la razón al quejoso y para arribar a dicha determinación, debe tenerse en cuenta que la hipótesis aplicada en el acto reclamado la constituyen los siguientes elementos: (i) **sustraer**; (ii) hidrocarburo (en el caso, condensado de campo) y (iii) de ductos, equipos o instalaciones de Petróleos Mexicanos.

De dicho supuesto normativo sobresale la locución “sustraer”, la cual el recurrente tacha de indeterminada. Sin embargo, como se explicó en párrafos precedentes, es necesario tomar como punto de partida para analizar la constitucionalidad de cualquier tipo penal que el legislador no puede elaborar un catálogo exhaustivo de conductas, porque es imposible agotar todas las variantes del actuar humano. Ante esa realidad debe acudirse al recurso de crear tipos penales mediante expresiones lingüísticas abstractas que abarquen un determinado abanico de posibilidades de afectación a los bienes jurídicos y, con ese objetivo, el legislador tienda a utilizar formulaciones que, por distintas vías y métodos de interpretación, puedan concretarse lo suficiente para establecer con claridad el ámbito de

lo punible, sin rebasar los límites que propicien una aplicación arbitraria de la ley, es decir, sin dejar en una zona de penumbra ese ámbito de prohibición penal.

En relación con la referida expresión, esta Primera Sala no advierte que dé lugar a confusión o a una imprecisión tal, que genere en el destinatario de la norma o en el juzgador, incertidumbre respecto de cuál es la conducta prohibida por la ley penal.

En efecto, desde un punto de vista gramatical, el Diccionario de la Real Academia Española le atribuye a la palabra “sustraer” las siguientes acepciones:

1. *tr. Apartar, separar, extraer.*
2. *tr. Hurtar, robar fraudulentamente.*
3. *tr. Mat. Restar, hallar la diferencia entre dos cantidades.*
4. *prnl. Separarse de lo que es de obligación, de lo que se tenía proyectado o de alguna otra cosa.*

Como se ve, las acepciones que sobre el referido vocablo existen dejan patente que no existe lugar a confusión ni imprecisión que amerite una interpretación por parte del juzgador que aplica la norma, ya que es claro al referir dicho precepto a la acción de “sustraer”, se hace referencia -en el contexto en que se analiza- a extraer ilícitamente hidrocarburos propiedad de Petróleos de México.

Sin que en el caso –al contrario de lo señalado por el recurrente- sea necesario que el precepto señale expresamente que esa sustracción deba realizarse *sin el consentimiento* de la referida empresa paraestatal, pues tomando en consideración que los hidrocarburos son propiedad de la Nación y por su extracción ilícita ya sea mediante tomas clandestinas o directamente de una estación de servicio, genera daños en diversos ámbitos, ya que pone en peligro la integridad de las personas que viven en zonas aledañas a los sitios de extracción, aunado a que se pone en riesgo el medio ambiente.

Y como bien lo señaló el tribunal colegiado del conocimiento, el consentimiento de Petróleos Mexicano podría en todo caso, acreditar a favor del encausado una causa excluyente del delito (actuar con consentimiento del titular del bien jurídico afectado), pero no como lo pretende el quejoso, como un presupuesto indispensable que le dé el carácter antijurídico a la conducta.

Por tanto, esta Primera Sala considera infundado el argumento del quejoso, pues la hipótesis por la cual fue condenado se ajusta a las exigencias del mandato de taxatividad de la ley penal, en tanto que presenta un grado de determinación de la conducta típica suficiente para permitir al destinatario de la norma conocer el objeto de prohibición.

Principio de proporcionalidad.

En el caso concreto, el recurrente impugna la constitucionalidad de la pena contenida en el artículo 368 Quáter, fracción IV del Código Penal Federal, que señala:

“ARTICULO 368 quáter.- Se sancionará a quien:

IV...con pena de prisión de ocho a doce años y de mil a doce mil días multa.
(...)”

Sobre este punto, cobra relevancia el hecho de que atento a la situación del país, el legislador observó que la regulación para sancionar delitos relacionados con hidrocarburos era limitada e insuficiente, dado que el Código Penal Federal no tipificaba la totalidad de los delitos que pudiesen cometerse en ese sector, aunado a que las sanciones impuestas por esos ilícitos eran bajas y, tomando en consideración las consecuencias nocivas y repercusiones que se generan tanto para la economía nacional como el alto riesgo que representa ese tipo de actividades, consideró necesaria la implementación de mecanismos legales para prevenir y sancionar de manera severa las conductas relacionadas con la afectación a la industria petrolera.

Atendiendo a lo anterior, se formuló una propuesta de ley y el doce de enero de dos mil dieciséis, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el “Decreto por el que se expide la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los

Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales; del Código Penal Federal; de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; de la Ley Federal de Extinción de Dominio, reglamentaria del Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; del Código Fiscal de la Federación y del Código Nacional de Procedimientos Penales.”

En lo que aquí interesa, se advierte que en el cuerpo de la ley en cita, se establecieron como tipos penales, los siguientes:

TÍTULO SEGUNDO

DE LOS DELITOS COMETIDOS EN MATERIA DE HIDROCARBUROS, PETROLÍFEROS O

PETROQUÍMICOS Y DEMÁS ACTIVOS

Artículo 8.- Se sancionará con pena de 15 a 25 años de prisión y multa de 15,000 a 25,000 días de salario mínimo vigente en el lugar de los hechos a quien:

- I. Sustraiga hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, de ductos, vehículos, equipos, instalaciones o activos, sin derecho y sin consentimiento de asignatarios, contratistas, permisionarios, distribuidores o de quien pueda disponer de ellos con arreglo a la ley.
- II. Aproveche hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, sin derecho y sin consentimiento de asignatarios, contratistas, permisionarios, distribuidores o de quien pueda disponer de ellos con arreglo a la ley.”

En la exposición de motivos, el legislador puntualizó que el número de casos de robo de hidrocarburos se había disparado de manera alarmante, principalmente por la facilidad que representa realizar tal extracción a través de tomas clandestinas, las cuales se habían convertido no solo en una amenaza para la economía nacional, tomando en cuenta las ganancias millonarias que representaba; sino también el riesgo que conlleva su operación tanto para los pobladores que se encuentran en las zonas aledañas a la toma, como al equilibrio ecológico del lugar.

Estableció que la normativa hasta ese momento vigente -que fue aplicada al recurrente- no contemplaba la totalidad de las conductas ilícitas que podían

configurarse en la materia, además de que las sanciones que se preveía resultaban poco efectivas para desincentivar este tipo de prácticas.

Por tal motivo, se consideró imperativo que el Estado actuara con mayor severidad las conductas relacionadas con la sustracción, almacenamiento, transporte, enajenación, suministro y distribución ilícita de hidrocarburos y en ese sentido, se aumentaron las penas previstas para el supuesto de sustracción de hidrocarburos, pasando del cuántum de ocho a doce años de prisión, al de quince a veinticinco años de prisión.

De lo anteriormente señalado, se observa que el legislador advirtió que las penas que contemplaba la ley penal para delitos en materia de hidrocarburos eran bajas y no cumplían con el fin de desincentivarlas, de ahí que su aumento fue una política criminal de mayor protección al patrimonio de la Nación.

Lo anterior cobra relevancia si se toma en consideración que el recurrente se duele de la circunstancia de que se sancione la sustracción de cualquier cantidad de hidrocarburo, es decir, que se castiga con una pena mínima de ocho años de prisión a quien sustraiga medio litro, un litro o un galón, lo que estima excesivo.

Sin embargo, esta Primera Sala considera que el anterior argumento es infundado, si pondera que –como ha quedado expuesto- el ilícito en estudio afecta directamente la economía del país al generar pérdidas millonarias, ello sin mencionar que con su comisión se pone en peligro la integridad de los empleados de las estaciones de servicio, así como de los pobladores que residen en zonas aledañas y por lo tanto, se estima que este tipo de ilícitos deben sancionarse con penas acordes al daño que provocan; circunstancias que se tomaron en consideración para expedir la referida legislación, con el objeto de inhibir la comisión de conductas de esa naturaleza.

Aunado a lo anterior, cabe precisar que a efecto de graduar las penas y fijar la sanción correspondiente, el juez está obligado a precisar las circunstancias que tuvo en consideración para imponer determinada pena, pues el artículo 51 del Código Penal Federal así lo dispone.

Además, los jueces y tribunales impondrán las sanciones establecidas para cada delito dentro de los límites fijados por la ley, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, de acuerdo a lo siguiente:

“ARTICULO 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito, la calidad y condición específica de la víctima u ofendido y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito;

V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.”

Como se ve, para determinar el grado de culpabilidad del sentenciado y el cuántum de la sanción, la autoridad judicial hace uso de su arbitrio judicial, actuación debe ajustarse a los lineamientos y reglas para la individualización de las penas y medidas de seguridad antes precisadas, lo que no puede traducirse en un ejercicio arbitrario, irrestricto o caprichoso.

En efecto, los referidos dispositivos establecen un marco que el juzgador debe atender para determinar el grado de culpabilidad del sujeto activo, y con ello fincar el reproche respectivo, mismo que encausa el arbitrio judicial al respecto, y en tal medida implica un límite a la actividad jurisdiccional en la labor de individualizar la punibilidad.

Además, no debe perderse de vista que en términos del artículo 21 constitucional, la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial, para lo cual en principio, el juzgador debe conocer los hechos y cerciorarse que queden plenamente demostrados tanto los elementos del ilícito, como la plena responsabilidad del inculpado. Cumplidos tales presupuestos, procederá a determinar la pena correspondiente, la cual debe situarse entre los márgenes mínimos y máximos contemplados en la ley, circunstancia de debe estar debidamente fundada y motivada, y que no constituye un acto meramente mecánico, pues el juez goza de arbitrio judicial para calificar la gravedad del delito, así como el grado de culpabilidad del agente, en función de lo cual determinará la pena a imponer.

De ahí que no le asiste la razón al quejoso cuando alega que se sanciona con la misma intensidad la conducta sin importar la cantidad de hidrocarburo de que se trate, porque como ya quedó precisado, el cuántum de la pena impuesta dependerá del ejercicio valorativo que realice el juzgador, dependiendo de las circunstancias que rodeen al activo y al hecho delictivo (entre las cuales puede valorar, si así lo estima, la cantidad de hidrocarburo sustraído), respetando los límites mínimos y máximos fijados en la norma.

II. Análisis del artículo 164 bis del Código Penal Federal.

El quejoso también reclamó la inconstitucionalidad del artículo 164 bis del Código Penal Federal, que contempla la agravante del pandillerismo, pues a su juicio viola los principios de proporcionalidad y taxatividad, en razón de que es falto de claridad en su redacción, así como impreciso en cuanto a la determinación de la pena que ha de aplicarse al caso.

Además, si bien dicha figura es subsidiaria a un delito diverso, es impreciso en su texto habida cuenta que no se tiene certeza o exactitud en los mecanismos utilizados para la aplicación de dicha agravante.

Por su parte, el tribunal colegiado declaró infundado dicho planteamiento, estableciendo que el pandillerismo no constituye un delito autónomo, sino una circunstancia agravante de las infracciones que por su naturaleza la

admiten, y que tiene como sustento contrarrestar el peligro que entrañan para la sociedad los grupos de más de tres personas, que habitual, ocasional o transitoriamente se reúnen y cometen en común algún delito, esto es, poner un freno a quienes cometen delitos en pandilla.

Por ello, concluyó que el artículo 164 Bis del Código Penal Federal, al prever el aumento de penas (hasta una mitad más de las que correspondan por el o los delitos cometidos) no es violatorio del principio de exacta aplicación de la ley en materia penal, en su vertiente de taxatividad, pues permite obtener el significado de sus componentes sin confusión alguna, pues en su párrafo segundo establece que por pandilla se entiende la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito; por lo que la agravante referida es clara y no requiere del empleo de alguna técnica de integración de las normas para su comprensión.

En efecto, es infundado lo aducido por el quejoso, toda vez que el pandillerismo es una circunstancia calificativa en la comisión de hechos delictuosos, por la cual se aumentan las sanciones de los delitos cometidos por tres o más personas que se reúnen en forma habitual, ocasional o transitoria, aunque no estén organizadas para delinquir ni tengan fines propios de cometer delitos, sanción que se eleva según la calidad del sujeto activo, ya sea o haya sido miembro de alguna corporación policiaca y en tal virtud, no puede considerarse desproporcional, toda vez que no contempla en sí mismo una sanción, sino que complementa y tiene vinculación directa con un tipo penal diverso y su verificación depende de la existencia del delito básico.

Así pues, se tiene que la naturaleza funcional de la pandilla es la de un dispositivo móvil, no vinculado en abstracto con ningún tipo, que puede ser conectado en concreto, con todas las figuras delictivas del Código Penal, siempre y cuando haya compatibilidad con la estructura típica de las mismas, produciéndose así el fenómeno jurídico, en el que, a la sanción principal del delito de que se trate, se sobrepone la sanción accesoria de la

agravante en cuestión², lo cual obedece a la participación de sujetos en la comisión del delito, ya que se trata de un aspecto plurisubjetivo, por el número de personas que intervienen en la comisión de una conducta ilícita.

Por otro lado, tampoco se advierte que el referido precepto sea violatorio al principio de taxatividad, toda vez que es preciso en su redacción y permite conocer con claridad qué se entiende por pandilla, como se verá a continuación:

ARTICULO 164 bis.- Cuando se cometa algún delito por pandilla, se aplicará a los que intervengan en su comisión, hasta una mitad más de las penas que les correspondan por el o los delitos cometidos.

Se entiende por pandilla, para los efectos de esta disposición, la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito.

Cuando el miembro de la pandilla sea o haya sido servidor público de alguna corporación policiaca, la pena se aumentará hasta en dos terceras partes de las penas que le corresponda por el o los delitos cometidos y se le impondrá además, destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro.

De lo anterior, se desprende que para que se actualice la agravante que nos ocupa, deben colmarse los siguientes elementos:

- a) Personas que se reúnen en forma habitual, ocasional o transitoria;
- b) En número de tres o más;
- c) Que no estén organizadas con fines delictivos, y
- d) Que cometan en común algún delito.

Como se ve, el artículo 164 bis del Código Penal Federal es suficientemente claro ya que su contenido no da lugar a dudas respecto de qué debe entenderse por pandillerismo a efecto de agravar el tipo básico de que se trate, así como la forma como se aumentará la pena respecto del tipo básico y por lo tanto, no puede decirse que resulte violatorio del principio de taxatividad.

² Contradicción de tesis 25/2001-PS. Resuelta por esta Primera Sala el dos de mayo de dos mil dos, bajo la Ponencia del Ministro Humberto Román Palacios.