



S E N T E N C I A

V I S T O S para resolver los autos del juicio de amparo indirecto ***** y,

R E S U L T A N D O

PRIMERO. Presentación de la demanda. Mediante escrito presentado el veintisiete de junio de dos mil diecisiete, en la Oficina de Correspondencia Común a los Juzgados de Distrito en el Estado de Oaxaca, con residencia en San Bartolo Coyotepec, y turnado en ese día a este Juzgado, ***** ** ***** *****

por propio derecho, solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal, contra el acto reclamado al **Juez Segundo de lo Penal del Distrito Judicial del Centro, Oaxaca**, consistente en el **** ** ***** ***** dictado en la causa penal ***** , por el delito de ***** ** ***** en agravio de la sociedad.

SEGUNDO. Admisión de la demanda. Por razón de turno correspondió el conocimiento del asunto a este Juzgado Noveno de Distrito en el Estado; por auto de veintiocho de junio de dos mil diecisiete, se radicó la demanda de amparo y se ordenó su registro con el número de amparo **744/2017**, del índice administrativo y libro de gobierno respectivo; asimismo, se declinó la competencia por conocimiento previo, a favor del Juzgado Octavo de Distrito en el Estado y se ordenó remitirle los autos originales de este juicio (fojas 25 a 28).

Por acuerdo de diez de julio de este año, se recibió el comunicado del citado órgano jurisdiccional federal en el que determinó no aceptar la competencia planteada y devolvió los autos del juicio en que se actúa; por lo que, en dicho proveído **se admitió a trámite la demanda**, se

solicitó informe justificado a la autoridad señalada como responsable; se dio al agente del Ministerio Público de la Federación adscrito la intervención legal que le compete; se señaló fecha y hora para la celebración de la audiencia constitucional, asimismo, al no compartir las consideraciones del Juzgado Octavo de Distrito en el Estado, se **planteó consulta ante la Comisión de Creación de Nuevos Órganos del Consejo de la Judicatura Federal**, a fin de que dirimiera la competencia en cuestión (fojas 33 a 40).

Mediante oficio de ocho de agosto del año en curso, suscrito por el Secretario Ejecutivo de Creación de Nuevos Órganos, declaró que corresponde a este Juzgado Noveno de Distrito en el Estado, conocer del presente juicio de amparo (foja 70 a 76). Determinación que fue recibida en este órgano de control constitucional en proveído de dieciocho de agosto del presente año (foja 77).

Así, seguido el juicio por sus trámites legales, todo lo cual se hizo en sus términos, por lo que procede dictar la sentencia que en derecho corresponde; y

CONSIDERANDO

PRIMERO. Competencia. Este **Juzgado Noveno de Distrito en el Estado de Oaxaca**, resulta legalmente competente para conocer de la demanda de amparo, conforme lo dispuesto en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 35 párrafo primero y relativos de la Ley de Amparo; 48 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; así como el Acuerdo 3/2013, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativo a la determinación del número y límites territoriales de los Circuitos Judiciales en que se divide la República Mexicana; y al número, a la jurisdicción territorial

“INFORME JUSTIFICADO AFIRMATIVO. Si en él confiesa la autoridad responsable que es cierto el acto que se reclama, debe tenerse éste como plenamente probado, y entrarse a examinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de ese acto”.

Certeza que se corrobora con las documentales que acompañó el citado juez penal responsable a su informe con justificación consistente en el duplicado de la causa penal ***** de su índice, instruida en contra de ***** ** ***** ***** y otros* en dos tomos, y catorce anexos de copias certificadas del expediente número ***** , por el que la Dirección de Responsabilidad y Situación Patrimonial de la Secretaría de la Contraloría y Transparencia Gubernamental del Gobierno del Estado, inició procedimiento de responsabilidad administrativa disciplinario al quejoso; constancias que alcanzan valor probatorio pleno de conformidad con lo dispuesto en los artículos 129, 197 y 202 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, en términos de su arábigo 2º.

Es aplicable a lo anterior, la jurisprudencia 226, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-2000, tomo VI, página 153, Materia Común del tenor siguiente:

“DOCUMENTOS PÚBLICOS, CONCEPTO DE Y VALOR PROBATORIO. Tienen ese carácter los testimonios y certificaciones expedidos por funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones y, por consiguiente, hacen prueba plena”.

CUARTO.- Causas de improcedencia del juicio de amparo. Determinada la certeza del acto reclamado, procede examinar la procedencia del juicio en términos de lo instituido en el artículo 62 de la Ley de Amparo, que prevé el estudio oficioso y preferente de las causales de improcedencia, lo aleguen o no las partes, por ser una



cuestión de orden público; porque de actualizarse alguna causal de inejercitabilidad de la acción constitucional, se obstaculiza el examen del acto reclamado, a la luz de los conceptos de violación propuestos; lo anterior, con apoyo además en la jurisprudencia 814 visible a fojas 553, tomo VI, Materia Común del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, que dispone:

“IMPROCEDENCIA, CAUSALES DE. EN EL JUICIO DE AMPARO. Las causales de improcedencia del juicio de amparo, por ser de orden público deben estudiarse previamente, lo aleguen o no las partes, cualquiera que sea la instancia.”

En ese sentido, una vez analizadas las constancias que integran el presente juicio, se constata que las partes no hicieron valer alguna causal de improcedencia y tampoco este juzgador, de oficio, advierte su existencia; por tanto, procede entrar al estudio de la constitucionalidad de los actos reclamados.

QUINTO. Conceptos de Violación. El promovente del amparo hizo valer los conceptos de violación expuestos en su demanda, mismos que se tienen aquí por reproducidos como si al efecto se transcribiesen, en obvio de repeticiones innecesarias, pues este juzgador no se encuentra obligado a hacerlo al no existir artículo expreso en la Ley de Amparo que obligue a su transcripción en la sentencia.

Es aplicable al respecto, la jurisprudencia 58/2010, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la federación y su Gaceta, tomo XXXI, mayo de 2010, página 830, Novena Época que dispone:

“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. PARA CUMPLIR CON LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN LAS SENTENCIAS DE AMPARO ES INNECESARIA SU

TRANSCRIPCIÓN. De los preceptos integrantes del capítulo X "De las sentencias", del título primero "Reglas generales", del libro primero "Del amparo en general", de la Ley de Amparo, no se advierte como obligación para el juzgador que transcriba los conceptos de violación o, en su caso, los agravios, para cumplir con los principios de congruencia y exhaustividad en las sentencias, pues tales principios se satisfacen cuando precisa los puntos sujetos a debate, derivados de la demanda de amparo o del escrito de expresión de agravios, los estudia y les da respuesta, la cual debe estar vinculada y corresponder a los planteamientos de legalidad o constitucionalidad efectivamente planteados en el pliego correspondiente, sin introducir aspectos distintos a los que conforman la litis. Sin embargo, no existe prohibición para hacer tal transcripción, quedando al prudente arbitrio del juzgador realizarla o no, atendiendo a las características especiales del caso, sin demérito de que para satisfacer los principios de exhaustividad y congruencia se estudien los planteamientos de legalidad o inconstitucionalidad que efectivamente se hayan hecho valer."

SEXTO. Estudio de la constitucionalidad del acto reclamado. En suplencia de la deficiencia de la queja, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 79, fracción III, inciso a), de la Ley de Amparo, procede estimar violatorio de derechos fundamentales el acto reclamado.

Para demostrarlo, se precisa que en este asunto el quejoso reclama del **Juez Segundo de lo Penal del Distrito Judicial del Centro, Oaxaca**, el **** ** *****
***** , emitido el ***** ** ***** ** ** ** ** ***** ,
dentro de la ***** ***** ***** ***** , como probable responsable en la comisión del delito de ***** **
***** cometido en agravio de la *****; ilícito que en concepto del expresado juez, se prevé en la fracción XI, del dispositivo 208, del Código Penal del Estado de Oaxaca

➤ **Control de convencionalidad ex officio.**

Al respecto, cabe precisar que, por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once se modificó el título del capítulo I de la Constitución que antes se denominaba "De las garantías



individuales” para ahora intitularse “De los derechos humanos y sus garantías”, y, con ello se cambió el concepto jurídico de “garantías” como sinónimo de derechos, para pasar a una distinción entre “derechos humanos” y sus “garantías”; entendidas ahora ya no como derecho sino como restricciones al poder público para la protección de los derechos.

En concordancia con ello, en el artículo 1º constitucional se dispuso que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarían de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado fuera parte (primer párrafo); de igual forma, se incorporó a la Constitución el principio de interpretación *pro homine* que consiste en interpretar las normas relativas a los derechos humanos favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (párrafo segundo); por último, se impuso a todas las autoridades la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (párrafo tercero).

Así, debe señalarse que a partir de la reforma constitucional indicada, los tratados internacionales en materia de derechos humanos o en los que se reconozcan, aunque no sea su objeto primordial, tienen rango constitucional; asimismo, entre la variedad de derechos existentes siempre debe estarse al más favorable a las personas, ya sea que esté en la Constitución o en un tratado.

En relación con la citada reforma, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente Varios 912/2010 derivado de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

en el caso Radilla Pacheco contra nuestro país, determinó que las sentencias que emita dicho órgano internacional son obligatorias si el Estado hubiese sido parte en el litigio, y son orientadoras si deriva de sentencias en donde el Estado mexicano no intervino como parte (párrafos 19 y 20).

Asimismo, de la referida sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, surgió la tesis aislada P.LXV/2011, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro III, tomo I, diciembre de 2011, página 556, registro 160482, que establece lo siguiente:

“SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO. *El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella.”*

Así como la diversa tesis aislada P.LXVI/2011 publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su



Gaceta, Décima Época, libro III, tomo I, diciembre de 2011, página 550, registro 160584, que establece lo siguiente:

“CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos”.

Por otra parte, nuestro Máximo Tribunal determinó que procedía en México el control de convencionalidad *ex officio*, lo que implica que los jueces deben preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, **aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidos en cualquier norma interior.** En otras palabras, los órganos jurisdiccionales están obligados a no aplicar una norma que contravenga derechos humanos, por supuesto, sin realizar una declaratoria de validez sobre la misma, ya que ello está reservado a los medios de control constitucional.

Al respecto, el alto tribunal determinó en la tesis aislada P.LXVII/2011 (10a.) del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro III, tomo

I, diciembre de 2011, página 535, registro 160589, lo siguiente:

“CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.”

De igual forma, para el citado Tribunal el control de convencionalidad *ex officio* se puede realizar por los órganos jurisdiccionales a través de tres vías: **a)** mediante la interpretación conforme en sentido amplio, esto es, interpretando la norma de tal forma que su contenido tenga plena identidad con los derechos humanos; **b)** interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando haya varias interpretaciones jurídicamente posibles de una norma, se debe preferir aquella que sea



acorde a los derechos humanos; o bien **c) al no ser posible la interpretación conforme, inaplicar la norma.**

Al respecto, es aplicable la tesis aislada identificada como P.LXIX/2011 (9a.) del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro III, tomo I, diciembre de 2011, página 552, registro 160525, que dispone lo siguiente:

“PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. *La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte”.*

Cabe señalar que, este control de convencionalidad lo pueden realizar todas las autoridades jurisdiccionales aunque no pertenezcan al Poder Judicial de la Federación, a quien se le sigue reservando declarar la

inconstitucionalidad de una norma general a través de un juicio de amparo.

Lo anterior tiene sustento en la tesis aislada P.LXX/2011 (10a.) del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro III, tomo I, diciembre de 2011, página 557, registro 160480, que es del contenido 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 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”.

Por lo tanto, si los órganos jurisdiccionales del fuero común están facultados para inaplicar una norma que contravenga los derechos humanos previstos en la constitución o en tratados internacionales, por mayoría de razón también puede hacerlo el Poder Judicial de la Federación al analizar los actos que le son sometidos a su potestad a través del juicio de amparo, **ordenando en**



reparación que la autoridad ejerza el control de convencionalidad y desaplique la norma cuando proceda.

Además, la obligación de favorecer a las personas se actualiza cuando el órgano jurisdiccional advierta que una norma contraviene derechos humanos contenidos en la Constitución Federal o en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, aun cuando no haya sido impugnada, porque con su ejercicio oficioso se garantiza la prevalencia de los derechos humanos frente a las normas ordinarias que los contravengan.

Así, con base en el marco constitucional y jurisprudencial, si el órgano de control constitucional advierte que la autoridad responsable no realizó un adecuado control de convencionalidad, conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y, considera que la norma aplicada en el procedimiento de origen es inconvencional, lo procedente es que ordene a la responsable su desaplicación, pues sólo así, se removerá todo obstáculo material y normativo que entorpece el cumplimiento y evolución de los derechos humanos, pues el objeto esencial de cualquier decisión judicial es precisamente, conocer si se protegieron o respetaron adecuadamente los derechos humanos.

Ahora bien, en el caso de nuestro estudio, el **** **

***** ***** ** ***** ** ***** ** *** ** *****

se apoyó en el artículo 208, fracción XI, del Código Penal vigente en el Estado de Oaxaca, **el cual debe inaplicarse por tratarse de una norma genérica que infringe el principio de legalidad en materia penal.**

A la luz de los principios de exacta aplicación y reserva de la ley en materia penal, contenidos respectivamente en

los artículos 14, tercer párrafo y 73, fracción XXI, incisos a) y b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los dispositivos 2o, 5o, y 59, fracción I, de la Constitución Política del Estado de Oaxaca, se requiere que las leyes penales provengan del órgano legislativo y describan con claridad y precisión la conducta delictiva y las sanciones correspondientes, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos.

Al respecto, resulta necesario destacar los lineamientos que la teoría del delito dicta, a fin de establecer cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal, a una conducta humana; esto es, sentar las bases de lo que se conoce como delito, así como los elementos que lo integran.

Cabe aclarar que esta teoría, creación de la doctrina, aunque está basada en ciertos preceptos legales, no se ocupa de los elementos o requisitos específicos de un delito en particular, sino de los elementos o condiciones básicas y comunes a todos los ilícitos.

Históricamente, se puede hablar de varias **definiciones de delito**; el Código Penal Federal lo conceptúa como: *“la acción u omisión que sancionan las leyes penales”*. Actualmente el concepto usual lo define como *“la **conducta típica, antijurídica y culpable**”*.

Sus elementos son los componentes y características, no independientes, que constituyen el concepto de delito. Así, tenemos que éstos lo conforman: **la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad**.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Previamente a referirnos a cada uno de ellos, para una mejor comprensión conviene puntualizar en qué consiste el **tipo penal**.

Es la descripción de la acción u omisión que hace el legislador tutelando una norma de cultura y previendo una sanción.

Dicho de otro modo, es la descripción que hace el legislador de la conducta prohibida por la ley, sancionada con una pena o medida de seguridad.

Es una descripción abstracta de la conducta prohibida. Un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes.

En atención a la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, contenida en el artículo 14 Constitucional, al legislador le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito; esta descripción no es otra cosa que el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado.

Es decir, la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación.

Por ello, **en el tipo se incluyen todas las características de la acción prohibida** que fundamentan positivamente su antijuridicidad.

a) Tipicidad.

Sentado lo anterior, se puede sostener que el primer elemento del delito, consistente en la **tipicidad** es el

encuadramiento o adecuación de la conducta humana en un tipo penal. Esto es, se actualiza cuando la conducta desplegada u omitida por el sujeto se subsume exactamente en lo establecido por el legislador en la norma (tipo penal). De lo contrario, la conducta es atípica y da lugar a la inexistencia del delito.

La tipicidad nace del principio de legalidad, que ordena a la autoridad jurisdiccional abstenerse de interpretar por simple analogía o mayoría de razón. Todos los delitos provocados por la acción u omisión voluntaria del sujeto, deben estar regulados por la ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Así, el sentido de las acciones penales es modelar el comportamiento de los ciudadanos para que se ajusten a las normas de conducta cuya infracción está asociada a una sanción.

Por tanto, si las normas penales no existen o **no son lo suficientemente claras, pierden su sentido y se tornan ilegítimas**. El principio de tipicidad supone un incremento del estándar de protección de los ciudadanos frente al poder coercitivo del Estado.

Luego, **las causas de atipicidad** se dan en los supuestos en que concurren determinadas circunstancias que suponen la exclusión de la tipicidad de la conducta, negando con ello su inclusión dentro del tipo penal. Cuando uno de los elementos objetivos del tipo no encuadra en la conducta típica o simplemente no se da.

De igual forma, **existe ausencia del tipo** cuando **en la ley no se encuentra plasmada o regulada alguna prohibición de una conducta, acorde al principio de legalidad**, establecido en el artículo 14 Constitucional.



b) Antijuridicidad.

Ahora bien, para que el delito se configure, no basta que la conducta encuadre en el tipo penal, se necesita también que ésta sea **antijurídica**, considerando como tal, a **toda conducta definida por el ordenamiento, que no se encuentre protegida por causas de justificación.**

En efecto, la **antijuridicidad** como segundo elemento del delito, es el desvalor que posee un hecho típico contrario a las normas del derecho en general. Es lo contrario a derecho.

La antijuridicidad precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica. Así, un acto es "formalmente antijurídico" cuando a su condición de típico se une la de ser contrario al ordenamiento sin que esté justificado por la concurrencia de alguna causa de tal naturaleza, como pudiera ser la legítima defensa, el estado de necesidad, entre otras.

Así, conforme al principio de legalidad, de seguridad y certeza jurídica, solo los comportamientos antijurídicos que son típicos pueden dar lugar a una reacción jurídico penal.

Cabe aclarar que, las **causas de justificación** son situaciones reconocidas por el Derecho en las que la ejecución de un acto típico se encuentra permitida, es decir, suponen normas permisivas que autorizan, bajo ciertos requisitos, la realización de actos generalmente prohibidos

Por ello, excluyen la antijuridicidad de un determinado comportamiento típico que podría considerarse antijurídico. De manera que, una vez identificada la conducta típica, habrá de analizarse su eventual inclusión dentro de las

causas de justificación, excluyendo el delito si concurre una de ellas.

Entre las causas de justificación se encuentran: el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber.

c) **La culpabilidad.**

Bajo la categoría de la **culpabilidad** como tercer elemento del delito, se agrupan aquellas cuestiones relacionadas con las circunstancias específicas que concurrieron en la persona del autor en el momento de la comisión del hecho ya calificado como típico y antijurídico. Se trata del elemento del delito en el que la persona del autor se relaciona dialécticamente con el detentador del ius puniendi (estado).

Es común definir la culpabilidad como la reprochabilidad de un acto típico y antijurídico, fundada en que su autor, en la situación concreta, lo ejecutó pudiendo haberse conducido de una manera distinta, es decir, conforme a Derecho.

La culpabilidad exige inexcusablemente una valoración del comportamiento humano, y ahí donde pueda hacerse un juicio de reproche puede existir una culpabilidad.

Por su parte, el juicio de reproche es la valoración que se hace en el individuo que cometió un ilícito y su correspondiente acción. En el juicio de reproche se individualiza la pena, es decir, se vincula al hecho injusto con su autor.

Los elementos estructurantes de la culpabilidad son:



La **imputabilidad**: que es la capacidad de conocer lo injusto del actuar, así como de reconocer la posibilidad de actuar de otra manera. Ejemplo, la enfermedad mental o el trastorno mental transitorio.

La **conciencia de antijuridicidad**: la posibilidad de comprender lo injusto del acto concreto. Esto es, que el sujeto tenga conciencia y conocimiento de la antijuridicidad del hecho; basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido y es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia.

La **exigibilidad de actuar de forma diferente**: la posibilidad de autodeterminarse conforme a derecho en el caso concreto. El ordenamiento jurídico penal no puede exigir al ciudadano comportamiento heroico. Surge así la posibilidad de excluir la imposición de la pena (exculpar) por la existencia de circunstancias que sitúen al autor del delito en una situación según la cual adecuar su comportamiento a las exigencias normativas hubiera supuesto una exigencia intolerable para el "hombre medio".

➤ **Principio de legalidad en materia penal.**

Precisado lo anterior, es necesario destacar el contenido de los artículos 14, párrafos primero a tercero y 73, fracción XXI, incisos a) y b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los dispositivos 2o, 5o, y 59, fracción I, de la Constitución Política del Estado de Oaxaca, que establecen lo siguiente:

“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.

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”.

“Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXI.- Para expedir:

a) *Las leyes generales que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones en las materias de secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como electoral.*

Las leyes generales contemplarán también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios;

b) *La legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada;*

Por su parte, los numerales 2o, 5o, y 59, fracción I, de la Constitución Política del Estado de Oaxaca, disponen:

“Artículo 2º. *La Ley es igual para todos. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte y esta Constitución son la Ley Suprema del Estado.*

Las facultades que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no otorga expresamente a la federación, se entienden reservadas para el Estado.

El Poder Público y sus Representantes sólo pueden hacer lo que la Ley les autoriza y deben hacer, lo que la Ley les ordena. Los particulares pueden hacer lo que la Ley no les prohíbe y deben hacer lo que la Ley les ordena”

“Artículo 5º. *Nadie podrá ser privado, de la vida, 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.*



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 trate. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho.

“Artículo 59. Son facultades del Congreso del Estado:

I. Dictar leyes para la administración del Gobierno interior del Estado, en todos los ramos; interpretarlas, aclararlas en el ámbito de sus funciones, reformarlas, derogarlas y abrogarlas;

De las anteriores disposiciones se colige el llamado **principio de legalidad en materia penal** que se puede enunciar como **“no hay delito, no hay pena, sin ley”**, así como sus cuatro consecuencias:

- a) La prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*);
- b) La prohibición de derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*);
- c) La prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) y
- d) La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*).

En efecto, el precepto en cita consagra la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal al establecer que 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.

Este derecho fundamental no se limita a ordenar a la autoridad jurisdiccional que se abstenga de interpretar por simple analogía o mayoría de razón, sino que es extensivo al creador de la norma. En ese orden, al legislador le es

exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito.

Interesa al presente asunto la condición del *lex certa*, esto es la prohibición de que las normas en materia penal contengan cláusulas generales o también conocido como principio de taxatividad.

Efectivamente, el principio de legalidad impone sus exigencias no sólo al juzgador que aplica e interpreta la ley, sino también al órgano legislativo que la dicta, en ese sentido uno de los requerimientos es que la descripción de las prohibiciones y de las sanciones sean exhaustivas, de tal manera que el ciudadano común puede conocer con meridiana claridad qué le está prohibido y qué le está permitido, así como las consecuencias de la infracción a la norma.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en la jurisprudencia 1a./J. 24/2016 Décima Época, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, que la exacta aplicación de la ley en materia penal obliga al legislador a señalar con claridad y precisión las conductas típicas y las penas aplicables, por lo que, si el legislador no define cada vocablo o locución que utiliza, es porque el mandato de taxatividad sólo puede obligar al legislador penal a una determinación suficiente y no a la mayor precisión imaginable, sin que esto llegue a ser una cláusula general.

La taxatividad tiene un matiz que requiere que los textos legales que contienen normas penales únicamente describan, con **suficiente precisión, qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas**, por lo que la exigencia en



cuanto a la claridad y precisión es gradual, de ahí que un cierto grado de generalización del texto legal no resulta de suyo incompatible con el principio de legalidad, pues no obstante que no es necesario que la ley tenga que precisar cada caso concreto, sin embargo, tampoco puede llegar a constituir una cláusula general.

Así, se tiene que, para cumplir con el principio de legalidad en materia penal, el legislador debe establecer **qué conducta o qué resultado específico es el que va a sancionar con una pena (tipo penal).**

Ciertamente, como técnica legislativa para establecer las descripciones típicas el legislador comúnmente atiende a dos factores preponderantes, por un lado describir **la conducta** y, por otro, describir **el resultado no deseado.**

En este tenor, a guisa de ejemplo, cuando el legislador establece una pena para el delito de robo, prevé que lo comete aquella persona que se “apodere de un bien mueble ajeno”, con lo cual está precisando la conducta específica merecedora de una pena, que en el caso sería el “apoderamiento”, así como el objeto en que recae la acción.

En otros casos, lo que el legislador sanciona es el resultado sin que le sea posible establecer una conducta concreta, en virtud de la gran cantidad de supuestos que pueden conducir a ese resultado, tal es el caso del delito de homicidio que en su descripción típica solamente prevé resultado al establecer que lo comete “quien prive de la vida a otro”, así la acción puede ser cualquiera eficaz para ese resultado; empero, éste queda especificado de manera clara. Lo mismo acontece con el delito de lesiones o con el

de daño en propiedad ajena, en los cuales en vez de describirse una conducta se prevé el resultado no deseado.

En cualquiera de los casos señalados, no se está ante normas que contengan cláusulas generales, ya que bien sea la conducta o el resultado, se encuentra específicamente descrito en la norma.

Como consecuencia de lo anterior, **existirá** una norma penal que contenga una cláusula general y que contravenga el principio de legalidad **cuando no contenga con toda precisión la conducta o el resultado no deseado**, pues en ese caso el gobernado no sabrá con toda exactitud **qué acción u omisión específica le está prohibido realizar**, o bien, **qué resultado específico debe abstenerse de causar**.

Sirve de criterio orientador al respecto, lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia "*Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de veinte de noviembre de dos mil nueve*", en el sentido de que: "*en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal, esto implica una clara definición de la conducta incriminada, la fijación de sus elementos y el deslinde de comportamientos no punibles o conductas sancionables con medidas no penales*".

➤ **Del delito de abuso de autoridad.**

Para realizar el análisis del asunto es preciso conocer las constancias de la causa penal ***** que el juez responsable tuvo a la vista al momento de emitir el acto reclamado, pues de conformidad con el arábigo 75 de



la Ley de Amparo, el acto reclamado se apreciará tal y como aparezca probado ante la autoridad responsable.

En este sentido, a continuación se insertan los medios de convicción que la autoridad responsable tomó en consideración al emitir el auto de formal prisión que se combate.

1. La **denuncia** efectuada por ***** *****, Director de Asuntos Jurídicos de los Servicios de Salud, mediante escrito de cinco de enero de dos mil quince (fojas 9 a 10).
2. Ratificación de denuncia realizada ante la autoridad ministerial, con fecha diez de febrero de dos mil quince (fojas 6 y 7).
3. Copia certificada del contrato de obra pública número SSO/DIMSG-ICTP-SAN-ECO-07/2012, de fecha trece de diciembre de dos mil doce, firmado por el licenciado ***** *****, Subdirector General de Administración y Finanzas de Servicios de Salud de Oaxaca, por el área técnica el ingeniero ***** *****, Director de Infraestructura, Mantenimiento y Servicios Generales de los Servicios de Salud de Oaxaca, por el licenciado ***** *****, Director de Asuntos Jurídicos de Servicios de Salud de Oaxaca y por el Representante legal de la empresa denominada "INFRAESTRUCTURA ENGINEERS", S.A. DE C.V., Joksán Iván Méndez Ramírez. (fojas 23 a 36).
4. Copia certificada de la transferencia número 039, de fecha diez de enero de dos mil trece, realizada a la empresa denominada "INFRAESTRUCTURA ENGINEERS", S.A. DE C.V., firmada por el contador público ***** *****, Jefe de la Unidad de Finanzas de los Servicios de Salud de Oaxaca, con el visto bueno del licenciado ***** *****, con el cargo de Subdirector General de Administración y Finanzas de los Servicios de Salud de Oaxaca (foja 37).
5. Escrito de veintidós de febrero de dos mil diecisiete, mediante el cual la licenciada ***** *****, Coordinador Dictaminador Jurídico MAPFRE FIANZAS, S.A. de C.V., contesta el oficio número FGEO/VGZC/M-XII 081/2017, de dieciséis de febrero de dos mil diecisiete (fojas 197 a 201).

6. Oficio sin número de doce de abril de dos mil diecisiete, suscrito por la licenciada **** ***, agente del ministerio Público, con el visto bueno de la Coordinadora Territorial BJ-1 licenciada *****, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Fiscalía Desconcentrada en Benito Juárez, mediante el cual remite la carpeta de investigación de colaboración 43/M.R/1/2015 (sic) constante de ciento cincuenta y ocho (foja 583).
7. Dictamen de documentoscopia de cuatro de marzo de dos mil diecisiete, emitido por el licenciado en criminalística *****, a quien el representante social le solicitó que dictamine sobre la autenticidad y veracidad de origen de las pólizas 0031100151023, con código de control 311108712, por la cantidad de dos millones quinientos cincuenta y nueve mil ochocientos treinta y dos pesos, con cincuenta y un centavos; así como la póliza 0031100151045, con código de control 311108658, por la cantidad de quinientos once mil novecientos setenta y seis pesos, con cincuenta centavos, aplicando el método que su ciencia le sugirió, concluyó que los documentos cuestionados no corresponden documentoscopicamente con los formatos auténticos y originales (foja 439 a 446).
8. Copias certificadas del expediente número 131/RA-A/2016, de la Dirección de Responsabilidad y Situación Patrimonial de la Secretaría de la Contraloría y Transparencia Gubernamental del Gobierno del Estado, constante de catorce tomos, (que son anexos a la causa penal).
9. El dictamen Contable número FGE/I.S.P./CONTABLE/APVC/DICT-035/ACGP/-DICT-025/2017, de doce de abril de dos mil diecisiete, suscrito y firmado por las licenciadas en contabilidad **** y *****, peritos adscritos a la Dirección del Instituto de Servicios Periciales de la Fiscalía General del Estado de Oaxaca; a través del cual emiten como resultado y al texto indica: ...”VIII. CONCLUSIÓN. ÚNICA. El importe del DETRIMENTO PATRIOMINAL sufrido en agravio de SERVICIOS DE SALUD DE OAXACA, por obra pagada no ejecutada, derivado del Contrato de Obra Pública a Precios Unitarios y Tiempo Determinado, celebrado entre Servicios de Salud Oaxaca y la empresa contratista denominada “INFRAESTRUCTURA ENGINEERS, S.A. DE C.V.”, para la construcción de sanitarios ecológicos, asciende a la cantidad total de \$2’559,832.51 (DOS MILLONES

Con base en dichos medios de prueba, el juez responsable efectuó el siguiente razonamiento:

*“(…) Con lo anterior se tiene por acreditada la calidad de garante de ***** ** *****
***** *****”, en su carácter de servidor público como Director General de los Servicios de Salud de Oaxaca, de igual forma se acredita en qué términos no dio cumplimiento al contenido de la fracción II del artículo 11 del reglamento Interior de los Servicios de Salud de Oaxaca, que a la letra establece: **II.- Vigilar el cumplimiento de los planes y programas del organismo, así como la correcta operación de sus unidades administrativas.** En este sentido, si bien tenemos, que el contrato fue firmado por el Subdirector General de Administración y Finanzas de Servicios de Salud de Oaxaca, por el Director de Infraestructura, Mantenimiento y Servicios Generales de Servicios de Salud de Oaxaca, y por el Director de Asuntos Jurídicos de Servicios de Salud de Oaxaca, el artículo 11 del citado reglamento también le imponía vigilar la correcta operación de las unidades administrativas, las cuales también estaban bajo su dirección, y de lo manifestado por el C.P. PEDRO HERNÁNDEZ SANTIAGO, Jefe del Departamento de Control de Inversión de la Secretaría de Salud de Oaxaca, mediante oficio número 11C/11C.2.2/284/2016, de fecha cuatro de julio de dos mil dieciséis, se desprende que empleaba, permitía y solapaba conductas y prácticas irregulares por parte del personal bajo su mando (Subdirector General de Administración y Finanzas; Director de Asuntos Jurídicos; Director de Infraestructura, Mantenimiento y Servicios Generales; Jefe de la Unidad de Finanzas, entre otros) que no son acordes con lo que establece el Reglamento Interior de la paraestatal, ni con el Manual de Organización de Servicios de Salud de Oaxaca, mismo manual que le imponía objetivos y funciones al de nombre **GERMÁN DE JESÚS TENORIO VASCONCELOS**, como Director General de los Servicios de Salud de Oaxaca, siendo los de dirigir la política en materia de salud y coordinar la prestación de los servicios de salud en la entidad, de conformidad con las leyes y demás disposiciones aplicables, además como funciones específicas le imponía las de administrar, planificar y dirigir técnicamente a los Servicios de Salud de Oaxaca, e instrumentar los servicios que*



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

*permitan la mejor aplicación de los recursos tanto humanos como financieros, teniendo claro que no dio cumplimiento a sus obligaciones como servidor público en el cargo que ostentaba; así mismo en una actitud defensiva manifiesta que conforme al manual de organización de los servicios de salud en el estado, es la Dirección de Infraestructura, Mantenimiento y Servicios Generales de la Secretaría de Salud del estado la cual estaba a cargo de VÍCTOR HUGO SANTOS LEÓN a quien le correspondía llevar a cabo las funciones de coordinar, ejecutar, supervisar y regular las acciones..., así como que la Jefatura de Departamento de Supervisión de Obras de los Servicios de Salud del estado tenían la obligación de llevar acabo las visitas de inspección y supervisión de las obras contratadas, lo que se traduce en que refiere que sus subordinados incurrieron en las conductas omisas, las cuales el **GERMAN DE JESÚS TENORIO VASCONCELOS** tenía la obligación de supervisar como superior jerárquico”.* (fojas 1314 y 1315)

Precisado lo anterior, se tiene que los artículos 208, fracción XI, y 209, párrafo quinto, del Código Penal vigente en el Estado de Oaxaca, establecen:

“Artículo 208.- Comete los delitos (sic) a que este capítulo se refiere, el funcionario público, agente del Gobierno o su comisionado, sea cual fuere su categoría, en los casos siguientes:

(...)

XI.- Cuando ejecute actos o incurra en omisiones que produzcan **daño** o **concedan alguna ventaja a cualquiera persona;**

“Artículo 209.-

(...)

Se aplicará prisión de **seis meses a nueve años**, multa de cinco mil a veinticinco mil pesos, destitución de empleo o cargo e inhabilitación para obtener otro por el término de tres años al que cometa los delitos señalados en las fracciones **XI**, XXXIX y XL del artículo anterior”.

Del análisis del anterior precepto se deriva que se trata de una norma penal cuyo bien jurídico protegido es la **correcta función pública**; asimismo, tal ilícito solamente puede ser cometido por **servidores públicos** con lo cual se exige una calidad específica en el sujeto activo.

Por lo que hace a la **conducta** no se describe una específica pues se concreta a señalar que incurrirá en ella el servidor público que “**ejecute actos o incurra en omisiones**”, esto es, puede ser cualquier acto u omisión.

Por lo que hace al **resultado** establece dos tipos alternativos, “**producir daño o conceder alguna ventaja a cualquier persona**”. En ese tenor, el precepto legal en análisis prevé la comisión de un delito que se puede realizar de manera alternativa por cualquiera de las siguientes hipótesis:

1. Ejecutar **actos** que produzcan daño o concedan alguna ventaja a cualquier persona.
2. Incurrir en **omisiones** que produzcan daño o concedan alguna ventaja a cualquier persona.

Ahora bien, del análisis de las pruebas la autoridad responsable llegó a la conclusión de que existían suficientes para tener por acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado en dichas hipótesis, esto es, su **acción** consistió en haber solicitado y obtenido ilegalmente recursos de la Secretaría de Finanzas del Gobierno del Estado de Oaxaca, sin haber reunido los requisitos al momento de la solicitud, así como la autorización de pago a las empresas constructoras sin contar con la documentación soporte correspondiente validada o verificada, y su **omisión**, consistió en no haber



reunido los requisitos al momento de solicitud, ni al momento de autorización de pago, y permitir solapar conductas y prácticas irregulares por parte del personal bajo su mando.

Sin embargo, el artículo 208, fracción XI, del Código Penal del Estado de Oaxaca, en la porción normativa que se refiere a **“ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan daño o concedan alguna ventaja a cualquier persona”** resultan ser cláusulas de carácter general que contravienen el principio de legalidad por dejar de especificar qué tipo de daño o ventaja concreta es la que se está penalizando.

En efecto, la prohibición para el gobernado es ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan un daño o concedan alguna ventaja a cualquier persona. Cláusulas genéricas que dejan de precisar ya sea la *conducta* o el *resultado* específico no deseado.

Esto es, por un lado no se precisa cual es la conducta activa u omisiva que el legislador está sancionando con una pena, ya que puede ser cualquiera al establecerse de forma genérica; pero además, tampoco el resultado se patentizó de forma específica, sino únicamente cualquier acción u omisión capaz de ocasionar un daño o ventaja, que por su amplitud puede ser de cualquier tipo.

Además, el artículo 24 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, dispone:

“Artículo 24. *El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de*

la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos están acreditados en autos”.

En tanto que el numeral 25, primer párrafo del mismo ordenamiento indica:

*“Artículo 25. El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos objetivos o externos y normativos que integran **la descripción de la conducta o hecho delictuoso**, según lo determina la Ley de la materia...”*

Es decir, el referido numeral señala que el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acrediten los elementos objetivos o externos y normativos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso; de lo que se infiere que en materia penal el legislador debe describir que conducta o resultado va a sancionar con una pena, ello a fin de que el gobernado tenga conocimiento de qué acción u omisión específica le está prohibida realizar, o bien, qué resultado específico debe abstenerse de causar.

Es cierto que como se ha visto, el legislador puede optar por precisar ya sea **la conducta** o **el resultado no deseado**; empero, si no especifica uno u otro incurre en establecer como delito una cláusula general en donde podría caber cualquier tipo de conducta, incluso las previstas como supuestos de hecho para una responsabilidad civil o administrativa, pues en el caso, la cantidad de supuestos en que un servidor público podría incurrir en la misma resulta inimaginable e interminable dada la indefinición de una conducta y de un daño explícitos.



Como ejemplo, resulta oportuno señalar que el artículo 215, del Código Penal Federal, sanciona también el delito de abuso de autoridad de las fracciones I, a la XVI; sin embargo, en ellas, a diferencia de la hipótesis que aquí se analiza, sí se precisa y describe con claridad la conducta sancionada por el referido numeral y que son del tenor siguiente:

“Artículo 215.- *Cometen el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes:*

I.- *Cuando para impedir la ejecución de una ley, decreto o reglamento, el cobro de un impuesto o el cumplimiento de una resolución judicial, pida auxilio a la fuerza pública o la emplee con ese objeto;*

II.- *Cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare o la insultare;*

III.- *Cuando indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarles o impida la presentación o el curso de una solicitud;*

IV.- *Cuando estando encargado de administrar justicia, bajo cualquier pretexto, aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley, se niegue injustificadamente a despachar un negocio pendiente ante él, dentro de los términos establecidos por la ley;*

V. *Cuando el encargado o elemento de una fuerza pública, requerido legalmente por una autoridad competente para que le preste auxilio se niegue a dárselo o retrase el mismo injustificadamente. La misma previsión se aplicará tratándose de peritos.*

VI.- *Cuando estando encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de las sanciones privativas de libertad, de instituciones de reinserción social o de custodia y rehabilitación de menores y de reclusorios preventivos o administrativos, o centros de arraigo que, sin los requisitos legales, reciba como presa, detenida, arrestada, arraigada o interna a una persona o la mantenga privada de su libertad, sin dar parte del hecho a la autoridad*

- correspondiente; niegue que está detenida, si lo estuviere; o no cumpla la orden de libertad girada por la autoridad competente;**
- VII.- Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones;**
- VIII.- Cuando haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente.**
- IX.- Obtenga, exija o solicite sin derecho alguno o causa legítima, para sí o para cualquier otra persona, parte del sueldo o remuneración de uno o más de sus subalternos, dádivas u otros bienes o servicios;**
- X.- Cuando en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, otorgue empleo, cargo o comisión públicos, o contratos de prestación de servicios profesionales o mercantiles o de cualquier otra naturaleza, que sean remunerados, a sabiendas de que no se prestará el servicio para el que se les nombró, o no se cumplirá el contrato otorgado;**
- XI.- Cuando autorice o contrate a quien se encuentre inhabilitado por resolución firme de autoridad competente para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, o para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, siempre que lo haga con conocimiento de tal situación;**
- XII.- Cuando otorgue cualquier identificación en que se acredite como servidor público a cualquier persona que realmente no desempeñe el empleo, cargo o comisión a que se haga referencia en dicha identificación;**
- XIII.- Obligar al inculpado a declarar, usando la incomunicación, la intimidación, la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes;**
- XIV.- Obligar a declarar a las personas que se mencionan en el artículo 243 Bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, acerca de la información obtenida con motivo del desempeño de su actividad.**
- XV. Omitir el registro de la detención correspondiente o dilatar injustificadamente poner al detenido a disposición de la autoridad correspondiente, y**
- XVI. Incumplir con la obligación de impedir la ejecución de las conductas de privación de la libertad.**



Del referido precepto legal y de las fracciones enunciadas se advierte que no estamos en presencia de normas que contienen cláusulas generales, sino que por el contrario, el legislador utiliza términos estrictos e inequívocos, que acotan claramente las conductas punibles, incluso en la fracción X, del citado numeral prevé un supuesto similar al injusto que aquí se analiza, señalando que cometen el delito de **abuso de autoridad los servidores públicos** que cuando **en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas**, otorguen **contratos de prestación de servicios profesionales o mercantiles o de cualquier otra naturaleza**, que sean remunerados, a sabiendas de **que no se prestará el servicio para el que se les nombró, o no se cumplirá el contrato otorgado**.

Es decir, señala la calidad del sujeto y describe con claridad que se le sancionará, si en ejercicio de sus funciones otorga contratos de cualquier naturaleza a sabiendas que éste no se cumplirá (conducta), por lo que, en este supuesto, el servidor público sabe qué conducta específica le está prohibido realizar.

Lo que no ocurre con el delito que aquí se analiza, toda vez que de manera genérica señala que lo que está prohibido es ejecutar actos o incurrir en omisiones que causen un daño o concedan ventaja a persona alguna, sin que precise a qué tipo de actos u omisiones se refiere, o bien, qué daño o ventaja concreta es la que se está penalizando.

Por otra parte, debe señalarse que, intentar cerrar la descripción típica **con otros elementos no establecidos por el legislador** contravendría precisamente el principio de legalidad, pues sólo al poder legislativo le está permitido

establecer cuándo una determinada conducta o resultado se va a sancionar con una pena, de ahí que en el caso concreto **no proceda establecer una interpretación conforme cerrando la cláusula general**, pues ello equivaldría a que el juzgador se erija en legislador.

Como acontece en el presente caso, en que el juez responsable cierra la cláusula general de la descripción típica del delito de abuso de autoridad, al tener por acreditados los siguientes elementos.

a). Un sujeto calificado, el cual debe tener la calidad de servidor público;

b).- La conducta típica que consiste en que el sujeto activo ejecute actos que produzcan daño o concedan alguna ventaja a cualquier persona:

c).- Incurra en omisiones que produzcan daño o concedan alguna ventaja a cualquier persona;

*d).- **Lesión a un bien jurídico, consistente en el correcto ejercicio de la función pública y el menoscabo de afectación patrimonial sufrido por la persona moral ofendida.***

De los anteriores elementos se advierte que la autoridad responsable agrega un elemento más a la descripción típica del delito, es decir, la lesión a un bien jurídico, que en el caso es el correcto ejercicio de la función pública, y además agrega **el menoscabo de afectación patrimonial sufrido por la persona moral Servicios de Salud de Oaxaca**, con lo cual cierra la cláusula general para tener por acreditado el delito en estudio.

Lo anterior, es así porque, al tenor de lo que dispone el artículo 25 del Código de Procedimientos Penales para



el Estado de Oaxaca, los elementos del cuerpo del delito de **abuso de autoridad**, previsto en el artículo 208, fracción XI, del Código Penal de esta Entidad, literalmente son:

- a) Que el sujeto activo sea funcionario público, agente del Gobierno o su comisionado, sea cual fuere su categoría; y,
- b) Que ejecute actos que produzcan daño o concedan alguna ventaja a cualquier persona.
- c) Que incurran en omisiones que produzcan daño o concedan alguna ventaja a cualquier persona.

Por tanto, únicamente con los citados elementos, el servidor público no podría claramente conocer qué actos le están prohibidos realizar, en qué omisiones no debe incurrir, que tipo de daño no debe causar, o bien, que ventaja no debe conceder a determinada persona.

Sin que para el caso, la autoridad responsable tenga que cerrar la descripción típica del delito, adicionando un elemento más para precisar que el daño se refiere a la **afectación patrimonial sufrido por la persona moral ofendida**, vulnerando con su actuar el principio de legalidad.

Máxime que al tratarse de un tipo penal "abierto", si la autoridad judicial realiza una función tipificadora de cierre o construcción final de la descripción típica, resultaría incluso incompatible con un sistema o Estado de derecho en el que se respete el principio de exacta aplicación de la ley penal (*nullum crimen sine lege*). Además que no se trata de elementos de carácter normativo, que impliquen y requieran de valoración jurídica o cultural por parte del juzgador, sino que se trata de una

norma genérica que no acota claramente la conducta o el resultado que se va sancionar con una pena.

Por lo que, a juicio del que ahora resuelve, dichos elementos violan el principio de legalidad al no acotar claramente las conductas punibles.

Y, ante ello, los hechos no se pueden encuadrar en los elementos de la descripción típica del delito de **abuso de autoridad**, toda vez que como ya se dijo, la norma establecida por el legislador es *tan amplia* que no puede determinarse con precisión **qué conducta o resultado sanciona, o bien qué daño o ventaja** concedió el peticionario del amparo a la empresa constructora que ganó la licitación para la construcción de baños ecológicos; máxime que el representante de **Servicios de Salud de Oaxaca** fue diversa persona, que también dio el visto bueno para que se efectuara la transferencia bancaria por concepto de anticipo de obra.

Por ello, resulta innecesario avocarse al estudio de las consideraciones expresadas por el juez responsable al resolver en la forma como lo hizo.

En ese tenor, como la descripción típica resulta una cláusula genérica al no establecer con precisión qué acción u omisión sanciona ni qué tipo de daño o ventaja es la que debe de abstenerse de conceder el servidor público, debe concluirse que tal norma infringe el principio de legalidad penal en su vertiente de *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, pues resulta tan **genérica** que crea inseguridad jurídica en los servidores públicos que deben acatarla.

Como consecuencia de lo anterior, procede que el juez responsable **ejerza sobre dicha norma su facultad de control ex officio de convencionalidad** bajo los



lineamientos antes anotados y proceda a **inaplicar la norma únicamente** por lo que hace a la porción normativa referente a **“ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan un daño o concedan alguna ventaja a cualquier persona”**, pues resulta ser una cláusula general que no utiliza **términos estrictos y unívocos**, por lo que no **acota claramente la conducta punible**, violando el principio de legalidad penal.

Los argumentos que preceden encuentran apoyo en la tesis: XXVII.1o.(VIII Región) 10 P (10a.), sustentada por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región, localizable en la página: 1694, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, Materia(s): Constitucional, Décima Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro y texto siguientes:

“DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 273 BIS, FRACCIÓN VII, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE CHIAPAS, AL NO PRECISAR QUÉ ACCIÓN U OMISIÓN SANCIONA NI QUÉ TIPO DE DAÑO EN CONCRETO DEBE ABSTENERSE DE REALIZAR EL SERVIDOR PÚBLICO, VIOLA EL PRINCIPIO NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE CERTA. El principio de legalidad reconocido como un derecho humano en los artículos 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, exige que la descripción de las prohibiciones y de las sanciones sea exhaustiva y precisa, en aras de que el gobernado pueda conocer claramente lo que le está prohibido y permitido, así como las consecuencias de la infracción a la norma. Ahora bien, el artículo 273 Bis, fracción VII, del abrogado Código Penal para el Estado de Chiapas dispone que **es un delito contra la administración de justicia cometido por servidores públicos ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan un daño o concedan a alguien una ventaja indebida; sin embargo, la porción normativa **“ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan un daño”**, es una cláusula de carácter general que **contraviene el principio de legalidad nullum crimen nulla poena sine lege certa**, en razón de que, **al no precisar qué acción u omisión sanciona ni qué tipo de daño debe abstenerse de realizar el servidor público, podría haber cualquier tipo de conducta que escapara al bien jurídico protegido de dicha norma (la administración de justicia), lo que genera incertidumbre e inseguridad jurídica, y viola el citado principio penal. Consecuentemente, los juzgadores están obligados a desaplicar el mencionado precepto****

como resultado del control de constitucionalidad y convencionalidad en materia de derechos humanos, en términos de los artículos 1o. y 133 constitucionales”.

En las relatadas condiciones, al haber resultado violatorio de derechos fundamentales el acto reclamado, **se impone conceder a ***** ** ***** ******* ***** , por propio derecho, **el amparo y protección de la Justicia Federal.**

- **Términos en que se concede la protección constitucional.**

Con fundamento en el artículo 74, fracción IV y 77, fracción I, de la Ley de Amparo, **los efectos de la protección constitucional son los siguiente:**

- Para que el Juez Segundo de lo Penal del Distrito Judicial del Centro, residente en Santa María Ixcotel, Centro, Oaxaca, **deje insubsistente ÚNICAMENTE POR CUANTO** se refiere a ***** ** ***** ***** ***** el ***** ** ***** ***** , emitido el ***** ** ***** ** ** ** ***** , dentro de la ***** ***** ***** ***** , de su índice, dictado en contra de ***** ** ***** ***** ***** * ***** , como probable responsable en la comisión del delito de ***** ** ***** cometido en agravio de la *****
- Siguiendo los lineamientos de esta ejecutoria **ejerza** sobre el artículo 208, fracción XI, del Código Penal vigente en el Estado de Oaxaca, que prevé el ilícito de abuso de autoridad, **su facultad de control ex officio de convencionalidad y proceda a inaplicar** en el caso concreto la norma por lo que hace a la



porción normativa referente a “ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan daño o concedan alguna ventaja a cualquier persona”, pues resulta ser una cláusula general que no utiliza términos estrictos y unívocos, por lo que no acota claramente la conducta punible, contraviniendo el principio de legalidad penal.

- Hecho lo anterior, resuelva lo procedente en derecho.

SÉPTIMO. Publicación de la sentencia. No obstante que las partes hayan sido omisas en manifestar expresamente su oposición para que su nombre y datos personales se incluyan en la publicación, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 6º, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los artículos 1, 3, 11, fracción VI, 16, 68 y 81, este último en relación con los diversos 110, 113 y 118, todos de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública y 8º, del Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal para la aplicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, hágase de su conocimiento que las resoluciones que se dicten en este juicio, estarán a disposición del público para su consulta, cuando así lo solicite, conforme al procedimiento de acceso a la información. Y que tienen el derecho de oponerse a la publicación de sus datos personales para que, cuando se presente una solicitud de acceso a alguna de las resoluciones públicas o a las pruebas y demás constancias que obren en el expediente respectivo, la unidad administrativa que lo tenga bajo su resguardo, determine si tal oposición puede surtir efectos, considerando si es información reservada; y de esta

manera, respetando el derecho a su privacidad, la decisión de la publicación de sus datos, sea acorde a sus intereses. Sin embargo, para el caso de que se trate de la versión pública de la sentencia ejecutoria que en su caso se llegue a dictar, aun cuando no se haya ejercido esa oposición, se suprimirán los datos sensibles de las partes, procurándose que la supresión no impida conocer el criterio sostenido por este órgano jurisdiccional.

Por lo anteriormente expuesto y con fundamento en los artículos 103, fracción I, y 107, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 73, 74, 75, 76 y 77 de la Ley de Amparo, se:

RESUELVE:

PRIMERO. La Justicia de la Unión **ampara y protege** al quejoso ***** ** ***** *****

contra el acto reclamado al **Juez Segundo de lo Penal del Distrito Judicial del Centro, Oaxaca**, por las razones expuestas y para los efectos precisados en el **considerando sexto** de este fallo.

SEGUNDO. La presente resolución será publicada en términos de lo establecido en el **considerando séptimo** de esta sentencia.

Notifíquese personalmente a la parte quejosa, por oficio a las autoridades responsables y por lista al agente del Ministerio Público adscrito.

Así lo resolvió y firma **Carlos Alberto Elorza Amores**, Juez Noveno de Distrito en el Estado de Oaxaca, con residencia en San Bartolo Coyotepec, quien actúa asistido del **Julio Colomo Reyes**, Secretario que autoriza y da fe de lo actuado.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



SENER - Versión Pública

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.
JUZGADO NOVENO DE DISTRITO EN EL ESTADO DE OAXACA, CON SEDE EN SAN BARTOLO COYOTEPEC.
Privada de Aldama número 106, código postal 71256, San Bartolo Coyotepec, Oaxaca.

"Año del Centenario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"

JUICIO DE AMP. 744/2017. MESA 8B.

Oficio 29910. Juez Segundo de lo Penal del Detrito Judicial del Centro.
Santa María Ixcotel, Oaxaca. CAUSA PENAL 49/2017.

Oficio 29911. Agente del Ministerio Público adscrito al Juzgado
Segundo de lo Penal del Detrito Judicial del Centro.
Santa María Ixcotel, Oaxaca. (TERCERO
INTERESADO). CAUSA PENAL 49/2017.

Oficio 29911. Organismo Público Descentralizado denominado
Servicios de Salud de Oaxaca (TERCERO
INTERESADO). CAUSA PENAL 49/2017.

En los autos del cuaderno principal relativo al **juicio de amparo**
744/2017, promovido por ***** ** ***** ***** *****
contra actos suyos, con esta fecha se dictó la siguiente sentencia, que a
la letra dice:-----

"S E N T E N C I A

"DOS FIRMAS ILEGIBLES."

Atentamente.

San Bartolo Coyotepec, Oaxaca, 27 de octubre de 2017.

POR ACUERDO DEL JUEZ NOVENO DE DISTRITO EN EL ESTADO.

EL SECRETARIO DEL JUZGADO.
ENRIQUE FRANCISCO ALVAREZ SANCHEZ..

El licenciado(a) Julio Colomo Reyes, hago constar y certifico que en términos de lo previsto en los artículos 8, 13, 14, 18 y demás conducentes en lo relativo de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en esta versión pública se suprime la información considerada legalmente como reservada o confidencial que encuadra en el ordenamiento mencionado. Conste.

PJF - Versión Pública